

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP12024-2018

Radicación n.º 100105

(Aprobación Acta No.318)

Bogotá. D.C., once (11) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala decide la impugnación interpuesta por JAIRO TRIVIÑO ALZATE, a través de apoderado, contra el fallo proferido el 30 de julio de 2018, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual negó el amparo de los derechos fundamentales invocados, supuestamente vulnerados por el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías y el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, ambos de la ciudad de Bogotá.

Trámite al cual se vinculó a la Fiscalía Trescientos Sesenta y Cinco Seccional de Bogotá y al apoderado de las víctimas en la actuación penal seguida en contra del accionante.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Así fueron sintetizados los fundamentos de la acción en el fallo constitucional de primera instancia¹:

Manifiesta el accionante que su representado fue vinculado como coautor a la investigación penal adelantada por la Fiscalía General de la Nación, contra una presunta organización criminal por los delitos de concierto para delinquir, invasión de tierras, fraude procesal y estafa agravada en la modalidad de delito masa. Hechos por los que se le formuló imputación que no aceptó, y se le impuso medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión, en audiencia celebrada el 7 de diciembre de 2017.

Afirma, que la Fiscalía centró la petición de detención preventiva en que esa organización criminal constituye un peligro para la comunidad y que podrían obstruir el proceso adulterando elementos de juicio que impidan conocer la verdad, además de que se debía garantizar la convivencia pacífica de la comunidad y la prevalencia del interés general sobre el particular.

En esas condiciones, el Juzgado de Garantías resolvió que el líder de la organización delictiva Hemel Pérez Lizarazo y Jairo Triviño Álzate, por ser pariente del primero y secundar sus actividades, serían llevados a detención preventiva, mientras que a los demás imputados les fijó medidas de aseguramiento en el lugar de residencia por haber tenido una participación menos grave en los hechos.

Aduce, que apeló dicha determinación alegando que la Fiscalía no cumplió con la carga probatoria que impone el parágrafo 2o del artículo 307 y el parágrafo del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que debía probar que las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad resultaban insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de las mismas; además, que la calificación jurídica provisional del delito, no debe ser en sí misma determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la sociedad o la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso.

Adicionalmente, las pruebas presentadas por el ente acusador contra el accionante datan

del año 2009 cuando trabajaba como cuidador de dos predios implicados en los hechos, elementos de los cuales no se desprende su participación en los punibles ni la existencia de los requisitos legales antes mencionados para la imposición de la detención preventiva. Por tanto, asegura se desconocieron en el trámite de la audiencia preliminar los principios de necesidad y proporcionalidad.

Señala que pese a sus argumentos, el Juzgado 31 Penal del Circuito con Función de Conocimiento resolvió confirmar el proveído recurrido, al considerar que sí se cumplieron los presupuestos normativos en discusión, aunado que obra una inferencia razonable de participación de los procesados en los delitos investigados.

De manera enfática refiere que el ad quem reconoció que el Fiscal no había especificado con claridad la improcedencia de las medidas no privativas de la libertad, pero le restó importancia atendiendo las circunstancias modales en que sucedieron los hechos, así como su gravedad.

En esos términos, plantea la concurrencia de un error procedimental absoluto, dado que los jueces pretermittieron aplicar las normas en cita y sin la prueba de insuficiencia de las medidas no privativas de la libertad ordenaron la detención preventiva de su prohijado; y en consecuencia, impetra se dejen sin efectos jurídicos dichas decisiones judiciales y se disponga la revocatoria de la medida de aseguramiento dictada contra el tutelante, con la subsiguiente libertad inmediata de este.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá declaró improcedente el amparo deprecado, considerando que la acción de tutela es un mecanismo privilegiado de protección residual y subsidiario, ya que procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la tutela entra a proteger de manera inmediata los derechos fundamentales invocados o cuando existiendo otro medio de

defensa judicial, este no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Señaló el fallo de tutela que la inconformidad del accionante fue definida a fondo en las instancias correspondientes dentro de la jurisdicción, que encontraron ajustada a derecho la imposición de la medida de aseguramiento, al encontrar acreditados los requisitos consagrados en los artículos 308 y 313 de la Ley 906 de 2004.

La tutela no está instituida para sustituir las competencias de los jueces y las autoridades, ni una tercera instancia para que el juez constitucional descarte otras decisiones judiciales en firme y proceda a resolver favorablemente las pretensiones del accionante.

Para el caso, no se encuentra configurada ninguna causal de procedibilidad de la acción, como quiera que las decisiones censuradas se sustentan en motivos razonables que eliminan cualquier viso de arbitrariedad que le hagan perder legitimidad.

Por otra parte, no se agotaron previamente las herramientas jurídicas dispuestas por el ordenamiento jurídico para el fin que se persigue con la tutela, como quiera que la ley prevé la figura de la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento, en el artículo 318 de la Ley 906 de 2004, cuyo conocimiento compete en primer término al Juez con Función de Control de Garantías, la cual no ha sido adelantada por el actor.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante no estuvo de acuerdo con la anterior decisión, pues señaló que reiteradamente ha manifestado que el Fiscal 365 Seccional no cumplió con la carga procesal que le impone el artículo 307 del Código Procesal Penal, debido a que no probó que las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, resultaran insuficientes, lo cual es fundamental de conformidad con el artículo 1 de la Ley 1786 de 2016.

El Juzgado Cincuenta y Uno Penal Municipal con Función de Control de Garantías al decidir favorablemente la solicitud de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, convalidó el defecto procedimental del Fiscal, vulnerando el debido proceso de Jairo Triviño Alzate.

Adicionalmente, el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito aceptó la inobservancia de la Fiscalía al confirmar la decisión, con lo que desconoció la Ley 1760 de 2015. Por lo que entonces, no puede predicarse que las decisiones judiciales se sustentaron en motivos razonables que eliminen cualquier viso de arbitrariedad.

Agregó que no comparte el argumento de que deba agotar primero, la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento para acceder a la acción de tutela, toda vez que «ésta solo procede cuando se demuestre con evidencia física y legalmente obtenida que han desaparecido los requisitos del 308 ibídem, asunto jurídico completamente distinto al que el accionante esgrime».

Manifestó que se han agotado todos los medios de defensa judicial al alcance del procesado, con la interposición del recurso de apelación en el que se señaló la clara violación del debido proceso por parte del Fiscal, el cual fue resuelto el 6 de junio de 2018. En ese recurso y en la presente acción se comparten los mismos argumentos, los cuales debieron ser estudiados por el Juez 31 Penal del Circuito de Bogotá.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) consagró la acción de tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, ante el menoscabo o la amenaza derivados de acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o a los particulares, en las específicas situaciones señaladas en la ley.

Ha precisado la Sala que las características de subsidiaridad y residualidad que son predicables de la acción de tutela, aparejan como consecuencia que no pueda acudirse a tal mecanismo excepcional de amparo para lograr la intervención del juez constitucional en procesos en trámite, porque ello a más de desnaturalizar su esencia, socava postulados constitucionales como la independencia y la autonomía funcionales que rigen la actividad de la Rama Judicial al tenor de la preceptiva contenida en el artículo 228 de la Carta Política.

Igualmente, tiene dicho esta Sala que tampoco ha de acudirse a la tutela para reemplazar los procedimientos ordinarios de defensa, cuando el amparo se concibió precisamente para suplir la ausencia de éstos y no para resquebrajar los ya existentes, todo lo cual impide considerarlo como medio alternativo o paralelo de defensa o instancia adicional a la cual acudir para enderezar actuaciones judiciales supuestamente viciadas.

2. La tutela es un mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales, su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad que implican una carga para el actor tanto en su planteamiento como en su demostración, como lo ha expuesto la propia Corte Constitucional².

Tan exigente es, que la acción de tutela contra providencias judiciales, requiere:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- 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.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales del accionante.

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.”.³

f. Que no se trate de sentencias de tutela.

Los anteriores requisitos no pueden quedarse en meros enunciados, pues han sido reiterados por la Corte Constitucional, primero en la sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-780 y T-212 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las mencionadas providencias, en el sentido de que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida “... si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta”. -C-590 de 2005-

Análisis del caso concreto

1. El recurrente señaló que reiteradamente ha manifestado que el Fiscal 365 Seccional no cumplió con la carga procesal que le impone el artículo 307 del Código Procesal Penal, debido a que no probó que las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, resultaran insuficientes, lo cual es fundamental de conformidad con el artículo 1 de la Ley 1786 de 2016, pero pese a ello el Juzgado Cincuenta y Uno Penal Municipal con Función de Control de Garantías decretó la medida de aseguramiento privativa de la libertad de detención preventiva en establecimiento de reclusión y luego de surtida la apelación, se confirmó la decisión por el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá.

2. En la decisión del 6 de junio de 2018 del Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, que resolvió el recurso de apelación contra la decisión del Juzgado Cincuenta y Nueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías, que impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario al señor Jairo Triviño y otros, analizó el argumento de la supuesta falta de pruebas por parte de la Fiscalía, en los siguientes términos:

es necesario indicar que no encuentra asidero alguno el decir de la bancada de la defensa de que los elementos materiales probatorios “brillaron por su ausencia”, pues lo cierto es que el señor fiscal al terminar su intervención indicó que procedería a correr traslado a todas las partes de los informes mencionados en la exposición, en los cuales estaban contenidas todas las actividades investigativas desplegadas por los investigadores, y que si alguna parte requería físicamente de alguna documental, contaba con el soporte físico, por lo que la diligencia fue suspendida y reanudada cuatro (4) horas después, ya que así se desprende de la constancia dejada en audio por el a quo donde enfatizó que el traslado de elementos había durado dicho lapso. Por ello, se insiste, la aseveración de la defensa no tiene respaldo alguno, máxime cuando contaron con suficiente tiempo para verificar y analizar los elementos que a bien tuvieran y que la Fiscalía dejó a disposición.

Ahora, si bien el señor fiscal en desarrollo de la audiencia preliminar de solicitud de imposición de medida de aseguramiento no hizo alusión a la totalidad de los elementos de prueba para sustentar la misma, no menos lo es que en efecto se advierte que la Fiscalía desplegó toda una actividad investigativa que le permitía tener esa inferencia razonable respecto de la participación de los encartados en las conductas imputadas, considerando el Despacho que la forma como la Fiscalía planteó los tres escenarios, individualizó los delitos y la posible forma de participación de los implicados se torna más que suficiente para la acreditación de ese primer presupuesto, siendo necesario precisar que según el decir del ente fiscal, el material recaudado era muy extenso y por ello fue que presentó inferencia razonable con los elementos que a su sentir eran más relevantes, asistiéndole razón en su

decir de que tampoco estaba en la obligación de efectuar un análisis de cada uno de los elementos con los que contaba., pues eso sería algo que haría en el juicio oral, escenario propicio para ello.

Superado el análisis de la inferencia razonable exigida como primer presupuesto del artículo 308 del ordenamiento procedimental penal y echada de menos por la bancada de la defensa, el Despacho ha de indicar que en lo que respecta al requisito del numeral 1o de la precitada norma, esto es, la obstrucción al debido ejercicio de la justicia, se acoge en su integridad los planteamientos presentados por el fiscal y por el a quo, toda vez que de la forma como presuntamente se desplegaron los hechos por los que hoy se investiga a los procesados, se puede inferir que evidentemente podrían desplegar actividades tendientes a entorpecer el normal desarrollo de la presente actuación procesal penal, como lo sería la utilización o alteración de documentos, destrucción u ocultamiento de pruebas o hacer que las versiones que los testigos llegasen a presentar al interior del juicio oral sean contrarias a las ya conocidas, destruir y ocultar elementos de prueba o incluso inmiscuirse en las actividades propias de algún funcionario público para favorecer así sus intereses, lo que evidentemente entorpecería el ejercicio de la acción de la justicia.

De igual forma en lo que concierne al peligro para la seguridad de la sociedad, refulge ésta con claridad de la gravedad de los comportamientos y su modalidad, teniéndose por demás que según el decir de la fiscalía, ha existido continuidad en la conducta y se está ante una organización criminal, sin poder dejar de lado que tal y como lo señaló el a quo, en este asunto evidentemente la comunidad se encuentra en evidente y real peligro puesto que al permitírsele la libertad a los implicados, éstos no tendrían reparo alguno en continuar engañando a ciudadanos incautos con falsas ventas de predios o despojándolos de sus bienes, como hasta ahora ha acontecido.

Y es que tal inferencia cobra sustento del contenido de uno de los informes de investigador de campo con los que cuenta la Fiscalía y en donde se indica que los encartados han

continuado en ese mismo actuar contrario a derecho, lo que configura ese peligro que representan para la comunidad y que lleva a imponer la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, ya que además de la prevalencia del interés general sobre el particular, lo cierto es que dicho actuar por parte de los procesados representa un peligro inminente para el conglomerado social al afectar de manera real diferentes bienes jurídicos, entre ellos los de todas aquellas personas que anhelan tener una vivienda.

(...) Por ello, es lo cierto, como lo indicara la fiscalía y el juzgado de primera instancia, que la concesión de alguna de las medidas de que trata el literal B del art.307 del C.P.P., resultaría insuficiente y no idónea para garantizar el debido ejercicio de la acción de la justicia, como también para salvaguardar la seguridad de la comunidad y de las víctimas como fines constitucionales para afectar la libertad de los enjuiciados, pues véase que presuntamente estamos ante toda una organización criminal debidamente estructurada que al parecer cuenta con diversas personas que contribuyen en su actuar delictual y es precisamente por ello que las medidas no privativas de la libertad resultarían no aptas para la protección de la comunidad.

3. Con lo expuesto, se tiene que el Fiscal presentó las pruebas que fundamentarían las razones por las cuales la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad era la única posible para el caso en concreto.

De otra parte, es menester precisarle al demandante que no es posible revisar la valoración probatoria y/o jurídica que efectuaron los juzgados demandados, toda vez que esos aspectos escapan al análisis que debe efectuarse en sede de la acción de tutela, en tanto no es posible prescindir de la jurisdicción ordinaria, también instituida para salvaguardar las garantías de los sujetos procesales y que contiene los instrumentos idóneos para corregir las eventuales y presuntas irregularidades.

La Corte Constitucional -ST 336 de 2002- sobre el particular ha establecido:

El juez de tutela no puede entrar a valorar los medios de prueba que fueron objeto de análisis dentro de los procesos ordinarios pues solamente le corresponde verificar si, en la decisión del juez de instancia se hace evidente una irregularidad protuberante, el juez de tutela debe emitir las órdenes sobre los parámetros constitucionales necesarios para que el juez natural pueda corregir su error

En conclusión, los jueces de la República gozan de autonomía en sus decisiones y sus providencias no podrán ser desconocidas ni revaluadas por el juez constitucional, pues este último se debe limitar a determinar si existió o no una vulneración a los derechos fundamentales de los asociados y sólo en esos casos podrá emitir las ordenes al juez natural que permitan enmendar ese defecto.

Si se admitiera que el juez de tutela verifique la juridicidad de los trámites, o de los supuestos desaciertos en la interpretación de las normas jurídicas o de las pruebas por los funcionarios de instancia, no sólo se desconocerían los principios que disciplinan la actividad de los jueces ordinarios de independencia y sujeción exclusiva a la ley, previstos en los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino además los del juez natural, y las formas propias del juicio penal contenidos en el artículo 29 Superior.

Reitera la Corte que la acción pública no constituye un mecanismo adicional ni alternativo a los consagrados en la legislación ordinaria; por el contrario, se trata de un instrumento residual, preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales ante su menoscabo actual o una amenaza inminente por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley, y en este orden de ideas, procede cuando el afectado no dispone de otro medio eficaz de defensa salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Tal situación no se avizora en el caso que se examina, puesto que las providencias

acabadas de mencionar y que se pretenden dejar sin efecto en virtud de la acción de tutela, no puede señalarse que hayan sido el resultado de la arbitrariedad, ni el capricho de los funcionarios judiciales que la expedieron, por el contrario, fueron proferidas en el decurso de un procedimiento legítimo y ceñidas a lo que razonablemente podría extraerse del marco jurídico aplicable al asunto.

Además, como en otras ocasiones ha dicho esta Sala, si la administración de justicia adopta decisiones adversas a las peticiones o a los intereses de quienes a ella concurren, no por ello puede concluirse que se han conculcado derechos fundamentales, en la medida que sus providencias sean proferidas por los funcionarios competentes y se sujeten a los cánones constitucionales y legales que reglan su actividad y, sin tal violación, la solicitud de protección carece de sentido, que es precisamente lo que sucede en el evento que concita la atención de la Sala.

3. Por otra parte, en la impugnación señaló el accionante que no comparte el argumento de que deba adelantar primero, la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento para acceder a la acción de tutela y que agotó todos los medios de defensa judicial al alcance del procesado, con la interposición del recurso de apelación en el que se señaló la clara violación del debido proceso por parte del Fiscal, el cual fue resuelto el 6 de junio de 2018.

Al respecto, debe indicarse al actor que para ejercer el derecho de defensa y propender por las garantías judiciales, debe hacerlo al interior de la actuación, no por vía de tutela, toda vez que ésta no puede emplearse para efectuar reparos que tienen sus propios instrumentos de definición dentro del respectivo trámite penal.

Si en criterio del censor, el juez accionado se equivocó al concluir sobre la necesidad de mantenerlo privado de la libertad, preventivamente, puede solicitar la audiencia de revocatoria de la medida de aseguramiento, como indicó el a quo, ya que allí puede dar a conocer las pesquisas en las que funda su pretensión de dejar sin validez la decisión que

limitó provisionalmente su derecho de locomoción.

No puede soslayarse que las etapas, recursos y procedimientos que conforman una actuación son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente en lo que tiene que ver con las garantías que conforman el debido proceso.

Se precisa recordar que la acción de tutela deviene impropia cuando en el decurso de un trámite procesal, ordinario o especial, se alega la presunta violación de algún derecho fundamental, cuyo restablecimiento es imperioso buscar en el mismo proceso mediante los mecanismos allí dispuestos, mas no a través de la acción de tutela que, por su naturaleza residual y subsidiaria, no es constitutiva de instancia adicional y menos puede converger a manera de instrumento paralelo o alternativo, desquiciador de los procedimientos ordinarios, menos aún como en este caso, en el cual el demandante no demostró hallarse en alguna situación de perjuicio irremediable, que habilite la intervención transitoria del juez de tutela.

4. Corolario, la acción es improcedente y por lo mismo, la Sala confirmará el fallo impugnado.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el fallo impugnado.

SEGUNDO. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 126 a 128

2 Fallo C-590 de 08 de junio de 2005 y T-332 de 2006.

3 Ibídem.