



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 2

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP15874-2022

Tutela de 1ª instancia No. 126992

Acta No. 249

Bogotá D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil veintidós (2022)

VISTOS

Se resuelve la acción de tutela instaurada por la apoderada de **YULENY FERNANDA JIMÉNEZ TORRES** contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio y el Juzgado Promiscuo Municipal de La Primavera -Vichada-, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

A la acción fueron vinculados, como terceros con interés legítimo en el asunto, la Comisaría de Familia, el Centro Zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, la Defensoría del Pueblo, la Estación de Policía, todos de

Puerto Carreño, al Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Villavicencio y a las demás autoridades, partes e intervinientes en el proceso con radicado No. 99001600064620190013801.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Como hechos jurídicamente relevantes se destacan los siguientes:

1. En contra de **YULENY FERNANDA JIMÉNEZ TORRES**, el Juzgado Promiscuo Municipal de La Primavera - Vichada adelantó el proceso penal con radicado No. 99001600064620190013801, en el que, en virtud del preacuerdo suscrito, el 12 de noviembre de 2021 la condenó por el delito de violencia intrafamiliar agravada y le impuso pena de 40 meses de prisión.

2. Determinación que fue apelada por la delegada fiscal y la defensa de la procesada, recurso que fue resuelto por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, el 09 de septiembre de 2022, oportunidad en la que modificó la sentencia de primera instancia en el sentido de imponer a la procesada la pena principal de 24 meses de prisión y ordenó librar orden de captura. Confirmó en lo demás la providencia atacada.

3. Señaló que el colegiado, *“consideró que no procedía la sustitución de la detención preventiva, al hacer una interpretación sistemática, más no exegética, en la medida que*

podían ser aplicadas normar de forma transversal, y enunció la del numeral 3 del artículo 314 de la ley 906 de 2004. En el caso en estudio no se cumple porque la menor tiene más de un año de nacida.”. Arguye que el Tribunal, al resolver la alzada, desconocía los hechos que pone de presente.

4. **YULENY FERNANDA JIMÉNEZ TORRES** fue capturada el 06 de octubre de 2022, encontrándose detenida en la estación de policía de Puerto Carreño, a la espera de su traslado al establecimiento carcelario de Villavicencio.

4.1. Sostiene que su hija I.Y.F.J. nació el 20 de agosto de 2021, quien a la fecha no tolera alimento sólido y sólo recibe seno materno, por lo que, desde su detención, en horas de la noche la niña se alimenta de suero y agua. Precisa que en el día se le ha permitido que lactar a la niña al interior de la estación de policía donde se encuentra privada de la libertad. Asegura que I.Y.F.J. *“casi no duerme está en estado inconsolable, a su poca edad no entiende lo que sucede con su alimentación y con el calor que le da su madre”*.

4.2. Además, señala que tiene a su cargo a otras dos hijas menores -A.V.F.J. y E.S.F.J.-, entre ellas la menor víctima dentro del proceso penal, las cuales no cuentan con el apoyo de su progenitor *“por cuestiones penales al parecer”* y tampoco tiene familia extensiva que pueda hacerse cargo de ellas.

4.3. Aduce que con ocasión a la situación de violencia intrafamiliar por la que fue condenada se sometió a

tratamiento psicológico, el que culminó con certificación del médico tratante así: *“En la actualidad se observa sujeto con integración de pautas de crianza asertivas, estrategia de comunicación asertiva, fortalecimiento del rol de madre y excelente relación con la hija desde un manejo adecuado de derechos y deberes y ejecución de refuerzos asertivos frente a crianza”*.

3.5. Asegura que es evidente la vulneración de los derechos de sus menores hijas, conforme al artículo 44 de la Constitución Nacional, en especial de I.Y.F.J., la que se encuentra en riesgo al no recibir la lactancia materna y en razón de su corta edad.

3.7. Sostiene, en consecuencia, que se debe *“Decretar una medida provisional de ser posible se otorgue de manera transitoria la Prisión Domiciliaria en aras de que a la menor se le suministre el alimento materno puesto que la menor I.Y.F.J., en este momento está en riesgo su vida, salud por falta de alimentación ya que no recibe alimento sólido y en estos momentos está siendo alimentada con agua y suero según lo ha manifestado el padre de la menor, y para que proteja además a sus otras dos menores hijas que están a su cargo.”*

4. Con fundamento en lo anterior, solicita el amparo de los derechos fundamentales y, en consecuencia, se acceda a conceder la medida provisional solicitada.

TRÁMITE Y RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

En auto del 13 de octubre de 2022 se admitió la demanda de tutela y se negó la medida provisional

peticionada, ante la ausencia de demostración de los presupuestos del artículo 7° del Decreto 2591 de 1991.

De igual manera, se ordenó correr traslado de su contenido a las autoridades accionadas y demás vinculados, quienes se pronunciaron en los siguientes términos:

1. El **Juez Promiscuo Municipal La Primavera - Vichada** precisó el devenir procesal al interior de la actuación penal 99001600064620190013800 y refirió que, mediante fallo del 12 de noviembre de 2021, condenó a **YULENY FERNANDA JIMÉNEZ TORRES** a la pena de 40 meses de prisión por el delito de violencia intrafamiliar agravada y negó los subrogados de la suspensión condicional de la pena y la sustitución de la prisión domiciliaria.

Expuso que esa determinación fue objeto del recurso de apelación y que la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, el pasado 09 de septiembre, la modificó e impuso pena principal de 24 meses de prisión y ordenó librar la respectiva orden de captura para el cumplimiento de la sentencia.

Señaló que la Fiscalía 23 local de Puerto Carreño, el 06 de octubre anterior, informó la captura de la condenada, por lo que se emitió la orden de encarcelamiento direccionada al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Villavicencio.

2. La **Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio** informó que, el pasado 09 de septiembre,

desató el recurso de apelación interpuesto por la defensa y la fiscalía contra la sentencia condenatoria emitida contra la accionante, resolviendo modificar la sentencia de primer grado en el sentido de imponer a la procesada la pena principal de 24 meses. Adicionalmente, dispuso librar la respectiva orden de captura en atención a que no fue ordenado en el fallo de primera instancia.

La anterior providencia quedó ejecutoriada el 27 de septiembre siguiente, por cuanto ninguna de las partes interpuso el recurso extraordinario de casación, razón por la cual la Secretaría de esa Corporación, con oficio No. 4135 del 06 de octubre de 2022, remitió el expediente al Despacho de origen.

En lo referente a los hechos objeto de la solicitud de amparo, indicó que en la decisión emitida se expusieron los argumentos por los cuales, para dicho momento procesal, debía negarse i) la prisión domiciliaria del artículo 38B del Código Penal, ii) la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia y iii) la sustitución de la detención preventiva prevista en el numeral 3 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Finalmente, consideró que en el presente asunto no se acreditan los requisitos generales y específicos para la procedencia de tutela contra providencias judiciales.

3. El **Comandante del Departamento de policía del Vichada** allegó memorial en el que manifiesta “*se acoge a lo*

dispuesto en su pronunciamiento, y continuará garantizando los derechos fundamentales, y el respeto por los derechos humanos de la menor I.Y.F.J., como de su progenitora la señora YULENY FERNANDA JIMÉNEZ TORRES, en calidad de condenada”.

4. La **Defensora de Familia del Centro Zonal de Puerto Carreño** puso de presente que, el 06 de octubre anterior, mediante oficio No. SIM2292001222920010 la Fiscalía solicitó el restablecimiento de los derechos de las menores A.V.F.J, E.S.F.J e I.J.F.J, hijas de la capturada YULENY FERNANDA JIMÉNEZ TORRES.

A fin de establecer lo pertinente, señala que se desplazó hacia la vivienda donde residen las menores, lugar en el que se encontraba la abuela materna quien indicó que se hacía cargo de sus nietas y que, al interior del proceso de restablecimiento de derechos, la progenitora tenía la custodia y cuidado de las niñas, pero que iba a solicitar la custodia y cuidado a la comisaría de familia.

En ese entendido, expuso que, al verificar que los derechos de las menores A.V.F.J. y E.S.F.J., no encontró un riesgo que ameritara tomar medida de restablecimiento de derechos en ubicación en hogar sustituto pues cuentan con familia extensa.

Además, respecto de I.J.F.J. advirtió que se encuentra con su progenitor, por lo que procedió, el 10 de octubre de 2022, a enviar oficio dirigido a la comisaría de familia de

Puerto Carreño, por cuanto fue la autoridad que adelantó el proceso de restablecimiento de derechos de las menores.

5. El **Juzgado 1 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Villavicencio** manifestó que asumió conocimiento de la vigilancia de la pena impuesta a YULENY FERNANDA JIMÉNEZ TORRES con auto del pasado 20 de octubre.

Asimismo, reseñó que, el día anterior, recibió, en el correo del Despacho, solicitud formulada por la defensora referente al reconocimiento de prisión domiciliaria de conformidad con las previsiones de la Ley 750 de 2002 a favor de la penada, por lo que, previo a resolver lo pertinente, mediante providencia de 20 de octubre de 2022 dispuso la práctica de algunos medios de prueba –remitió copia de la providencia-.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

De conformidad con el artículo 1, numeral 5°, del Decreto 333 de 2021, esta Corporación es competente para resolver la presente tutela en primera instancia, por ser superior funcional de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

Problema jurídico

De cara a los hechos narrados en la demanda, corresponde a la Sala determinar si,

i) la presente acción de tutela satisface el presupuesto de subsidiariedad en relación con la sentencia del 09 de septiembre de 2022, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio. Además, se verificará si en esa decisión se estructura un defecto o alguna irregularidad trascendente.

ii) se cumplen los presupuestos de la acción de tutela, como mecanismo transitorio, para acceder a la concesión de la prisión domiciliaria en condición de madre cabeza de familia.

Análisis del caso concreto

1. La acción de tutela es un mecanismo judicial creado por el artículo 86 de la Constitución Política para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública, o los particulares en los casos allí establecidos.

2. Cuando esta acción se dirige contra decisiones o actuaciones judiciales, es necesario para su procedencia que cumpla, entre otros presupuestos generales, el de subsidiariedad, y se demuestre que la decisión o actuación cuestionada incurrió en una vía de hecho por defecto

orgánico, procedimental, fáctico, sustantivo, de motivación, error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la constitución (C-590/05 y T-332/06).

3. El presupuesto de la subsidiariedad implica que quien acude a ella debe haber agotado todos los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su disposición en el proceso que la motiva, para salvaguardar sus derechos, en aras de la protección de los postulados de autonomía e independencia de la función jurisdiccional.

La jurisprudencia ha sostenido que en acciones contra decisiones o procedimientos judiciales, esta limitante se estructura cuando, i) existe un proceso judicial en curso, (ii) los medios de defensa judicial que el procedimiento ofrece al accionante no se han agotado, y (iii) es utilizada para sustituir al funcionario judicial en la función jurisdiccional que le es propia, o para revivir etapas procesales donde no se utilizaron los mecanismos de impugnación disponibles (C.C. sentencia T-103/2014).

4. De la procedencia del amparo respecto de la sentencia de 09 de septiembre de 2022 en relación con la negativa de los mecanismos sustitutivos.

4.1. Para la Sala, es claro que el presupuesto de subsidiariedad no se cumple porque la accionante que no promovió el recurso extraordinario de casación y, por tanto, desaprovechó la oportunidad procesal para plantear las

inconformidades que por este trámite excepcional se proponen, lo que torna improcedente la acción de tutela.

4.2. Al mismo tiempo, debe recordarse que quien acude en tutela, para atacar una providencia judicial, tiene la ineludible obligación de exponer, en forma seria y ponderada, las razones por las cuales la decisión reprochada adolece de alguno de los defectos específicos que viabilice su procedencia.

Esa carga no se satisface con la reiteración de los alegatos y argumentos propuestos en el proceso ordinario, o con la exposición inconexa de la argumentación que, en concepto del actor, debió ser acogida por las autoridades llamadas a resolver su caso, pues ello conduciría al inadecuado uso de la acción de amparo como una instancia adicional o paralela.

La lectura del escrito de tutela es suficiente para concluir que, so pretexto de la vulneración de garantías fundamentales, la actora pretende que esta Sala simplemente acoja los argumentos que, en su sentir, hacen procedente la sustitución de la prisión domiciliaria, al exponer lo siguiente:

“El honorable Tribunal en la sentencia consideró que no procedía la sustitución de la detención preventiva, al hacer una interpretación sistemática, más no exegética, en la medida que podían ser aplicadas normas de forma transversal, y enunció la del numeral 3 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.”

Nótese que dichos argumentos no se tornan claros a

efectos de demostrar el defecto de la providencia, ni tampoco ofrecen nitidez respecto de cuál o cuáles eran las normas que debían ser aplicadas en su específico caso.

4.3. Ahora, para descartar la afrenta a los derechos fundamentales de la accionante, basta con revisar las consideraciones de la sentencia cuestionada para concluir que las mismas responden a la normatividad vigente y se apoyan en argumentos serios y sólidos con fundamento en los cuales se concluyó que, para el momento del proferimiento de la sentencia, **YULENY FERNANDA JIMÉNEZ TORRES** no podía ser beneficiaria con los mecanismos sustitutivos que allí pretendió.

En el estudio de cada mecanismo sustitutivo, en la sentencia de segunda instancia, el Tribunal Superior de Villavicencio puntualizó:

i) **De la prisión domiciliaria.** El artículo 38B del C.P., vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos, establece en su numeral 2° que para la procedencia de ese beneficio se requiere que la condena no se emita por “...*uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del art. 68A de la Ley 599 de 2000*”.

Que la sentencia en contra de YULENY FERNANDA se profirió por el delito de violencia intrafamiliar y, por tanto, no era viable otorgar el mecanismo sustitutivo de pena.

ii) **De la prisión domiciliaria debido a la condición de madre de familia.** Está regulada en la Ley 750 de 2002, y con los elementos de conocimiento allegados por la defensa no se acreditan los requisitos allí contemplados.

Tomó en cuenta los registros civiles de nacimiento de las menores de edad I.J.F.J. de 1 año de edad y E.S.J.F. de 8 años, hijas de la sentenciada, y estableció que sus padres eran los señores Jahider David Flórez Eurequia y Edgar Yesid Fernández Pérez. Preciso que frente a estos ciudadanos i) no se alegó la sustracción a sus deberes alimentarios o que estén ausentes y ii) tampoco se acreditó que padezcan alguna limitación física o mental que les impida contribuir con el cuidado de las menores.

En consecuencia, destacó que las niñas cuentan con sus progenitores a efectos de procurar el cuidado y la protección de su interés superior. Señaló que *“En conclusión, no se puede utilizar la figura de madre cabeza de familia para evadir el cumplimiento de la pena, so pretexto de la protección del menor, dando lugar a un beneficio inmerecido”*.

iii) **“De la sustitución de la detención preventiva”¹.** No encontró acreditado el presupuesto normativo del numeral 3 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004², por cuanto, para la fecha del pronunciamiento, la menor I.J.F.J.

¹ Así se denominó por el Tribunal en la sentencia de segunda instancia.

² Artículo 314. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:

... 3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de nacimiento.

tenía más de un año de edad.

En las anotadas condiciones, la Sala advierte que las apreciaciones realizadas por el Tribunal responden a la normatividad vigente y al estudio de las pruebas incorporadas por la defensa de la actora y conforme lo indican las reglas de la sana crítica.

Los razonamientos del Tribunal se apoyan en argumentos serios y sólidos con fundamento en los cuales se concluyó que, para el momento del proferimiento de la sentencia de segunda instancia, **YULENY FERNANDA JIMÉNEZ TORRES** no podía ser beneficiaria de esos sustitutos.

Bajo ese contexto argumentativo, ninguna circunstancia constitutiva de una vía de hecho se encuentra en el pronunciamiento efectuado por el juez colegiado accionado.

Esta Sala ha sido insistente en sostener que las divergencias interpretativas, o de valoración probatoria que surjan en torno a una decisión judicial, no son violatorias, per se, de derechos fundamentales, y que la tutela no es, por tanto, el medio indicado para buscar su rescisión cuando esta clase de discrepancias se presenta.

5. En torno a la concesión transitoria de la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia ante el surgimiento de hechos nuevos.

La accionante considera que, con posterioridad a la sentencia de segunda instancia, se dieron situaciones novedosas que ameritan la concesión de la prisión domiciliaria por su condición de madre cabeza de familia, postulación que tampoco satisface el requisito de subsidiariedad en razón a que la misma puede ser formulada ante el Juez de Ejecución de Penas que actualmente está encargado de la vigilancia del cumplimiento de la sanción.

Destáquese que, en el transcurso de la presente acción constitucional, se estableció que la verificación del cumplimiento de la pena impuesta a la demandante correspondió al Juzgado 1 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Villavicencio, autoridad que avocó conocimiento de la actuación el pasado 20 de octubre y, ante la petición elevada por la defensora de la condenada, decretó la práctica de pruebas antes de emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la concesión de la prisión domiciliaria en condición de madre cabeza de familia de **JIMÉNEZ TORRES**.

En cumplimiento de esa providencia del 20 de octubre, el Juez libró despacho comisorio ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Carreño, a fin de que la asistente social realice visita domiciliaria a la residencia de la penada para establecer la real situación de las menores A.V.F.J, E.S.F.J y I.J.F.J., y, además, ofició a la Comisaría de Familia del mismo municipio para que rinda un informe frente al

restablecimiento de derechos de la menor A.V.F.J. (*víctima dentro del proceso penal*).

Así las cosas, los cuestionamientos que se presentan en este trámite constitucional deben formularse y resolverse al interior del proceso, por ser ese el escenario natural de discusión, y porque el carácter residual de la acción de tutela impide al juez constitucional interferir en las competencias judiciales ordinarias.

En consecuencia, por existir escenarios de discusión distintos a la acción constitucional, a través de los cuales se pueden salvaguardar los derechos fundamentales de la accionante, la solicitud de amparo se torna totalmente improcedente, conforme al contenido del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que desarrolla el principio constitucional previsto en el inciso 3° del artículo 86 superior, en cuyo numeral 1° se establece como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia «*de otros recursos o medios de defensa judiciales*».

6. Desde otra arista, se reliva que no se evidencia la posible estructuración de un perjuicio irremediable que justifique la intervención del juez constitucional por vía transitoria, pues no aparecen acreditados los supuestos de hecho necesarios para su actualización, en los términos requeridos por la doctrina de la Corte constitucional (Sentencia T- 309 de 2010, entre otras).

Lo anterior por cuanto, respecto de la alimentación de

la menor I.J.F.J., se logró determinar que en el actual sitio de reclusión, en las horas del día, se le permite a la actora lactar a la pequeña y se les garantiza el contacto.

Además, se destaca que no se demostró que la menor en las horas de la noche no reciba el alimento adecuado, por el contrario, se acreditó que está al cuidado de su progenitor y que, el 10 de octubre de 2022, se ofició a la Comisaría de Familia de Puerto Carreño, como autoridad encargada del proceso de restablecimiento de derechos.

6.1. Finalmente, resulta pertinente resaltar que la situación alegada por la actora -imposibilidad de lactar a su menor hija I.J.F.J. (nacida el 20 de agosto de 2021)-, se encuentra legal y reglamentariamente regulada, así:

El artículo 26 la Ley 65 de 1993, modificado por el canon 18 de la Ley 1709 de 2014, establece que los centros penitenciarios para mujeres *“deberán contar con una infraestructura que garantice a las mujeres gestantes, sindicadas o condenadas, un adecuado desarrollo del embarazo. Igualmente, deberán contar con un ambiente propicio para madres lactantes, que propenda al correcto desarrollo psicosocial de los niños y niñas menores de tres (3) años que conviven con sus madres”*.

Dicha normatividad fue reglamentada mediante el Decreto 2553 de 2014 que regula las condiciones de permanencia de los niños y niñas menores de tres (3) años

que conviven con sus madres al interior de los establecimientos de reclusión, y de las mujeres gestantes y madres lactantes privadas de la libertad. En el artículo 3° de esa disposición se señala que:

*“Los niños y niñas menores de tres (3) años, hijos de internas procesadas, sindicadas o condenadas, **podrán permanecer con su madre en el establecimiento de reclusión si esta así lo solicita**, salvo que la autoridad administrativa correspondiente o un juez de la República ordenen lo contrario.”*

Además, los centros de reclusión se encuentran en la obligación de disponer de espacios que garanticen la lactancia de los hijos de las madres privadas de la libertad, en condiciones de dignidad (CC T-267 de 2018).

Conforme a lo anterior, la situación aquí alegada requiere de un trámite especial ante el Inpec, en el que la actora deberá precisar su interés en la permanencia de su hija al interior del centro carcelario, con el fin de que las autoridades que dirigen el Establecimiento Penitenciario y Carcelario en el que llegue a ser privada de la libertad, conforme a las exigencias del Decreto 2553 de 2014, adopten las medidas para garantizar la estadía y la lactancia de la niña en condiciones dignas y con el debido seguimiento por parte del ICBF³.

7. En consecuencia, el amparo deviene improcedente.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE

³ En el Decreto 2553 de 2014 se regulan las competencias de esta entidad en la materia en aras de garantizar el interés superior del menor.

JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sala Segunda de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

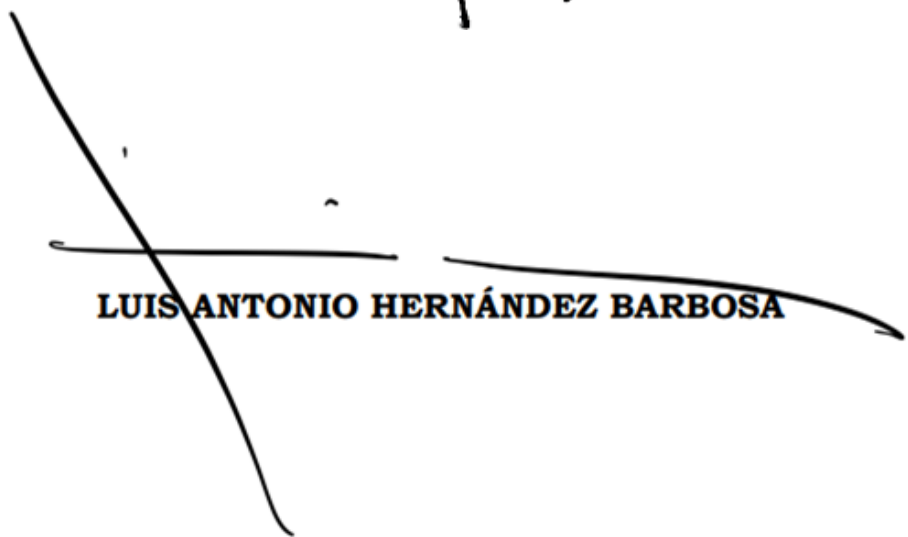
RESUELVE:

- 1. Declarar improcedente** el amparo invocado.
- 2. Notificar** este proveído de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
- 3.** De no ser impugnada esta sentencia, **envíese** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase



FABIO OSPITIA GARZÓN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Tutela de primera instancia No. 126992
C.U.I. 11001020400020220214700
YULENY FERNANDA JIMÉNEZ TORRES


HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal@2022