



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La Secretaria de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga hace saber que, dentro de la acción de tutela impetrada por **SERGIO ANDRÉS PABUENA CASTRO** contra el Juzgado Cuarto Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha 18 de Agosto de 2022.

Para notificar al accionante y los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO en lugar público de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por el término de tres días, hoy 18 de Octubre de 2022, siendo las 8:00 a.m.

Gilma Peñaloza Ortiz
Secretaria

RI 22-589T

EDICTO

La Secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado contra **Wilmer Antonio Morales Rodríguez y otro**, por el punible de **Hurto Calificado y Agravado** se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **28 de Septiembre de 2022**.

Para notificar a la Víctima y los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO en lugar público de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por el término de tres días, hoy 18 de Octubre de 2022, siendo las 8:00 a.m.



GILMA PEÑALOZA ORTIZ
SECRETARIA SALA PENAL

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintidós (2022)
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 865.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el procesado **Wilmer Antonio Morales Rodríguez**, contra la sentencia condenatoria proferida el 7 de mayo de 2021 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Barrancabermeja, mediante la cual fue declarado penalmente responsable del delito de **hurto calificado y agravado**; conforme lo descrito en el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal.

HECHOS

Fueron narrados por la instancia de la siguiente manera¹: *«Tuvieron ocurrencia el 22 de abril de 2020, siendo aproximadamente 4:56 de la tarde, en la calle 52 No. 36D-12 del barrio Provivienda de Barrancabermeja, momentos en los que se encontraba la menor de siglas K.M. Luengas González, realizando sus labores escolares en compañía de una compañera de estudios y deciden desplazarse hasta la tienda cerca del lugar donde se encontraba, siendo en dichos instantes en el que de igual manera transitan dos sujetos por el lugar a bordo de una motocicleta color rojo de placas GRS91B, los cuales observan a las menores siendo el parrillero del velocípedo quien se acerca a las menores transeúnte -sic- portando un arma de fuego con la que apunta a las menores en su cabeza, para luego de ello darles*

¹ Folios 31 y 33 expediente digitalizado.

exigencia de la entrega del aparato celular que portaban el cual ante el susto se cae al piso, descendiendo para su recolección el parrillero del velocípedo y siendo ello aprovechado por las menores para huir del lugar dando voces de auxilio a los vecinos del sector quienes las atiende -sic- e informan de lo acaecido a la policía, autoridad que al encontrarse en servicio y patrullaje transitaban por el sector y al llegar al semáforo del uno, logran observar la persecución y señalamiento de la comunidad de dos sujetos que se desplazaban en la motocicleta de placas GRS91B, como quienes habían cometido un hurto, por lo que empezaron su persecución logrando observar que los sujetos en el acto de evasión ingresan a una vivienda ubicada en el Barrio Provivienda así como de igual manera observan que el sujeto que posteriormente se identifica como Carlos Andrés Higuera Orozco arroja al piso un aparato celular marca iPhone color gris con protector rosado, el cual al llegar al lugar la víctima es identificado como de su propiedad, logrado de igual manera dar el reconocimiento del mencionado sujeto y el individuo que lo acompañaba en la vivienda quien se identificó como Wilmer Antonio Morales Rodríguez, como las personas que perpetraron la intimidación y desapoderamiento del bien de su propiedad recuperado, por lo cual se da la captura de los mencionado ciudadanos quienes fueron puestos a disposición de la autoridad competente para su judicialización”.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencias preliminares desarrolladas los días 23 y 24 de abril de 2020², ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barrancabermeja se legalizó la captura, se trasladó escrito de acusación y se impuso medida de aseguramiento intramural a **Wilmer Antonio Morales Rodríguez** y Carlos Andrés Higuera Orozco por el delito de hurto calificado y agravado.

² Folio 379 cuaderno digitalizado.

Presentado el escrito de acusación³ le correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Barrancabermeja, ante el cual se llevó a cabo la audiencia concentrada el 31 de julio de 2020⁴, donde se decretaron las pruebas pedidas por las partes.

El 18 de agosto de 2020⁵ se adelantó el juicio oral recibiendo los testimonios de Elkin Díaz Rodríguez y Ricardo Cardozo Rodríguez, el 23 de septiembre de 2020⁶ declararon Manuel Meza Turizo y Oscar Mauricio Díaz, el 29 de septiembre de 2020⁷ se practicaron los interrogatorios de Benjamín Luengas rueda y Karoll Maritza Luengas González, el 10 de noviembre de 2020⁸ rindieron su versión los procesados Carlos Andrés Higuera Orozco y Wilmer Antonio Morales Rodríguez, el 2 de febrero de 2021⁹ se recibieron las declaraciones de Alejandra Peinado Pedrozo y Luz Marina Orozco, el 22 de febrero de 2021¹⁰ se expusieron los alegatos de conclusión, se emitió el sentido del fallo condenatorio y se corrió el traslado del artículo 477 del CPP, continuando con el mismo el 23 de abril de 2021¹¹, el fallo¹² se profirió el 7 de mayo de 2021, decisión contra la cual formuló recurso de apelación uno de los acusados.

SENTENCIA RECURRIDA

Mediante providencia del 7 de mayo de 2021, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Barrancabermeja declaró penalmente responsable a **Wilmer Antonio Morales Rodríguez** del delito de hurto calificado y agravado (art. 239 inc. 1º, 240 numeral 2º y 241 numeral 10º del CP), en consecuencia, le impuso la pena de prisión de ochenta y

³ Folios 395-399 cuaderno digitalizado.

⁴ Folio 361 cuaderno digitalizado

⁵ Folio 321 cuaderno digitalizado

⁶ Folio 311 cuaderno digitalizado

⁷ Folio 309 cuaderno digitalizado

⁸ Folio 301 cuaderno digitalizado

⁹ Folio 291 cuaderno digitalizado

¹⁰ Folio 283 cuaderno digitalizado

¹¹ Folio 111 cuaderno digitalizado

¹² Folios 31 a 85 cuaderno digitalizado

cuatro (84) meses, igualmente la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

A la par, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria; descartó también la acreditación de la condición de padre cabeza de familia.

Como fundamento de su decisión la juez de instancia luego de hacer referencia al delito de hurto, los elementos normativos y jurisprudencia sobre este reato atentatorio del patrimonio económico, concluyó que existe prueba que permite considerar que la conducta punible referida se ha consumado, que el testigo Benjamín Luengas Rueda, padre de la menor ofendida, dio cuenta del desapoderamiento del celular de que fue objeto su descendiente, ello por parte de dos sujetos que se trasportaban en una moto y portando arma de fuego, anotando que se trataba de un iPhone valorado en \$1.600.000, acreditando su propiedad con la factura de compra.

Igualmente, hizo referencia a la declaración de la menor KMLG, quien brindó detalles del hurto, las circunstancias en las que le fue arrebatado el celular y cómo aprehendieron a los autores del ilícito, la forma en que los identificó, la recuperación del aparato por parte de la policía, así como la coincidencia con las declaraciones de los uniformados que participaron en el operativo, quienes dieron cuenta de todas las diligencias cumplidas para lograr la restitución del dispositivo móvil, el señalamiento y la captura de los implicados.

A su vez la a-quo no otorgó crédito a lo declarado por los procesados, quienes trataron de justificar sus acciones expresando que estaban en su domicilio cuando fueron retenidos, además que no fueron reconocidos por la víctima de la conducta punible, lo cual entra en clara contradicción con lo declarado por aquella y los policías que los aprehendieron, dando cuenta que

ellos sí fueron los autores del hurto, que se desplazaban en una motocicleta en la que emprendieron la huida y que posteriormente fue incautada.

Consideró la instancia que se configuran los elementos estructurales del delito enrostrado, que existen dos sujetos activos, un sujeto pasivo, la conducta de apoderarse en la modalidad dolosa, estableciéndose la afectación al bien jurídico tutelado y el beneficio que es lucrarse con el objeto material ajeno. Agregó que también obra la circunstancia de calificación, esto es la violencia sobre la víctima doblegando su voluntad de defensa por el temor; de igual manera la agravante al haber actuado dos personas en la comisión del reato.

De otro lado, destacó también que, al momento de la comisión del comportamiento delictivo, los procesados no se encontraban inmersos en ninguna causal de inimputabilidad, constituyéndose su conducta en culpable a título de dolo.

Dosificó la pena tipificada en los artículos 239, 240 numeral 2º y 241 numeral 10º del CP, para indicar que los extremos son 144 y 336 meses de prisión, advirtiéndole que no hay lugar a aplicar la rebaja contemplada en el artículo 268 ibidem, porque el valor de lo hurtado supera la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, además que los acusados poseen antecedentes penales. Sin embargo, expuso que se ubicaría en el primer cuarto en vista que no obran circunstancias de mayor punibilidad, fijando la pena en 168 meses en vista que los encartados registran condenas anteriores.

Con relación a la aplicación del artículo 269 del CP, valoró que los procesados repararon a la víctima, motivo por el cual les concedió una rebaja de la mitad de la pena, la que estableció en definitiva en 84 meses.

Con relación a los mecanismos sustitutivos de la pena, expuso que no se cumplen los presupuestos objetivos de los artículos 38B numeral 2º y 63 numeral 2º de la Ley 599 de 2000, además que el hurto calificado está contemplado en el canon 68A ibidem, existiendo expresa prohibición legal para su otorgamiento. Agregó que además los encartados registran antecedentes penales. En cuanto a la alegada condición de padre cabeza de familia indicó que no se allegó la documentación que torne procedente tal solicitud, por ende, la rechazó de plano.

También hizo referencia a la condición del otro condenado, esto es, Carlos Andrés Higuera Orozco, denotando que se carece de dictamen psicológico o psiquiátrico para ordenar su reclusión en un centro clínico.

EL RECURSO

El procesado **Wilmer Antonio Morales Rodríguez** apeló la decisión con dos propósitos específicos, uno para que se le reconozca la condición de padre cabeza de familia por tener una compañera permanente y dos hijos menores de edad, el segundo orientado a que se verifique la dosimetría penal considerando la reparación e indemnización a la víctima.

Sobre esta último, indicó que la dosificación fue ambigua y confusa sin determinar el descuento punitivo, ello referido al artículo 269 del CP, por indemnizar a la víctima y devolver el objeto hurtado, representando una rebaja de la mitad a las $\frac{3}{4}$ partes de la pena a imponer, anotando que de aplicar el descuento superior a la sanción tazada en 168 meses, su condena debería corresponder a 42 meses.

Sobre la condición de padre cabeza de familia alegó que tiene a su cargo a su compañera permanente Daniza Johana Ospino Arrieta, que no

puede trabajar porque cuida a sus hijos de 4 meses y 5 años de edad, cumpliendo lo establecido en la sentencia C-154 y la Ley 82 de 1993.

Transcribió amplia jurisprudencia relativa a los requisitos para tener la condición de padre cabeza de familia, además de detallar los condicionamientos para acceder al sustituto pretendido y referenciar también la Ley 750 de 2002, para indicar que el delito por el que fue condenado no está excluido del beneficio.

Refirió también lo atinente la apelación contra sentencias, igualmente la impugnación especial contra fallos condenatorios proferidos en segunda instancia, anotando que el recurso extraordinario de casación no satisface los requerimientos básicos de la impugnación, efectuó una amplia transcripción relativa a los recursos contra las decisiones judiciales.

Volvió sobre el tema de la sustitución por la condición de padre cabeza de familia, para reiterar que la madre de sus menores hijos si bien los cuida no puede trabajar para sufragar los gastos que demanda el hogar, requiriendo la presencia del padre para sus cuidados y atención, denotando la prevalencia del artículo 44 Constitucional atinente a los derechos de los niños. Agregó que también se justifica la sustitución por la situación de hacinamiento carcelario, así como el tratamiento penitenciario y la resocialización del sentenciado.

De otro lado también se refirió a los principios de favorabilidad, igualdad y debido proceso, también al derecho a la libertad, presentado amplias consideraciones sobre los mismos.

Finalizó solicitando se reconozca su condición de padre cabeza de familia y que se varíe la dosificación punitiva en cuanto a la rebaja del artículo 269 del CP, en aras de que se le ampare el debido proceso, allegó con sus

alegatos registros civiles de nacimiento, declaraciones extrajuicio de buen comportamiento y vecindad y firmas de residentes del sector.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia. Esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación invocado por el procesado **Wilmer Antonio Morales Rodríguez** contra la sentencia del 7 de mayo 2021, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Barrancabermeja, que declaró penalmente responsables al prenombrado y a otro del delito de hurto calificado y agravado; lo anterior conforme al numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

Como se evidenció en el acápite precedente, el opugnante enfila los reparos en dos direcciones, i) que se revise la dosificación punitiva atendiendo la indemnización, reparación y reintegro del objeto hurtado, ello conforme al artículo 269 del CP; y ii) que se reconozca en su favor la calidad de padre cabeza de familia para beneficiarse de la prisión domiciliaria.

2. Desarrollo de la decisión.

2.1. De la rebaja del artículo 269 del Código Penal.

Respecto de lo consagrado en el canon 269 de la Ley 599 de 2000, el censor considera procedente la rebaja en la proporción de las $\frac{3}{4}$ partes de la pena impuesta, ello en virtud de haber indemnizado y reparado a la víctima del hurto, además que se le entregó el objeto sustraído, por lo que estima que la sanción de 168 debe quedar fijada en 42 meses.

Sobre esto la a-quo indicó que efectivamente se había acreditado el pago de la reparación de perjuicios a la afectada, ello con el documento

allegado en la audiencia de individualización de pena, por ende en aplicación del referido precepto expuso que se rebajaría la mitad de la pena atendiendo el momento del acto ejecutado, dado que se efectuó una vez vencido en juicio y ya determinada su responsabilidad, dando lugar a la proporción menor de reconocimiento sobre la cuantificación de pena tasada, no como lo entiende la defensa.

Aquí es menester indicar que en realidad los hechos ocurrieron el 22 de abril de 2020, el celular objeto material del hurto no fue entregado voluntariamente por los procesados cuando fueron aprehendidos, sino que su recuperación y posterior entrega a la ofendida fue fruto del operativo que realizó la policía ante los llamados que realizara la víctima. Obsérvese que la indemnización de perjuicios tan sólo se realizó en la audiencia de traslado del artículo 447 del CPP, esto es posterior a que el juzgado de conocimiento emitiera el sentido de fallo condenatorio y previo a proferir la consecuente sentencia.

Instante en el que los procesados procedieron a reparar los perjuicios causados con su comportamiento delictivo, denotando que la aludida audiencia se efectuó el 22 de febrero de 2021, en tanto que el documento contentivo de la indemnización¹³ se autenticó en notaria el 27 de febrero siguiente, momento para el cual no sólo habían transcurrido diez (10) meses desde la comisión del delito, sino que se había agotado el trámite procesal casi en su totalidad, en tanto que únicamente restaba la emisión de la sentencia condenatoria anunciada, lo que evidencia que la finalidad de ello no fue resarcir los perjuicios, sino exclusivamente obtener el beneficio punitivo.

De esta forma, teniendo en cuenta el lapso transcurrido entre la comisión del ilícito y la fecha de la indemnización, además la etapa procesal en que se produjo la reparación, resulta razonable y proporcionado rebajar la

¹³ Folio 115 cuaderno digitalizado.

sanción en el 50% respecto al ilícito contra el patrimonio económico, tal como lo efectuó la instancia.

Lo anterior también teniendo en cuenta que el descuento consagrado en el canon 269 del Código Penal, para delitos contra el patrimonio económico, está condicionado al interés mostrado por el acusado en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con la reparación de derechos vulnerados a las víctimas, analizando de otro lado las actuaciones que se agotaron en ese lapso, sin dejar de lado las circunstancias que rodearon cada asunto y el desgaste que implicó para los perjudicados, valoración que en el presente evento resulta desfavorable conforme lo anotado en precedencia.

Sobre el tema de estudio, la Corte Suprema de Justicia ha decantado lo siguiente:

«Ahora bien, la norma sustantiva determina que el procesado tiene derecho a una disminución que va de la mitad a las tres cuartas partes (50% al 75%), descuento que si bien es discrecional de juez, no es arbitrario, puesto que ha de tener en cuenta el interés mostrado por el acusado «en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con los fines perseguidos por la disposición penal, que no son otros que velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas» (CSJ SPI 6816/2014, rad. 43959).

En ese orden, debido a que en este caso el resarcimiento tuvo lugar en la última instancia procesal prevista para el efecto, lo que significó mayor desgaste de la Fiscalía, quien actuó en representación de los intereses de la ofendida, la Sala considera que la rebaja punitiva será la menor, esto es, del cincuenta por ciento (50%)¹⁴.»

¹⁴ CSJ SPI 1895-2015, Rad. 44618

En el caso que nos ocupa es evidente que el acto indemnizatorio también tuvo lugar en el último momento permitido, esto es, posterior a la emisión del sentido del fallo y previo a la emisión de la sentencia de primera instancia, lo que también significó el desgaste para la fiscalía que mencionó el órgano de cierre de la justicia penal, así como el de la víctima directamente que debió acudir a la judicatura en defensa de sus propios intereses y, durante ese tiempo soportar la carga del perjuicio causado.

En ese orden, la Sala considera que la instancia acertó al aplicar este porcentaje de descuento (50%), el cual atiende al criterio ya utilizado, se itera, en la medida que la indemnización no se produjo en un espacio cercano al acontecer fáctico, sino cuando ya se habían superado las etapas correspondientes a la audiencia de imputación, la presentación del escrito de acusación y su formulación, inclusive, el debate probatorio y emitido el sentido del fallo, momento para el cual ya era inminente la condena, de ahí que la Sala infiera que lo perseguido con la indemnización fuera exclusivamente acceder a la rebaja.

Por ende, la anterior realidad reafirma que no surge justificación adicional para considerar que el porcentaje de disminución de la pena deba ser mayor al ya señalado, esto es el 50% como lo hizo la a-quo, el cual se muestra razonable y proporcionado. Razones por las cuales se confirmará la decisión en lo que fue materia de estudio.

2.2. De la condición de padre cabeza de familia.

Según el apelante **Wilmer Antonio Morales Rodríguez**, posee la condición de padre cabeza de familia por el hecho de tener una compañera permanente y dos hijos menores de edad, por quienes debe responder económicamente, dado que su cuidado personal impide a su pareja desempeñar una actividad laboral.

Destacamos en primer lugar que no existe controversia, respecto al incumplimiento de los requisitos legales establecidos en los artículos 63 y 38 de la Ley 599 de 2000, en concordancia con el artículo 68A de la misma disposición, que impide el reconocimiento a favor de **Morales Rodríguez** de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, no sólo por el factor objetivo relativo a la pena impuesta sino porque el delito de hurto calificado encuentra excluido de tales subrogados.

Sin que sean de recibo las alegaciones del censor acerca del hacinamiento carcelario, dado que en todo caso el delito materia de condena se excluyó de aquellos respecto de los cuales se consideró procedente la prisión domiciliaria transitoria (Decreto 546 de 2020), tampoco los fundamentos que están relacionados con los principios de favorabilidad, igualdad y de libertad personal, a los que aludió de manera ambigua para sustentar sus pretensiones, toda vez que no se advierte cuáles supuestos implicaron su desconocimiento, por el contrario, la decisión sobre el particular se ajusta a la legalidad.

Por tanto, el único evento posible para otorgar la prisión domiciliaria sería en virtud de la Ley 750 de 2002, que reglamentó este sustituto a favor de las madres y/o padres cabeza de hogar, ello para evitar que quienes dependen de los procesados (personas con discapacidad o menores de edad) sufran una afectación irrazonable en virtud de la privación de la libertad de su familiar.

En el caso de las madres y/o padres cabeza de familia, la concesión de la prisión domiciliaria se encuentra supeditada a la demostración de aquella calidad, la cual se describió en el artículo segundo de la Ley 82 de 1993, modificado por la Ley 1232 de 2008:

«(...) entiéndase por "Mujer Cabeza de Familia", quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.»¹⁵

Sobre el particular, resaltó la Corte Constitucional¹⁶ que para tener la calidad de madre y/o padre cabeza de familia es necesario *«(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar».*

En este sentido, no basta con la existencia de relación de consanguinidad, sino que deberá acreditarse la necesidad de su presencia en el seno familiar no sólo con fines económicos, sino en cuanto a salud y cuidado que requieren los menores para su bienestar y no como excusa para evadir el cumplimiento de la pena en las condiciones que ha considerado pertinentes la judicatura, toda vez que aun cuando dicha medida surge como una forma de apoyo a las madres o padres cabeza de familia, su finalidad no

¹⁵ Ley 82 de 1993. Artículo 1.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T- 534 de 2017. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

es otra que la salvaguarda de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los cuales podrían verse afectados con la privación de la libertad del progenitor encargado de su manutención.

Mediante la Ley 750 de 2002 se reglamentó el sustituto de la prisión domiciliaria cuando la condenada es madre y/o padre cabeza de familia, señalando para ello en el artículo 1º que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumpliría en el domicilio cuando *«i) su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; ii) la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iii) que la persona no tenga antecedentes penales.»*¹⁷

A efectos de acreditar la condición de padre cabeza de familia la defensa en la audiencia del 23 de abril de 2021, respecto de **Wilmer Antonio Morales Rodríguez** expuso únicamente que su defendido tenía una hija de escasos meses de nacida.

Ahora en la argumentación del opugnante sólo se hizo referencia a que tenía una compañera permanente y dos hijos menores de edad a su cuidado, que por ello la progenitora no podía laborar, pero de ninguna manera expuso que estaba en imposibilidad de encargarse de la atención de los infantes, que adoleciera del apoyo de su familia extensa en materia económica o para el cuidado de sus descendientes mientras ella desempeña un trabajo y/o que sufriera alguna discapacidad que le impidiera asumir el deber de asistencia que requieren los niños.

Al respecto, la Sala destaca que quien está llamado primero a encargarse del cuidado de los niños son sus progenitores, para el caso que

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de febrero de 2017. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Rad: 47377.

nos ocupa perfectamente la compañera del procesado puede ocuparse de esas tareas, de manera que no quedarán desamparados y en riesgo sus derechos fundamentales, en tanto que ella puede brindarles el apoyo y las atenciones que requieren por tratarse de menores edad, que por lo mismo sus necesidades básicas sean cubiertas por alguien en capacidad de hacerlo, que en este caso es la madre de W.A.O.A, a quien según el censor le encomendó el cuidado de su descendiente D.A.M.H., persona que conforme la información que se tiene bien puede hacerlo, por ende la presencia del padre no es indispensable para el cuidado y atención de los infantes.

Ello, a pesar de las alegaciones de la imposibilidad de atender conjuntamente el cuidado y la manutención, se itera, porque no se descartó que mientras ella ejerce una actividad económica su familia extensa pueda asumir la atención de los menores, máxime cuando se evidencia que también podría concurrir con tal finalidad la progenitora de D.A.M.H., dado que no se informó que se encuentre inmersa en alguna situación que le impida cumplir el deber legal que le asiste para con su descendiente.

En consecuencia, no hay lugar a considerar que, ante la privación de la libertad de **Morales Rodríguez**, los niños vayan a quedar desprotegidos, pues la compañera permanente del acusado puede asumir su manutención mientras el antes citado cumple la sentencia impuesta, o bien sus familiares contribuir de algún modo para que se supere el obstáculo que menciona el impugnante.

Reiteramos que no se acreditó que la pareja del encartado estuviera en imposibilidad física o mental de asumir su rol frente a sus descendientes o que éstos carecieran completamente de asistencia de la familia extensa, descartándose así los presupuestos para entender al apelante como padre cabeza de hogar, especialmente con relación al menor D.A.M.H., pues su ascendiente materna debe concurrir en procura de su bienestar.

En ese orden de ideas, como el presupuesto para la concesión de la prisión domiciliaria es la condición de padre cabeza de familia, circunstancia que no acreditó el procesado, las alusiones a su buen comportamiento, recomendaciones de vecinos y certificaciones de la comunidad, verdaderamente resultan inanes para el propósito sustitutivo perseguido.

Aquí destacamos que *«El referente normativo para poder catalogar a un sentenciado como cabeza de familia, en estricto sentido, no es la dependencia en sí misma, sino tal circunstancia cuando, en el caso de parejas, deviene de la imposibilidad de uno de sus integrantes para sostenerse, mantenerse y cuidarse a sí mismo, "por incapacidad para trabajar, por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral".»* (CSJ SCP, SP-1251 de 2020)

Luego, al no evidenciarse que los menores en virtud de los cuales se invoca la prisión domiciliaria, estén en riesgo de verse desprotegidos ante el cumplimiento de la pena de **Wilmer Antonio Morales Rodríguez**, dado que cuentan con la compañera permanente del procesado, persona que aún está en plena edad productiva, no posee discapacidad física, sensorial, síquica o moral para trabajar, o en su defecto cada menor con su progenitora, no es posible asumir que el encartado satisface los presupuestos que habilitan de manera excepcional el otorgamiento del subrogado pretendido.

No siendo de recibo los argumentos del censor en cuanto a que los infantes requieren de su presencia con fines correctivos o para su adecuado desarrollo, pues si bien la Ley 750 de 2002 es obsecuente con la prevalencia de los derechos de los menores, también es categórico y contundente para la Sala que de ninguna manera la condición de cabeza de familia se pueda convertir en un blindaje contra la facultad sancionadora del Estado y antes bien, si de protección a los menores se trata, de lo primero que se deben salvaguardarse es de la influencia negativa del comportamiento delictivo de

sus progenitores, razón por la cual se hace necesario que el acusado reciba tratamiento penitenciario, de acuerdo a la prevención general y especial como funciones de la pena, contemplados en el artículo 4 del Código Penal.

Máxime si se tiene en cuenta que *«hasta los derechos de los niños tienen límites»*, y uno de aquellos, es cuando se coloca en tela de juicio la seguridad del Estado y la recta aplicación del derecho penal, pues si ciertamente los menores tienen derecho a permanecer con sus padres, a tener una familia y a no ser separados de ella, en el presente caso el hecho de que el procesado hubiere preferido, con absoluta libertad y voluntad, la ejecución de la conducta punible enrostrada, conlleva a que la separación que ahora padecerán sus descendientes no derive en una decisión jurídica injusta o arbitraria, sino que la misma procede de la acción criminal dolosa y que por tanto amerita su reclusión en establecimiento carcelario.

En conclusión, como no se acreditó la condición de padre cabeza de hogar de **Morales Rodríguez**, se confirmará la decisión que negó la prisión domiciliaria invocada, por tanto, en este aspecto se ratificará la providencia impugnada conforme a las precedentes consideraciones.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA (Sder), SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. - **Confirmar** la sentencia proferida el 7 de mayo de 2021 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones Mixtas de Barrancabermeja, que declaró penalmente responsable a **Wilmer Antonio Morales Rodríguez** y Carlos Andrés Higuera Orozco del delito de hurto calificado y agravado.

Segundo. - Contra la presente providencia procede el recurso extraordinario de Casación, que deberá interponerse y sustentarse en los términos de ley.

Tercero. - Esta decisión se notifica en estrados. Una vez ejecutoriada, devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA



JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRAN



PAOLA RAQUEL ALVAREZ MEDINA

Registro de proyecto el 20 de septiembre de 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente: Shirle Eugenia Mercado Lora

Radicación:	68001220400020220063200 (22-589T)
Accionante:	Nancy Castro García – Sergio Andrés Pabuena
Accionado:	Juez 4° Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga y otros
Registro proyecto:	18/08/2022
Aprobación:	Acta No. 721
Decisión:	Declara improcedente y niega
Fecha:	Bucaramanga, 18 de agosto de 2022.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala la acción de tutela promovida por la señora Nancy Castro García como agente oficiosa de su hijo Sergio Andrés Pabuena, contra los Juzgados Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga y Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta, y Dirección y Área Jurídica de la Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Barrancabermeja, por la presunta violación de los derechos fundamentales de petición, vida digna y familia.

II. ANTECEDENTES

2. 1. De la demanda de tutela

Aparte de hacer referencia a la privación de libertad de su hijo Sergio Andrés Pabuena, a la sentencia condenatoria proferida contra este por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta, reparación de los daños a la víctima, al traslado de la Estación de Policía de Piedecuesta de Santander al Centro Carcelario de Barrancabermeja el 25 de marzo de 2022, y a la decisión del 13 de junio de 2022 que negó la prisión domiciliaria al prenombrado, emitida por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, afirma la señora Nancy Castro García, el 14 de junio se interpuso recurso de apelación contra la decisión última en mención pero no se ha resuelto. Añade que el 31 de julio de 2022 en horas de la noche por comentario de la esposa de un interno, supo que su hijo había sido golpeado por el supuesto “cacique” de patio en compañía de otros internos, que le robaron sus cosas y se desconocía la gravedad de las lesiones que le pudieron ocasionar, motivo por el que el 2 de agosto siguiente se presentó solicitud por correo electrónico a las directivas de la Cárcel “Modelo” de Barrancabermeja con el fin de que se informara el patio en que se encuentra recluso Sergio Andrés y los motivos por los que supuestamente fue agredido y expulsado del patio, además las medidas que se adoptaron para esclarecer los hechos que afectan la salud mental de la familia y física de él mismo,

igualmente que se estudiara la viabilidad de realizar una visita virtual con los familiares, sin embargo, no ha logrado que por la Cárcel y juzgados le comuniquen y resuelvan la situación de su hijo a quien se le vulneran sus derechos, tampoco le brindaron las medidas de seguridad ni la prisión domiciliaria pese a que cumple con los requisitos para tal efecto.

Pretende por lo anotado, que se ordene a los accionados que se informe el estado de salud de su hijo y se resuelva la petición de prisión domiciliaria. Aporta como pruebas memorial dirigido a Director del Establecimiento Penitenciario de Barrancabermeja suscrito por el apoderado de Sergio Andrés Barajas Rueda, escrito de apelación contra auto que negó prisión domiciliaria, y escrito por medio del cual informa dirección para solicitar prisión domiciliaria.

3. TRÁMITE Y RESPUESTA DE LOS DEMANDADOS

Repartida la acción constitucional a este Despacho, con proveído del 4 de agosto de 2022 se admitió y dispuso correr traslado de la demanda a las autoridades accionadas, además impuso una medida provisional.

En ejercicio del derecho de defensa los accionados se pronunciaron sobre los hechos así:

3.1. Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga

Además de aludir a la sanción penal impuesta a Sergio Andrés Pabuena Castro, cuya ejecución vigila, detalla que con auto del 13 de junio de 2022 fue negada la prisión domiciliaria, decisión que fue objeto de recurso de apelación por parte del defensor, y surtidos los traslados de rigor por parte de la Secretaría del Centro de Servicios Administrativos, se concedió la alzada ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta, y el expediente digitalizado enviado vía correo electrónico el 8 de agosto de 2022.

Denota que, frente a la situación descrita por la progenitora del sentenciado el 4 de agosto de 2022 junto con la asistente social, se llevó a cabo entrevista virtual con éste último, quien expresó que no le fue ocasionada ninguna lesión en los hechos ocurridos el 31 de julio y que fue recluido por el INPEC en un patio donde considera que está más seguro, participa en el taller de lectura como actividad de redención, recibe buena alimentación, mantiene buenas relaciones y ha recibido buen trato por parte de los funcionarios del INPEC. Circunstancias, anota, el señor

juez, por las que no existe violación o amenaza de derechos y clama que se declare improcedente la acción.

Acompaña copias de traslado de recurso de apelación, autos que programan fecha para entrevista, niega prisión domiciliaria.

3. 2. Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Barrancabermeja

Señala que no han vulnerado derecho fundamental alguno a Sergio Andrés Pabuena Castro, capturado el 24/03/2022 por el delito de hurto calificado a cargo del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, con fecha de ingreso 19/05/2022.

Concreta que con ocasión de la medida provisional el 5 de agosto de 2022 se realizó evolución médica y control de consulta externa; entrevista administrativa y atención psicológica desde el área psicosocial. Admite como ciertos varios de los hechos denunciados y comenta que Sergio Andrés Pabuena Castro en la entrevista manifestó que el 31 de julio tuvo un problema de convivencia pasando del patio 2 a la celda de recepción. Al ser valorado por el área de sanidad no se encontró heridas o lesiones, se dio cambio de patio 2 al patio 1 donde aquel afirma que se siente bien y sin problemas. La petición recibida el 3 de agosto de 2022 aún está en término para resolver conforme a la ley 1755 de 2015; no es cierto que hubieran recibido una llamada telefónica, aunque el interno Pabuena Castro ya se comunicó con su progenitora y el abogado. Dice, que no es competente para decidir la prisión domiciliaria, e igualmente se dio respuesta a la petición elevada por el defensor por correo electrónico de fechas 21 y 29 de julio y 4 de agosto de 2022, en los que se indica los requisitos que debe allegar para la reclamación de la prisión domiciliaria. Facilita como pruebas copias de historia clínica, evolución médica, cartilla biográfica, correos electrónicos enviados como respuesta, acta de asignación y ubicación de patios, entrevista administrativa, y control de consulta externa.

3. 3. Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta

Reconoce que allí se surtió el proceso penal radicada con N° 680016000159201807088 NI -2018-210 por el delito de hurto calificado respecto de Sergio Andrés Pabuena Castro, condenado a la pena de 1 año 3 meses de prisión, cuya ejecución vigila el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad.

Indica, a la vez, que se opone a las pretensiones de la demanda dado que sólo hasta el 5 de agosto de 2022 recibió del juzgado executor el expediente digital para resolver lo atiente a la apelación formulada por la defensa del condenado contra el auto que negó prisión domiciliaria.

Platea como excepciones sustanciales, el cumplimiento de las obligaciones dado que no ha incurrido en mora o dilaciones injustificadas en la resolución de peticiones; e inexistencia de afectación a derechos fundamentales, para seguidamente rogar que se niegue lo peticionado con la acción.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4. 1. De la competencia.

Corresponde al Tribunal tramitar y resolver la presente acción de tutela, conforme con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, en concordancia con lo consagrado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, modificado por los Decretos 1382 de 2000, 1069 de 2015, 1983 de 2017 y 333 de 2021.

4. 2. Problema jurídico

Se contrae a establecer, ab initio, si la señora Nancy Castro García está legitimada para promover la acción de tutela a nombre de su hijo Sergio Andrés Pabuena, mayor de edad y privado de la libertad. Y, de ser afirmativa la respuesta, determinar si se vulneran derechos fundamentales al último en mención.

4. 3. La Acción de tutela

La acción de tutela, según el artículo 86 de la Carta Política, fue estatuida como un mecanismo de protección inmediato y eficaz de los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en este último evento, en los casos que determine la ley; y es de carácter subsidiario pues sólo se puede ejercer cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial salvo que se busque evitar un perjuicio irremediable, el que debe hallarse probado.

4.4. Legitimación en la causa

Dada la informalidad que distingue a la acción de tutela de otras actuaciones judiciales, se puede acudir a ella sin necesidad de acreditar condiciones especiales, puesto que está al alcance de toda persona que crea conculcados sus derechos.

Y a partir de los artículos 1, 10 y 14 del Decreto 2591 de 1991 – reglamentario del art. 86), la jurisprudencia ha previsto cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela, cuyo cumplimiento permite la configuración de la legitimación en la causa, por activa, y son las siguientes:

- “(i) el ejercicio directo de la acción de tutela.
- “(ii) El ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas).
- “(iii) El ejercicio por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso, o en su defecto el poder general respectivo. Y
- “(iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso. (...)” 1.

Frente a la última condición, la jurisprudencia constitucional ha definido que la agencia oficiosa es consecuencia directa de la imposibilidad del titular de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados o amenazados, de ejercer su propia defensa, situación que legitima a un tercero indeterminado para actuar a su favor sin mediación de poder alguno².

Igualmente se ha indicado que esa calidad está sujeta al cumplimiento de cuatro requisitos:

- “i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro;
- “ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular);
- “iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados, y
- “iv) que haya una ratificación oportuna mediante actos positivos e inequívocos del agenciado en relación con los hechos y las pretensiones consignados en la tutela”³

1 T-679 de 2007 H. Corte Constitucional

2 T-542 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-301 de 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-573 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-330 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-406 de 2017, T-072 de 2019.

3 T-294 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-330 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-667 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-444 de 2012 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo), T-004 de 2013 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo) y T-545 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-406 de 2017.

Y si tales requisitos “no convergen se rechazará de plano la acción o simplemente, en la sentencia, no se concederá el amparo solicitado”⁴.

4. 5. Del caso concreto

Obra en el expediente que el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta mediante sentencia del 24 de agosto de 2021 condenó a Sergio Andrés Pabuena Castro a la pena de 1 año 3 meses de prisión y a la accesoria de rigor por el mismo plazo como responsable del delito de hurto calificado. Actuación por la que se encuentra el mencionado privado de la libertad desde el 24 de marzo de 2022, y fue asignada para la vigilancia de la ejecución de la sanción al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas de Bucaramanga.

En vista de que el sentenciado Pabuena Castro demandó el otorgamiento de la prisión domiciliaria, con auto del 13 de junio de 2022 el despacho ejecutor resolvió negar el mecanismo sustitutivo. Determinación que fue objeto del recurso de apelación por parte del defensor del sentenciado, siendo concedido ante el juzgado de conocimiento, a donde ingresó para su conocimiento el 5 de agosto de 2022.

Con el argumento de que Sergio Andrés Pabuena fue objeto de agresiones físicas por parte de otros compañeros de celda, según lo informó la esposa de otro interno, la señora Nancy Castro García, en calidad de progenitora, opta por instaurar la presente acción con el propósito de que se le suministre información acerca de la situación de su hijo, pues, aunque se requirió no se le proporcionó, no sea resuelto el recurso de apelación ni la petición de prisión domiciliaria.

Al respecto coincidieron en sostener Cárcel y Penitenciaría de Barrancabermeja y Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, que efectivamente la prisión domiciliaria se negó y fue impugnada la decisión por el defensor; y que en entrevista rendida por el propio sentenciado, éste aseveró que el día del problema ocurrido el 31 de julio de 2022 al pasar del patio a la celda, no fue lesionado o agredido, recibe buen trato por parte del personal del INPEC así como buena alimentación, y en el patio a donde fue trasladado se siente seguro.

Adicionalmente la autoridad penitenciaria aclara que las solicitudes allegadas por el defensor del condenado se han respondido, y como ‘prueba de ello acopia los correos electrónicos remitidos con esa finalidad. Y por parte del juzgado

⁴ Sentencias T-511 de 2017, y T-406-17.

de conocimiento se enfatizó que el recurso de apelación lo recibió para su definición el 5 de agosto de 2022.

4. 6. Solución del asunto planteado

Al aplicar lo brevemente descrito, salta a la vista que la señora Nancy Castro García no está legitimada para formular la presente acción, toda vez que actúa en representación de un tercero sin tener la calidad de agente oficioso, por consiguiente, la consecuencia jurídica que surge es la de declarar improcedente la acción.

Es claro y así se infiere que se aboga por los derechos de un tercero, no otro que, el señor Sergio Andrés Pabuena, su hijo, al punto de reclamar a favor de éste se ordene gestionar la solicitud de prisión domiciliaria y el recurso de apelación.

Aspecto que permite advertir que no está actuando en nombre propio en este asunto, es decir, como titular de los derechos fundamentales supuestamente conculcados, sino que lo hace en representación de otra persona, sin estar facultada para ello.

No se puede desconocer que siendo la acción de tutela de carácter personal, debe ser interpuesta por el directamente afectado o amenazado precisamente porque los derechos fundamentales son personales, por ello el legislador únicamente permite la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no está en condiciones de promover judicialmente su propia defensa, o a través de mandato expreso y específico otorgado directa y personalmente por el titular del derecho afectado a un profesional del derecho para ese efecto, lo que implica que no son admisibles los poderes generales.

De otro lado, si bien se hace la manifestación de actuar en calidad de agente oficioso, no se demostró sumariamente, que Sergio Andrés Pabuena, ya mayor de edad, no puede por incapacidad o imposibilidad física o mental acudir directamente al mecanismo de la tutela, es decir, que no está en condiciones de promover su propia defensa.

Al mismo tiempo, del análisis de las circunstancias fácticas del caso, mucho menos se extrae esa dificultad o imposibilidad del condenado para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados. Y sobre ello ninguno de los accionados se manifestó o hizo referencia a su existencia. Además,

dicha imposibilidad física, no surge del simple hecho de la privación de la libertad⁵, dado que esta situación no obstaculiza en manera alguna el ejercicio autónomo y directo de los derechos, pues los establecimientos carcelarios y centros de atención temporal, ofrecen los medios pertinentes para que las personas allí reclusas puedan mantener comunicación y contacto con personas o autoridades del exterior; aparte de eso no es requisito de procedibilidad de la acción constitucional que ésta sea allegada directa y personalmente por quien la promueve.

Además, esa exigencia, no se contempla, por simple formulismo, sino para preservar la autonomía y voluntad de una persona mayor de 18 años, quien es titular de la capacidad legal o de ejercicio, por virtud de la cual se le reconoce su plena aptitud para acudir ante los jueces, en defensa de sus derechos, cuando considere que estos están siendo amenazados o vulnerados. Razón por la cual un agente oficioso únicamente podrá actuar por otro cuando se pruebe una circunstancia física o mental que le impida al interesado interponer una acción de tutela directamente⁶.

Sobre el particular ha referido la H. Corte Constitucional lo siguiente:

“De acuerdo con lo dispuesto en esta norma (artículo 10 del Decreto 2591 de 1991) y con la jurisprudencia de esta Corporación, en el agenciamiento de derechos ajenos, debe estar debidamente demostrado que realmente el interesado no está en condiciones de asumir la defensa de sus propios derechos. Esta exigencia no es resultado de un capricho del legislador, ni corresponde a una mera formalidad, encaminada a obstaculizar el acceso a la administración de justicia, especialmente cuando se trata de la defensa de un derecho fundamental. No. Esta exigencia es desarrollo estricto de la Constitución sobre el respeto a la autonomía personal (Art. 16). Una de las manifestaciones de esta autonomía se refleja en que las personas, por sí mismas, decidan si hacen uso o no, y en qué momento, de las herramientas que la Constitución y la ley ponen a su alcance, para la protección de sus derechos en general, trátase de los fundamentales o de los simplemente legales.”⁷

De modo que, ante la carencia de legitimación en la causa por activa, la salvaguarda invocada se torna improcedente.

Y en lo atinente a la petición de información sobre las condiciones en que se halla Sergio Andrés Pabuena, el amparo implorado no prospera, dado que la señora Nancy Castro García, no acreditó que efectivamente, presentó una petición en ese

5 Autos CSJ ATP, 10 Jun 2008, Rad. 37301; y ATP497-2022, Radicación #122339 del 1 de marzo de 2022

6 Sentencia SU-377 de 2014

7 Sentencias T-503/98, T-153 de 2014

sentido, y que la entregó a la autoridad penitenciaria, en ese orden, no es posible endilgarle una omisión como la alegada, esto es, que no respondió o atendió lo exigido.

En asuntos donde se alega que se formuló una petición se torna necesario comprobar que efectivamente se hizo, pues a partir de dicho referente se puede establecer que surgía una obligación como la de emitir un pronunciamiento al respecto y que se obviaron los términos que estipula la ley para responder.

Aspecto respecto del cual abundante y reiterada ha sido la jurisprudencia constitucional al indicar que:

“Ahora bien, la violación de ese derecho puede dar lugar a la iniciación de una acción de tutela para cuya prosperidad se exigen dos extremos fácticos que han de cumplirse con rigor. Primero la existencia con fecha cierta de una solicitud dirigida a una autoridad, y segundo el transcurso del tiempo señalado en la ley sin que se haya dado una respuesta oportuna al solicitante. Así las cosas, para la prosperidad de la acción de tutela por violación del derecho de petición, el accionante debe acreditar dentro del proceso que elevó la correspondiente petición y, que la misma no fue contestada.

“Por lo anterior, es pertinente agregar que, si bien toda persona tiene derecho a elevar solicitudes respetuosas ante la administración o contra particulares, es requisito indispensable para obtener el fin perseguido con la acción de tutela, demostrar así sea de forma sumaria, que se presentó la petición.

“En este sentido, la Sentencia T - 997 de 2005, resaltó:

La carga de la prueba en uno y otro momento del análisis corresponde a las partes enfrentadas: debe el solicitante aportar prueba en el sentido de que elevó la petición y de la fecha en la cual lo hizo, y la autoridad, por su parte, debe probar que respondió oportunamente. La prueba de la petición y de su fecha traslada a la entidad demandada la carga procesal de demostrar, para defenderse, que, al contrario de lo afirmado por el actor, la petición sí fue contestada, resolviendo de fondo y oportunamente. Pero si ante el juez no ha sido probada la presentación de la solicitud, mal puede ser condenada la autoridad destinataria de la misma, pues procesalmente no existe el presupuesto del cual se deduzca que, en tal evento, estaba en la obligación constitucional de responder.

“En este orden, no basta por tanto que el accionante afirme que su derecho de petición se vulneró por no obtener respuesta. Es necesario respaldar dicha afirmación con elementos que permitan comprobar lo dicho, de modo que quien dice haber presentado una solicitud y no haber obtenido respuesta deberá presentar copia de la misma recibida por la autoridad o particular demandado o suministrar alguna información sobre las

circunstancias de modo, tiempo y lugar que acompañaron la petición, a fin de que el juez pueda ordenar la verificación”⁸.

Y si bien existe una solicitud, que admite la Cárcel recibió, ésta no se propuso por la accionante, sino por el abogado de su hijo, hecho respecto del cual, ya se indicó no está legitimada para incoar la protección del derecho de petición, porque el facultado para tal cosa es el mismo sentenciado –directamente- o través de su defensor.

De suerte que, en este evento particular, la acción se negará. Y por consecuencia, se deja sin efectos la medida provisional impuesta con providencia del 4 de agosto de 2022, sobre lo cual se informará al establecimiento penitenciario a quien se dirigió.

En armonía con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar improcedente, por falta de legitimación en la causa por pasiva, la solicitud de tutela interpuesta por la señora Nancy Castro García a nombre de su hijo Sergio Andrés Pabuena contra los Juzgados Primero Penal Municipal con Funciones Mixtas de Piedecuesta, Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga y Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Barrancabermeja.

Segundo. Dejar sin efectos la medida provisional impuesta con providencia del 4 de agosto de 2022, sobre lo cual se informará a la Cárcel y Penitenciaría de Media Seguridad de Barrancabermeja.

Tercero. Negar la acción de tutela instaurada por la señora Nancy Castro García, contra la Cárcel y Penitenciaría de Media Seguridad de Barrancabermeja por la supuesta vulneración del derecho fundamental de petición.

Cuarto. Contra la presente providencia procede el recurso de impugnación, el cual se debe formular dentro de los tres días siguientes a la notificación. De no

⁸ Sentencias T-1224 de 2001, T-167 de 2004 y T-329 de 2011.

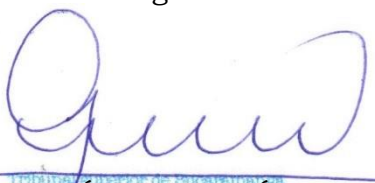
impugnarse, remitir la actuación a la Corte Constitucional, a efectos de su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.



SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

Magistrada



GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Magistrado



JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

Magistrado

Firmado Por:

Shirle Eugenia Mercado Lora

Magistrado

Sala 05 Penal

Tribunal Superior De Bucaramanga - Santander

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: 995b772e76cd59ac3865de3494f6f142856930a3b54ea4b41e1a0a053ed42c62

Documento generado en 18/08/2022 06:47:06 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>