

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

STP8706-2018

Radicación n°. 99020

Acta 217

Bogotá D.C., tres (3) de julio de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación presentada por los apoderados del accionante, CRISTOPHER RAFAEL BOLGER y de las víctimas, contra el fallo proferido el 29 de mayo del presente año por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, mediante el cual amparó los derechos fundamentales del demandante, en la tutela formulada contra las FISCALÍAS 226 DELEGADA ANTE LOS JUECES PENALES DEL CIRCUITO, 300 DELEGADA ANTE LOS JUECES PENALES MUNICIPALES y el JUZGADO 29 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS, todos de la ciudad en mención.

Al trámite se vinculó al CENTRO DE SERVICIOS JUDICIALES, al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL, al PROCURADOR 28 JUDICIAL, al traductor adscrito al Consejo Superior de la Judicatura y a los representantes legales de las víctimas y su apoderado recurrente.

ANTECEDENTES

Cristopher Jude Bolger, padre de CRISTOPHER RAFAEL BOLGER, otorgó poder a un

profesional del derecho con el objeto de que presentara acción de tutela por la supuesta vulneración de los derechos fundamentales de su hijo.

Para el efecto, argumentó el apoderado judicial que por hechos ocurridos el 6 de marzo de 2018, CRISTOPHER RAFAEL BOLGER, de nacionalidad estadounidense fue capturado y puesto a disposición de la Fiscalía y en audiencia del 7 del mismo mes y año, el Juzgado 29 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá, declaró la legalidad de su aprehensión.

Indicó que en la misma diligencia, la cual se continuó el 7 y 8 de marzo del año en curso, el representante del ente acusador le formuló imputación por las conductas punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en la modalidad de tentativa y actos sexuales con menor de 14 años, al igual que pidió la imposición de medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, a lo que accedió el juzgador.

Refirió que el defensor designado para dicha audiencia, informó a la juez en mención, la imposibilidad de entablar comunicación con el procesado, «debido a las especiales condiciones de salud mental que éste padece» y aunque se designó traductor, no fue posible la correcta comprensión de lo acontecido y la titular del despacho se limitó a señalar que como el implicado había escrito el nombre, ello era suficiente para que entendiera las diligencias que se adelantaban en su contra, sin permitir la acreditación de la patología de esquizofrenia que presenta.

Afirmó que el 12 de marzo siguiente, asumió la defensa y solicitó la autorización para trasladar al implicado al Instituto Nacional de Medicina Legal, con el objeto de que se evaluara su condición mental. El examen se adelantó el 14 del mismo mes y año y en informe del 21 siguiente, se determinó que CRISTOPHER RAFAEL BOLGER presentaba «transtorno (sic) mental permanente» y que su enfermedad no era compatible con la vida en reclusión, por lo que el 22 de marzo siguiente, fue trasladado a la «Clínica la Inmaculada

de la misma ciudad, en donde se encuentra bajo tratamiento hasta la fecha».

Sostuvo que el 24 del mismo mes y año, se adelantó audiencia de «sustitución de medida de aseguramiento intramural por hospitalización en centro psiquiátrico», ante el Juzgado 25 Penal Municipal con función de Control de Garantías, «la cual fue concedida teniendo en cuenta la enfermedad grave» que padece el procesado. El juez adoptó esa decisión por el término de 3 meses, luego de los que se le habría de realizar una nueva valoración para determinar si se continuaba con la internación hospitalaria o regresaba a un centro de reclusión.

Afirmó que en las audiencias preliminares se afectaron los derechos fundamentales del procesado, pues en algunas oportunidades no se le concedió el uso de la palabra al traductor para que repitiera «letra a letra» lo que sucedía, a lo que se suma que la traducción no se presentó de forma simultánea y en algunos momentos se resumió lo expuesto por las partes y la juez y no se tuvo en consideración el retraso mental permanente que presenta.

Refirió que la oportunidad del procesado para indicar que si aceptaba o no los cargos¹, fue aplazada por la Juez 29 en cita, sin que hasta la fecha de presentación de la solicitud de amparo se le hubiese interrogado sobre ello, «desconociendo los efectos procesales que generaría una hipotética aceptación de responsabilidad penal», lo que genera inseguridad jurídica.

Con fundamento en lo anterior, pidió el amparo de los derechos al debido proceso, defensa y dignidad humana y en consecuencia, que se dejaran sin efecto las audiencias realizadas el 6, 7 y 8 de marzo de 2018, incluidas las de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

EL FALLO IMPUGNADO

El A quo luego de realizar un recuento de la actuación procesal adelantada en el radicado 2018-02218, señaló que de acuerdo con la historia clínica presentada por el defensor y «las particularidades de los hechos por los cuales Christopher Rafael fue privado de la libertad también daban fundamento para plantearse la posibilidad de una grave enfermedad mental», debido a que los presuntos hechos de contenido sexual ocurrieron en «lugar público y a la vista de varias personas», por lo que «existía una base razonable para contemplar la posibilidad de que Christopher Rafael haya actuado en estado de inimputabilidad».

Refirió que lo acontecido en la audiencia de legalización de captura no era trascendente respecto de los derechos fundamentales del actor, pues se presentaba una legítima privación de la libertad y en la audiencia de formulación de imputación tampoco encontró «trasgresiones constitucionalmente relevantes».

Sin embargo, adujo que en lo que tiene que ver con la medida de aseguramiento, la ley 906 de 2004, no contempla un régimen especial para las personas que pudieron actuar en estado de inimputabilidad, por lo que infirió que las somete al mismo régimen que a los imputables, lo que «es jurídicamente incorrecto y materialmente injusto» y el hecho de que se hubiera sustituido la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por una en centro hospitalario, «no altera la situación: de todas maneras, sigue siendo una medida cautelar orientada, entre otras cosas, a garantizar la ejecución de la pena que puede llegar a imponerse», máxime que aquella se ordenó solo por 3 meses.

Sostuvo que el accionante, a pesar de las evidencias de su condición mental, fue convocado a una audiencia en la que se solicitó, debatió y decidió su detención preventiva en establecimiento carcelario, «quizá con el único aliciente de que al director del centro de reclusión se le solicitaría que tuviera en cuenta esa situación para la determinación del lugar de privación de la libertad», lo que vulneró sus derechos fundamentales, pues su

estado de salud, no solo debe determinar el juicio sustancial de responsabilidad sino además, las medidas procesales frente a la libertad personal que pueden afectarlo, por lo que consideró que era legítima la preocupación del defensor y aunque dicho tratamiento discriminatorio no era atribuible a los servidores que intervinieron en las audiencias, sino al vacío legislativo que existe, se le debían proteger sus garantías fundamentales.

En esa medida, consideró que era procedente la aplicación analógica del régimen previsto en la Ley 600 de 2000, que contempla las medidas de seguridad para los inimputables.

Como consecuencia, dispuso:

CONCEDER el amparo constitucional de los derechos fundamentales al juicio justo, a la defensa, a la igualdad y a la dignidad de que es titular Cristopher Rafael Bolger.

ORDENAR a la Fiscalía 226 Seccional de la Unidad de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales que, dentro del término de veinticuatro (24) horas, contado a partir de la notificación del fallo, aplique analógicamente el régimen previsto en el Capítulo VII, Título II, Libro II de la Ley 600 de 2000, titulado “Medidas de aseguramiento y libertad para inimputables” y solicite la sustitución de la medida de aseguramiento impuesta al actor por una medida de esta índole.

Exhortar al Congreso de la República para que desarrolle el régimen legal de las medidas de aseguramiento para inimputables en el contexto del sistema acusatorio colombiano².

LA IMPUGNACIÓN

1. El apoderado de las víctimas en el proceso adelantado contra el accionante recurrió el fallo. Señaló que no era procedente el amparo otorgado, pues el defensor de CRISTOPHER RAFAEL BOLGER pretende utilizar la acción de tutela como una instancia adicional, a lo que se suma que los hechos ocurrieron bajo la vigencia de la Ley 906 de 2004, por lo que no se

podía dar aplicación a la ley 600 de 2003.

Además, el juez constitucional no tiene competencia para entrar a declarar la inimputabilidad del implicado, toda vez que ello debe ser debatido al interior de la actuación penal. Por lo tanto, pidió la revocatoria del fallo impugnado.

2. Por su parte, el apoderado de CRISTOPHER RAFAEL BOLGER, solicitó modificar el fallo de primer grado, en razón a que la pretensión de la demanda de tutela era la nulidad de todo lo actuado en las audiencias del 6, 7 y 8 de marzo de 2018, toda vez que el traductor designado no realizó en debida forma la labor encomendada, a lo que se suma que de acuerdo con lo determinado por el fallador de primera instancia, el procesado debe recibir tratamiento de inimputable⁴.

Reiteró lo dicho en el escrito inicial y frente a la orden emitida por el A quo adujo que se debía modificar en el sentido de ordenar a la Fiscalía que primero solicite la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta y luego si pida la medida de seguridad.

3. Mediante auto del 19 de junio del año en curso⁵, esta Sala de Decisión requirió a la Fiscalía 226 Seccional para que informara el resultado de la valoración médico legal que se le practicó al accionante el 5 de junio del presente año; la situación jurídica del procesado y el estado actual del proceso adelantado contra BOLGER. Además, al juez coordinador del centro de servicios para que informara si en el proceso adelantado contra el actor se ha solicitado la revocatoria y/o sustitución de la medida de aseguramiento impuesta.

4. La Fiscal 226 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá informó que el 24 de marzo de 2018, solicitó la sustitución de la medida de aseguramiento impuesta, por la de detención en la Clínica La Inmaculada, para el tratamiento que requiere el procesado, la cual fue otorgada por el Juzgado 29 (sic) Penal Municipal con función de Control de Garantías⁶.

Indicó que con ocasión del fallo de primera instancia, el 31 de mayo siguiente, pidió la sustitución de la medida de aseguramiento, la cual fue negada por el Juzgado 49 de dicha categoría y el 7 de mayo siguiente se presentó el escrito de acusación. Las diligencias fueron repartidas al Juzgado 22 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, que negó la nulidad de la actuación planteada por el defensor y la actuación se remitió a la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo distrito judicial.

Adujo que para la etapa del juicio fue designada la Fiscalía 233 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, por lo que desconoce si se realizó nueva valoración médico legal al procesado y el 2 de julio del año en curso, recibió un requerimiento del Tribunal para que programara una nueva audiencia de sustitución de medida de aseguramiento por medida de seguridad.

5. El juez coordinador del Centro de Servicios Judiciales refirió que el 24 de marzo del año en curso, el Juzgado 25 Penal Municipal con función de Control de Garantías realizó audiencia en la que sustituyó la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario por la de detención en la Clínica Inmaculada para el tratamiento psiquiátrico que requería el procesado, por tres (3) meses, y negó la prohibición de salida del país; decisión contra la que no se interpuso recurso alguno y las diligencias se encuentran en el Tribunal Superior de Bogotá⁷.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el art. 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación interpuesta contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.
2. En el presente evento, de acuerdo con el escrito de tutela y la impugnación, el apoderado de CRISTOPHER RAFAEL BOLGER solicitó por vía de tutela la nulidad de la actuación adelantada en contra de su prohijado, por los delitos de acceso carnal abusivo

con menor de 14 años en el grado de tentativa y actos sexuales abusivos con menor de 14 años, a partir de las audiencias realizadas el 6, 7 y 8 de marzo de 2018, en las que se declaró la legalidad de la captura, se formuló imputó e impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario.

Pero esa petición resulta abiertamente improcedente. De acuerdo con lo normado en el inciso 3º del artículo 86 de la [Constitución Política](#), la acción de tutela únicamente es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ese presupuesto de procedibilidad ha sido reconocido de manera pacífica y profusa tanto por la jurisprudencia de esta Sala, como por la de la Corte Constitucional, al sostener que la herramienta constitucional en cita no es una tercera instancia, ni tampoco mediante ella se puede suplantar al juez natural al interior del proceso penal para revivir etapas ya fenecidas o exponer, en esta excepcionalísima y subsidiaria sede, cuestiones que actualmente son objeto de debate en los cauces ordinarios.

De igual forma, a propósito de la improcedencia de la acción de tutela en los casos en los que se alegue una vía de hecho en relación con una actuación judicial en trámite, la Corte Constitucional, puntualizó:

De acuerdo, también, con la amplia jurisprudencia de la Corte, la acción de tutela es improcedente cuando el proceso no ha concluido y se pide la protección del juez constitucional para atacar providencias judiciales en trámite en las que se alegue una vía de hecho, por la sencilla razón de que no obstante la posible irregularidad que se hubiere presentado en el trámite del proceso correspondiente, al no estar culminada la actuación, existen normas en el procedimiento para que el afectado alegue oportunamente estas deficiencias, bien sea, pidiendo nulidades, interponiendo recursos, interviniendo en el proceso, todo con el fin de defender sus derechos. Es decir, la improcedencia de la acción

de tutela, en estos casos, radica en la existencia de otro medio de defensa judicial, dentro del propio proceso. De allí que la Corte ha señalado que no toda irregularidad en el trámite de un proceso constituye una vía de hecho amparable a través de esta acción. (Sentencia CC T-418 de 2003). (Negrilla fuera de texto).

Por lo expuesto, es evidente que en el caso concreto el principio de subsidiariedad de la acción de tutela se torna aplicable, toda vez que la inconformidad que plantea el apoderado de BOLGER en torno a la actuación adelantada en su contra, es propia de un proceso penal en trámite, como ocurre en el presente evento, en el que de acuerdo con el escrito de tutela, las respuestas allegadas a la actuación y la consulta realizada a la página web de la Rama Judicial, se advierte que el proceso radicado 11001 6000 023 2018 02218, se encuentra vigente, pues la Fiscalía presentó escrito de acusación y las diligencias fueron asignadas al Juzgado 22 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá⁸.

Ante dicha autoridad, el defensor de CRISTOPHER RAFAEL BOLGER solicitó la nulidad de la actuación, la cual fue negada y contra tal determinación se instauró el recurso de apelación, por lo que las diligencias fueron remitidas a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá⁹, que aún no se ha pronunciado al respecto.

Por esa razón, no es posible que el juez constitucional intervenga, cuando el juez competente está llevando a cabo el análisis a su cargo sobre un punto que, además, es el pilar central del reclamo en la vía de amparo.

Además, en el evento de que dicha determinación se mantenga incólume, el actor cuenta con la audiencia preparatoria en la que puede solicitar pruebas y oponerse a las que pida el ente acusador y en el juicio oral, puede ejercer el derecho de contradicción y poner en tela de juicio la validez y contenido de las pruebas que presente la Fiscalía.

Así mismo, en el evento de emitirse sentencia condenatoria, contra dicha decisión puede interponer el recurso de apelación y plantear los argumentos que ahora presenta por vía de

tutela y contra la sentencia de segunda instancia procede el recurso extraordinario de casación, medios idóneos de control constitucional, el primero, de la sentencia que profiera el a quo, y el segundo, tanto de la providencia de segundo nivel, como del proceso penal en su integridad.

Lo anterior, acorde con lo señalado por el apoderado de las víctimas, permite inferir que un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, constituye un aspecto ajeno al ámbito de injerencia del juez de tutela, que se limita a ejercer un control constitucional, pero de ninguna manera extensivo al de acierto propio de las instancias, pues la acción de amparo ha sido instituida para garantizar la defensa de los derechos fundamentales, pero no constituye una instancia adicional o paralela a la de los funcionarios competentes.

Así pues, la Sala no puede estudiar de fondo lo debatido ni adelantar su posición al respecto, ya que -se reitera- se inmiscuiría indebidamente en un asunto de competencia de los jueces naturales y sobre el cual existen pendientes otros medios de defensa aptos para garantizar la protección de que se trata.

De otra parte, frente a la concesión del amparo otorgado por la primera instancia, debe indicar la Sala que será revocado, toda vez que en este caso, se reitera el accionante, cuenta con diversos medios de defensa judicial para la protección de sus derechos fundamentales al interior del proceso penal.

En efecto, si el defensor de CRISTOPHER RAFAEL BOLGER se encontraba inconforme con la medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado 29 Penal Municipal con función de Control de Garantías, lo procedente era que la atacara a través de los recursos ordinarios, sin que hubiera procedido a ello.

Además, atendiendo los resultados del informe médico legal practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal, la fiscalía solicitó la sustitución de la medida de aseguramiento por internación en un centro hospitalario, la cual le fue concedida por el Juzgado 25 Penal

Municipal con función de Control de Garantías¹⁰, por lo que si se tuvo en consideración la situación especial que presentaba el procesado.

Así mismo y como quiera que dicha medida se había proferido por el término de 3 meses, lo procedente era que la defensa de BOLGER o la Fiscalía acudieran nuevamente al juez de control de garantías y solicitaran la prórroga de la vigencia de la medida de internamiento en centro hospitalario que le fue impuesta.

De igual manera, el apoderado tiene la posibilidad de pedir la revocatoria de la medida privativa de la libertad, claro está, siempre y cuando aporte nuevos elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida que permita demostrar que las causas por las cuales se impuso la privación de la libertad desaparecieron, de conformidad con lo establecido en el artículo 318 de la Ley 906 de 2004.

Norma respecto de la cual dijo la Corte Constitucional lo siguiente:

Ha de observarse por la Corte que por expresa exigencia del artículo 318 de la Ley 906 de 2004 la solicitud de revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento que se formule ante el juez de control de garantías deberá hacerse “presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308”. Ello significa, como de ese texto se desprende que el solicitante tiene una carga procesal en cuanto ha de aportar elementos probatorios nuevos o información obtenida legalmente que no hubieren sido tenidos en cuenta con anterioridad cuando se decretó la medida de aseguramiento o la sustitución de la misma, pues sólo en esa hipótesis será posible al juzgador realizar una inferencia razonable para decidir si desaparecieron o no los elementos que estructuraron los requisitos que para el decreto de la medida de aseguramiento fueron tenidos en cuenta cuando ella se decretó y decidir, en consecuencia, lo que fuere pertinente. (CC C-456 de 2006).

Adicionalmente, se evidencia que la primera instancia se inmiscuyó directamente en el proceso penal al avalar una posible inimputabilidad del procesado, situación que debe ser definida al interior de la actuación, pero que aún no se ha demostrado, por lo que no había lugar a conceder la protección y menos aún, ordenarle a la Fiscalía que solicitara una medida de seguridad, pese a que aquella consideró que lo procedente en el caso de BOLGER era en principio la reclusión intramural y luego la hospitalaria.

Es decir, de manera desatinada, la primera instancia desconoció que en el sistema penal acusatorio, por el que se rigen las diligencias objeto de controversia, el fiscal del caso tiene la función del solicitar la medida de aseguramiento que él considere pertinente y el juez de garantías analizar si ésta es procedente o no, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 250 de la Constitución Política¹¹, en concordancia con el artículo 306 de la Ley 906 de 2004¹².

Pero no le corresponde al juez de tutela, so pretexto de la supuesta afectación de derechos fundamentales, que no se evidencia en este caso, usurpar las funciones atribuidas específicamente al ente acusador y obligarlo a solicitar una medida privativa de la libertad, tras calificar a una persona con condición de inimputable.

Como ello debe definirse a través de los cauces ordinarios del proceso y por los múltiples mecanismos de defensa que CRISTOPHER RAFAEL BOLGER tiene a su disposición, se impone revocar la decisión de primera instancia y en su lugar, negar el amparo invocado.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

REVOCAR el fallo impugnado y en su lugar, **NEGAR** la protección invocada en favor de

CRISTOPHER RAFAEL BOLGER, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

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

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 De acuerdo con las respuestas allegadas a la actuación, la Juez de Control de Garantías dio aplicación al parágrafo 1° del artículo 289 de la Ley 906 de 2004.

2 Decisión obrante a folio 138 y ss del cuaderno de primera instancia.

3 Folio 186 y ss del cuaderno de primera instancia.

4 Folio 189 y ss ibídem.

5 Folio 3 y ss del cuaderno de la Corte.

6 Folio 12 y ss ibídem.

7 Folio 14 del cuaderno de la Corte.

8 Folio 12 y ss del cuaderno de la Corte.

9 Folio 15 ibídem.

10 Folio 62 del cuaderno de primera instancia.

11 Que señala: Art. 250.(...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

12 Artículo 306. El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.