

Señor:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL (PRIMERA INSTANCIA- REPARTO)

Ciudad.

Ref.: **ACCION DE TUTELA ART 86 C.N., DERECHO AL ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, LEGALIDAD EN MATERIA PENAL COMO CONEXO CON EL DEBIDO PROCESO, ENTRE OTRAS GARANTIAS CONEXAS.**

WILFRIDO ALEJANDRO URUETA MADERO, abogado en ejercicio, varón, mayor, residente en esta ciudad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No 1.143.330.914, y Tarjeta Profesional de abogado No 308.140 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, concurre ante ustedes actuando en calidad de apoderado de confianza para el presente tramite del señor **EDUARDO JESUS PARDO PORTO**, tal como obra en poder especial conferido al tenor del decreto presidencial 806 del 4 de junio del 2020 el cual aporto al presente escrito como anexo, con el fin de presentar **ACCIÓN DE TUTELA**, en contra de las sentencias proferidas los días; 15 de mayo del 2018 por el juzgado 2 Penal del Circuito de Cartagena, la sentencia del 28 de agosto de 2019 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, el auto proferido el 27 de junio de 2020 por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cartagena y el auto del 29 de junio del 2021 proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena, por la presunta trasgresión a las garantías constitucionales de; i) DEBIDO PROCESO, ii) ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, iii) IGUALDAD, y las de rango legal como conexos de los anteriores fundamentales de; ii) DIGNIDAD HUMANA, ii) PRINCIPIO DE LEGALIDAD y iii) PRINCIPIO DE IGUALDAD, lo anterior en los siguientes términos:

HECHOS:

- 1- Mi poderdante fue vinculado a un proceso penal, por la fiscalía 52 seccional de la ciudad de Cartagena, bajo el CUI

13001600112820100847200 quien le imputó y acusó de la presunta comisión del injusto de; estafa agravada en concurso homogéneo y sucesivo

- 2- El JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CARTAGENA, quien su titular es o fue en su momento el Dr. CARLOS WILSON MORA RICO, quien avoco conocimiento y programo las audiencias correspondientes al proceso penal de que trata la ley 906 de 2004.
- 3- El día 15 de mayo del año 2018 el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CARTAGENA dicto la sentencia condenatoria. en la sentencia de primera instancia en la página 59 se indicó lo siguiente: “. . . MECANISMOS SUSTITUTOS DE LA PENA DE PRISIÓN. Conforme la pena impuesta y frente al cotejo que se hace con las modificaciones introducidas por la ley 1709 de 2014 que modifico los artículos 38 y 63 del Código Penal, vemos que no es posible conceder ni la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria por carecer de los requisitos objetivos para ellos pues la primera exige que la pena impuesta no sea superior a 48 meses y la segunda para la prisión domiciliaria que esta no supere los 8 años y aquí la pena impuesta por el punible de estafa agravada en concurso es de 10 años, lo cual obliga a que se cumpla de manera intramural para lo que en firma(sic) esta sentencia se librará orden de captura y encarcelamiento contra los coacusados EDUARDO PARDO PORTO Y HAROLDO BONFANTE TORRES, para que sean mantenidos en la institución que señale el INPEC . . . ”.
- 4- El citado artículo 38B establece textualmente; **“Artículo 38 B. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria: 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos. 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000. 3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado. En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo. 4. Que se garantice mediante caución el**

cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial; b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia; c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello; d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.”

- 5- Al tenor de la norma, la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria es procedente en este asunto, y si pudo aplicarse por favorabilidad de las disposiciones de la ley 1.709 de 2.014, que modificaron el Código Penal, además de que por simple adecuación del supuesto normativo a la situación en concreto, es procedente, si se tiene en cuenta que en el presente asunto se cumplirían con todos los requisitos exigidos para la procedencia del sustituto de marras por parte del artículo 38B C.P. si nos atenemos a lo siguiente requisitos: Los delitos por los cuales se declaró la responsabilidad criminal de la acusada en abstracto son reprimidos por unas penas mínimas previstas en la norma que no exceden los 8 años de prisión, aun con el agravante aplicado en la dosificación del Juez de conocimiento. Los delitos no se encuentran en el listado de reatos consignado en el inciso 2º del artículo 68A C.P. para los cuales está prohibida la concesión del sustituto de marras. De las pruebas aducidas en el proceso está plenamente acreditado el arraigo familiar y social del suscrito quien es una persona sexagenaria.
- 6- Dicha sentencia fue apelada tanto por los defensores, como por el apoderado de víctimas.

- 7- La ponencia de la segunda instancia ante el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL CARTAGENA SALA DE DECISIÓN PENAL, le correspondió por reparto al despacho del Dr. JOSE DE JESUS CUMPLIDO MONTIEL.
- 8- Mediante sentencia de fecha 28 de agosto de 2.019, se REVOCO parcialmente la sentencia de primera instancia y se modificó la pena impuesta en 130 meses de prisión.
- 9- En fallo de segunda instancia el *ad quem* en la página 79 de la misma indicó que la pena mínima para el delito de estafa agravada era de 42.6 meses de prisión, lo cual, aún sigue sin exceder el tope de 8 años de prisión que exige el mecanismo sustitutivo de la pena de prisión por prisión domiciliaria.
- 10- La ejecución y vigilancia de la sentencia le correspondió al JUZGADO TERCERO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE CARTAGENA.
- 11-El día 14 de enero del 2.020 fue realizada solicitud al Juzgado de ejecución de penas que avoco competencia de la condena de mi cliente, la concesión de la prisión domiciliaria establecida en el artículo 38B del C.P., indicando que se cumplían con todos los requisitos, ya que el Juzgado Segundo Penal del Circuito se había equivocado al mal interpretar el artículo 38B en el sentido de que se debía tener en cuenta la pena impuesta y no la pena mínima establecida por el delito.
- 12-Por auto de fecha 11 de Mayo del 2.020, el JUZGADO TERCERO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD, negó la concesión de la sustitución de la pena de prisión por PRISION DOMICILIARIA del artículo 38B del C.P. expresando: " . . . Así las cosas, tenemos que esta modalidad domiciliaria (38 B del Código Penal) fue descartada en el fallo condenatorio por el factor objetivo, - de esta circunstancia se ocupa el petente, estimando que el fallador erro en ese sentido-, sin que sea dable en estos momentos ni en este escenario entrar a dilucidarlo, al considerar como fundamento jurídico para su negativa, que la pena del delito por el que se condenó excede la pena mínima de los 8 años de prisión . . .", realizando este un razonamiento contrario a la labor del operador judicial, presuponiendo sin realizar análisis o

pronunciamiento alguno acerca del tema de fondo, sin siquiera mirar lo establecido textualmente por la norma y aún más, lo establecido en reiterados fallos de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, en donde claramente se determinan lineamientos de interpretación tendientes a explicar la interpretación del artículo 38B del Código Penal, en sentido que se debe tener en cuenta la pena prevista en la ley, y no, la pena impuesta en la sentencia, para la concesión o no del subrogado penal.

- 13- en contra del citado auto fue interpuesto recurso de Reposición y en subsidio el de Apelación indicando: “ . . . 1- En la sentencia de primera instancia el Juez de conocimiento indica que para el delito de ESTAFA la pena es de 32 a 144 meses de prisión aumentados de 1/3 parte a la 1/2 por la agravante de la cuantía, la pena sería de 42.6 a 216 meses de prisión. (Página 55 de la sentencia de primera instancia). En cuanto a los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión el Juez de conocimiento indicó: “ . . . vemos que no es posible conceder ni la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria por carecer de los requisitos objetivos para ello pues la primera exige que la pena **impuesta** no sea superior a 48 meses y la segunda para la prisión domiciliaria **que esta** no supere los 8 años y aquí la pena impuesta por el punible de Estafa Agravada en concurso es del(sic) 10 años . . .”. (Página 59 de la sentencia de primera instancia). El artículo 63 del C.P. que establece la SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA establece como requisito en su numeral 1º “ . . . Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años. . .”. , Por su parte el artículo 38B ibidem el cual fue adicionado por el artículo 23 de la ley 1709 de 2.014, en su numeral 1º establece como requisito: “ . . . Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya **PENA MINIMA PREVISTA EN LA LEY sea de ocho (8) años de prisión o menos** . . .”. (mayúsculas y negrillas nuestras). En el presente caso haciendo la dosimetría punitiva el delito de estafa tiene pena de 32 a 144 meses, incrementada de 1/3 parte a la 1/2 por la agravante de la cuantía, la pena quedaría de 42.6 a 216 meses de prisión, es decir la pena mínima prevista para el delito de estafa agravada es de 42.6 meses, inferior a 8 años de prisión.

14- Al proferirse la sentencia de primera instancia se encontraba vigente la ley 1709 de 2014, la cual debió ser aplicada a mi mandante, por el principio de aplicación de la ley penal de la FAVORABILIDAD, consagrado en la parte general del Código Penal.

15- Por auto de fecha 27 de Julio de 2020 el JUZGADO TERCERO DE EJECUCIO DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE CARTAGENA no repone el auto del 11 de mayo de 2020 y concede el recurso de Apelación indicando: “ . . . Bajo este contexto, el Despacho ejecutor encuentra infundadas las argumentaciones de los recurrentes: Primero, dado su pronunciamiento concreto por el juez de primera instancia, en ese preciso sentido; que confirmó integralmente el H. Tribunal de Distrito Judicial de Cartagena. Segundo, que el instituto sustitutivo de la pena referido al artículo 461 contenido en la Ley 906 de 2004, que remite al artículo 314 ibidem, es potestad del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, respecto a las hipótesis que surjan posteriormente a la ejecutoria del fallo, competencia que se extiende, cuando las instancias no se han pronunciado sobre la prisión domiciliaria, siempre frente al artículo 38 del Código Penal, con las exigencias propias de esa institución. Las circunstancias precedentes a la decisión recurrida no han variado, el contexto de inconformidad no modifica los pernoctados en que se radicó dicha decisión y por lo demás, hoy por hoy, los sentenciados están cobijados por una medida sustitutiva de la misma naturaleza –residencial- que ellos mismos tuvieron ocasión y oportunidad de pedir en sobrado derecho . . .”.

16- Al decidir el recurso de Apelación el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CARTAGENA, por auto de fecha 29 de junio del 2021 confirma la decisión recurrida indicando: “. . . De acuerdo a lo anterior, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas solo es competente con la vigilancia de la pena impuesta por el Juzgado de primera instancia que fue objeto de reproche y aun así confirmada en segunda instancia. Valorando los argumentos expuestos, compartimos los argumentos expuesto por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas, puesto que este Despacho ya dio sus consideraciones respecto a esta valoración, que dio lugar

a reproche por los procesados y que a su vez fue confirmado por la segunda instancia, es por esto, que así como lo ha dicho el Juzgado Tercero de ejecución de Penas, la pretensión invocada, es improcedente porque sería someter a estudio un tema, que ya fue decidido y que paso a ser cosa juzgada. Amén de que las condiciones no han variado . . .”.

- 17- Mi apadrinado, no dispone de otro mecanismo idóneo, eficaz y efectivo para solicitar la protección de mis derechos ya que ha agotado las instancias judiciales. Además, es una persona de más de 60 años por lo que se está frente a la inminencia de un perjuicio irremediable aun habiendo otro mecanismo legal de protección del derecho que se le está violentando, no obstante se encuentre en una medida especial a razón de las medidas carcelarias adoptadas por la presidencia de la república y el director nacional del INPEC, las mismas son transitorias y pueden perder su vigencia en cualquier momento, llevando a mi cliente, nuevamente a una situación en donde no solo se trasgrede flagrantemente su derecho a la administración de justicia, sino que se pone en peligro su salud, y la estabilidad económica de su familia, pues, aun con la pena que se le impuso, continua laborando para ocuparse de sus obligaciones como padre de familia.
- 18- Los accionados incurrieron en un defecto material derivado de la aplicación indebida del artículo 38B de la Ley 906 de 2004, frente a las causales previstas para otorgar la prisión domiciliaria, Toda vez que los demandados llevaron a cabo una interpretación errada del citado art. 38B, interpretación que es contrario a la norma sustancial y mal interpretada por los juzgadores pues, no es la pena que ellos impongan sino la de la que trae como mínima la conducta punible.

FUNDAMENTOS DE DERECHO Y DERECHOS FUDAMENTALES VIOLENTADOS

El Art. 86 de nuestra Carta Política concedió a todos los ciudadanos la acción de tutela como mecanismo para la protección inmediata de los derechos que se encuentren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad y algunos particulares según la reglamentación de esta acción.

Al respecto, es prudente citar los artículos 6º y 8º del decreto por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, como sigue: *“Artículo 6º. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella 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. Se entiende por irremediable el perjuicio que solo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización. 2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus. 3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable. 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho. 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto. “ARTICULO 8. LA TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”*

En cuanto a los derechos constitucionales que mediante la presente acción se pretende realizar protección, la Constitución Nacional los establece;

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el

juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

“Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.”

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Y, los conexos con la normatividad penal de rango legal, la ley 599 del 2000 que reza;

“ARTICULO 2o. INTEGRACION. Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código.”

“ARTICULO 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.”

“ARTICULO 7o. IGUALDAD. La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política.”

Adicionalmente a lo anterior, dentro del actuar de la jurisdicción constitucional, han sido establecidos, requisitos de procedencia, tanto para la acción de tutela en términos generales como para la acción de tutela en contra de providencias judiciales, los cuales conviene traer al presente escrito; ***“...Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:***

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones [13]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[14]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción

constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración [15]. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora[16]. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible[17]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela[18]. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación,

proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”[19]

2.2.2. De igual forma, en la sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, además de los requisitos generales, se señalaron las causales de procedencia especiales o materiales del amparo tutelar contra las sentencias judiciales. Estas son:

“...Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales [20] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus

decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado[21].

i. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

2.2.3. Es decir, siempre que concurren los requisitos generales y, por lo menos una de las causales específicas de procedencia contra las providencias judiciales, es procedente ejercitar la acción de tutela como mecanismo ”1

Así las cosas, en el presente asunto, nos ubicamos en el contexto de una eventual configuración de un defecto material o sustantivo, a causa de la evidente errónea aplicación del tenor literal de la norma, valga aclarar el artículo 38B del Código Penal Colombiano. Al respecto la jurisprudencia anota; ***“2.3. El defecto sustantivo como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial. Reiteración jurisprudencial.***

2.3.1. La Corte Constitucional en su jurisprudencia, ha señalado que el defecto sustantivo (o material) se presenta cuando “la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen

¹ SENTENCIA Expediente T-6.487.524, Corte Constitucional, MP Dra. CRISTINA PARDO SCHLESINGER

al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto”. [23] De igual forma, ha concluido que este defecto se ha erigido como tal, como consecuencia de que la competencia asignada a los jueces para interpretar y aplicar las normas jurídicas no es completamente absoluta, aunque se funde en el principio de autonomía e independencia judicial. En cuanto esto se indicó: “[p]or tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho.” [24]

2.3.2. Esta corporación también ha identificado ciertas situaciones que pueden presentarse y en las que se puede incurrir en dicho defecto:

“(i) la sentencia se fundamenta en una norma que no es aplicable porque a) no es pertinente, b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia, c) es inexistente, d) ha sido declarada contraria a la Constitución, o e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador;

(ii) a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes” o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial;

(iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes;

(iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución;

(v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”;

(vi) la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso; o

(vii) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto”.[25]

2.3.3. De lo anterior se concluye que no cualquier diferencia en la interpretación en que se funda una decisión judicial configura un defecto sustantivo o material, solo aquellas que se consideren irrazonables, desproporcionadas, arbitrarias o caprichosas, pues de no comprobarse, la acción de tutela sería improcedente [26]. La irregularidad señalada debe ser de tal importancia y gravedad que por su causa se haya proferido una decisión que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos fundamentales.[27] Así las cosas, pueden existir vías jurídicas distintas para resolver un caso concreto, las cuales resultan admisibles si se verifica su compatibilidad con las garantías y derechos fundamentales de los sujetos procesales.[28]”²

Tesis que es claramente ampliada y reiterada por la ya referenciada corporación judicial de la siguiente manera;

“ 6.1. Defecto material o sustantivo. Reiteración de Jurisprudencia

El defecto sustantivo tiene lugar siempre que la providencia judicial se funde en una norma abiertamente inaplicable al caso objeto de estudio, o que siendo aplicable, la misma fue desconocida.

En este sentido, como ha sido perfilado por la jurisprudencia constitucional, se está ante un defecto sustantivo siempre que: (i) la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, por ejemplo, ora porque la norma empleada no se ajusta al caso[30], no se encuentra vigente por haber sido derogada[31], o ha sido declarada inconstitucional[32]; (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la

² IBIDEM

Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance[33]; (iii) cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática[34]; (iv) cuando la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada[35]; o finalmente, (v) en el evento en que, no obstante la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador[36].”³

Así las cosas, resulta evidente, que las reiteradas decisiones de negar la concesión de la medida sustitutiva de la pena de prisión contraria la literalidad misma del artículo 38B del Código Penal, en tanto que el mismo establece; **“Artículo 38B. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:**

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;

³ SENTENCIA T-116/14, CORTE CONSTITUCIONAL, MP. Dr LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, Bogotá D.C., tres (03) de Marzo de dos mil catorce (2014)

b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;

c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.”

Siendo que, en las repetidas negativas de los operadores judiciales a mi mandante, el argumento ha sido que debe ser la pena impuesta en la sentencia y no la pena prevista en la ley, cosa que resulta contraria, no solo a nivel de interpretación (como jurisprudencialmente ha sido establecido), si no a lo consagrado literalmente en el artículo que reglamenta la sustitución de la pena de prisión, siendo que la ley claramente y sin vacíos, citas oscuras o lugar a interpretación ambigua establece que se tendrá en cuenta la pena prevista en la ley, lo que resulta evidente de la mera lectura de supuesto normativo de la norma cuya aplicación se ha negado indebidamente, artículo 38B del Código Penal.

Aunado a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en lo referente a la figura de sustitución penal que se pretendió en su momento, establece en repetidas ocasiones; “ . . . encuentra la Sala que *mutatis mutandi*, cuando se establece la conducta punible en punto del elemento objetivo para acceder a la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural, también deben tenerse en cuenta tales variantes de los extremos punitivos, a fin de precisar

con singularidad e individualidad, que en el caso concreto la «pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos». ” 4

“ . . . La primera de las exigencias reseñadas consiste en que el delito por el cual se impone condena prevea una pena mínima igual o inferior a ocho años de prisión. En no pocas ocasiones ha aclarado la Corte que dicho tiempo se refiere a la sanción legal en abstracto, no a la efectivamente impuesta en cada caso (Cfr. entre otros, CSJ AP, 28 Ene 2015, Rad. 44776) . . . ”5

“la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos”, MÁS NO CON LA SANCIÓN INDIVIDUALIZADA E IMPUESTA DEFINITIVAMENTE POR EL FALLADOR, como, se repite, sin acierto lo propone el memorialista . . . ”. “ . . . En ese orden, LA PENA MÍNIMA PREVISTA EN LA LEY para tal conducta es la de 5 años, 6 meses y 18 días de prisión, motivo por el que se satisface la exigencia indicada en el numeral primero del artículo 38B del Código Penal, esto es, que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos. . ”.6

Siendo así establecido en dichas providencias y en un número mayor de decisiones del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad penal, resulta no solo contrario a lo literalmente establecido en el artículo 38B de la ley 599 de 2000, sino también contrario a la interpretación que constituye precedente judicial para la aplicación de dicha norma, lo que resulta flagrantemente violatorio de las garantías constitucionales de; acceso a la administración de justicia, igualdad, debido proceso, y como garantías conexas a los fundamentales anteriormente citados, al los principios de legalidad, dignidad humana e igualdad que rezan en el capítulo de normas generales del código penal,

⁴ SP17024-2016, No 44562, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, MP. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

⁵ SP3103-2016, RAD: No 45181, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, MP. Dr EUGENIO FERNANDEZ CARLIER

⁶ AP662-2020, Rad No 54980, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, MP. Dr EUGENIO FERNANDEZ CARLIER

puesto que no se está dando aplicación a lo reglado en la normatividad de la última ratio, si no al error de aplicación del operador judicial al realizar la confrontación de lo que se tiene en la realidad con el supuesto normativo establecido en el artículo 38B del Código Penal, lo cual desde cualquier punto de vista merece atención y, en concepto del suscrito protección por parte del juez constitucional.

No entiende entonces el suscrito, habiendo además de la normatividad, precedentes de conceptos jurisprudenciales que soportan la interpretación, que entre otras cosas se entiende literalmente del artículo, que, sin ningún tipo de fundamento adicional, sea negado el sustituto penal a mi cliente, bajo la premisa de palabra del funcionario sustanciador del fallo, que reza “*se tendrá en cuenta la pena impuesta y no la prevista*”, lo cual, flagrantemente resulta no solo contrario a la ley penal, sino a garantías constitucionales que ocupan la presente solicitud de amparo constitucional.

Las providencias accionadas mediante tutela, resultan violatorias de los derechos de los cuales se pretende su protección, en los términos descritos en el presente escrito, lo cual se vislumbra de una simple confrontación textual entre la fundamentación de las reiteradas negaciones a la sustitución de la pena y lo que la ley establece de manera textual aunado a los que, como fuente auxiliar de interpretación la corporación ha dejado sentado por vía jurisprudencial, siendo dable al suscrito, solicitar a los señores magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la siguiente;

SOLICITUD DE TUTELA:

- 1- DECLARAR, la tutela de los derechos fundamentales; I) DEBIDO PROCESO, ii) ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, iii) IGUALDAD, y las de rango legal como conexos de los anteriores fundamentales de; ii) DIGNIDAD HUMANA, ii) PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**
- 2- En consecuencia, DECLARAR la nulidad parcial de las sentencias proferidas; el 15 de mayo del 2018 por el Juzgado 2 Penal del**

Circuito de Cartagena, la sentencia del 28 de agosto de 2019 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, el auto proferido el 27 de junio de 2020 por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cartagena y el auto del 29 de junio del 2021 proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena, en el punto TERCERO de la parte resolutive, en lo atinente a la negación de la medida de sustitución de la pena de prisión en establecimiento carcelario por prisión domiciliaria de EDUARDO PARDO PORTO.

- 3- ORDENAR al Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cartagena, que CONCEDER la sustitución de la pena de prisión en establecimiento carcelario impuesta a EDUARDO JESUS PARDO PORTO, por el sustituto penal de PRISION DOMICILIARIA, para que cumpla la sanción impuesta en el lugar de su domicilio.**
- 4- Todas las que el despacho sustanciador y la sala consideren necesarias y pertinentes para la protección de los derechos que le han sido a mi cliente violentados.**

PRUEBAS Y ANEXOS:

Aporto como pruebas que soportan mis peticiones las siguientes:

- Poder especial otorgado en las formas establecidas en el decreto 806 del 2020.
- Sentencia de primera instancia de fecha 15 de mayo del año 2018
- Sentencia de segunda instancia de fecha 28 de agosto del año 2019
- Auto de fecha 11 de mayo de 2020.
- Recurso de Reposición y en subsidio el de Apelación.
- Auto del 27 de Julio de 2020.
- Auto del 29 de junio de 2021.

NOTIFICACIONES

El suscrito APODERADO, las recibirá en mi oficina de abogado, en la calle 12B No 8 – 23, Oficina 307 o al correo wuruetam@gmail.com.

El accionante EDUARDO PARDO PORTO, en la Dirección Bocagrande, carrera 4 N 4 -139, edificio Rafael, apto 101, en la ciudad de Cartagena, teléfono 319 755 49 35 y correo electrónico pardoporto@gmail.com.

JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CARTAGENA las recibe en el correo electrónico j02pctocgena@cendoj.ramajudicial.gov.co.

- JUZGADO TERCERO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE CARTAGENA las recibe en el correo electrónico j03epencgena@cendoj.ramajudicial.gov.co.

- SALA DE DECISION PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA las recibe en el correo electrónico secsalpen@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Atentamente,



WILFRIDO ALEJANDRO URUETA MADERO

C. C. No 1.143.330.914

T. P. No 308.140 expedida por el C. S. de la J.