

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP7720 – 2019

Radicación n.º 104682.

Acta n.º. 143

Bogotá D. C., once (11) de junio de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

La Sala resuelve la impugnación que mediante apoderado interpuso el actor, OMAR IGNACIO GUEVARA VILLAMARÍN, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal, el 10 de abril de 2019, mediante la cual negó el amparo promovido contra el Juzgado Noveno Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de esta capital por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la libertad.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

A revisar el expediente, se tiene que OMAR IGNACIO GUEVARA fue capturado por la presunta comisión del delito de abuso sexual con menor de 14 años. Las audiencias preliminares se realizaron ante el Juzgado Treinta y Uno Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá; allí, por solicitud de la Fiscalía, el imputado fue cobijado con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su lugar de domicilio, cautela que según el juez constitucional era suficiente para proteger los intereses de las

víctimas y de la comunidad.

El Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, en decisión de 4 de febrero de 2019¹, revocó la detención domiciliaria concedida por el juez de primera instancia pues, en su sentir, la medida preventiva impuesta sobre GUEVARA VILLAMARÍN debía ejecutarse en un establecimiento de reclusión, pues así lo dispone el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Para la juez de conocimiento, si bien la defensa del imputado manifestó que su defendido sufría de VIH, ese hecho estaba huérfano de prueba; en todo caso, agregó, de llegarse corroborar esa situación, el establecimiento penitenciario está en la obligación de garantizar el tratamiento médico.

El tutelante asegura que la decisión del juez de control de garantías se basó en que la Fiscalía no expuso los motivos por los cuales la detención domiciliaria era insuficiente para proteger a las víctimas y a la comunidad. Ese aspecto, afirma, no fue abordado por el juzgado de conocimiento al resolver la apelación, toda vez que para revocar la decisión ese despacho se amparó en «una mera invocación normativa» – art. 199 L. 1098 de 2006 – y en la no acreditación de la enfermedad catastrófica que padece. Dicho de otra forma, para el accionante, la prohibición contenida en Código de la Infancia y de la Adolescencia no fue objeto de debate en primera instancia y, además, dicho precepto no releva al acusador del deber de argumentar en debida forma la insuficiencia de la detención domiciliaria.

A través de la presente queja constitucional, el demandante busca que se deje sin efectos el proveído del juzgado de conocimiento y que se ordene su libertad inmediata.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

Mediante auto de 1° de abril de 2019², un magistrado del Tribunal Superior de Bogotá admitió la demanda, comunicó lo pertinente a la autoridad accionada y vinculó al Juzgado

Treinta y Uno Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá, a la Fiscalía 227 Seccional y a las demás partes e intervinientes en el proceso criticado, para que se pronunciaran sobre los hechos narrados por el convocante.

La Fiscal 230 Seccional de Bogotá manifestó que al solicitar la imposición de la medida de aseguramiento se refirió ampliamente a los requisitos contenidos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal. Asimismo, dijo que la juez de segunda instancia no se basó exclusivamente en la calificación jurídica provisional de la conducta para imponer la medida de carácter intramural, teniendo en cuenta el peligro futuro en el que se verían las víctimas y la sociedad atendida la calidad de docente del encartado.

Al intervenir, el doctor Óscar Andrés Gómez Cristancho, secretario del Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, señaló que la decisión allí adoptada tuvo en cuenta la conducta punible imputada y la calidad de menor de edad de la víctima, en el marco de la prohibición contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006. Añadió que la enfermedad catastrófica padecida por el imputado no pasó de ser una simple afirmación de la defensa; sin embargo, precisó que esa patología no es motivo para desconocer la prescripción establecida en el prenombrado artículo.

Así las cosas, consideró que la providencia emanada de ese despacho no desconoció las garantías fundamentales del proponente, por lo que la acción de tutela debe ser denegada.

Por su parte, la delegada del Ministerio Público expuso que la fiscalía explicó suficientemente cada una de las exigencias del test de proporcionalidad, al tenor de los artículos 295 y 296 de la Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta las previsiones de las Leyes 1760 de 2015, 1786 de 2016 y 1098 de 2006, siendo esta última es totalmente aplicable al caso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política.

Por último, el Juez Treinta y Uno Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá indicó que consideró razonable imponer al aquí accionante una medida menos

restrictiva que la intramural, atendiendo al nivel de riesgo detectado y a las condiciones de salud develadas en la audiencia, pues el procesado es portador de VIH y padece de apnea del sueño, por lo que requiere tratamientos especiales.

Explicó que, en tratándose de delitos contra la integridad sexual de los menores de edad, consideró viable aplicar todas las medidas de aseguramiento contempladas en el artículo 307 adjetivo, esto, por la modificación que sufrió el párrafo de dicha norma mediante la Ley 1786 de 2016, que condiciona la procedencia de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad a la acreditación de la insuficiencia de las no privativas.

Con todo, alegó que la decisión del ad quem resulta ajustada a derecho porque, desde su perspectiva, resolvió los problemas jurídicos planteados por la fiscalía en el recurso, aunque no esté de acuerdo con la interpretación que llevó a cabo. Así las cosas, aseveró que no existen razones para que el juez constitucional intervenga en los asuntos del ordinario.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en una de sus Salas de Decisión Penal, a través de sentencia de 10 de abril de 20193, negó el amparo promovido por OMAR IGNACIO GUEVARA VILLAMARÍN, para lo cual consideró que la decisión atacada no contiene errores groseros, exhibiendo una argumentación razonable y fundada, por lo que no se justifica la intromisión del juez de tutela.

LA IMPUGNACIÓN

El proponente explicó que su inconformidad con la decisión del Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá radica en la aplicación de una normatividad en sentido único, sin exhibir motivos adicionales frente a la improcedencia de la detención preventiva en su lugar de domicilio.

En ese sentido, alegó que no existe razón para que la juez de conocimiento, en su decisión, se haya basado exclusivamente en el Código de la Infancia y la Adolescencia, existiendo otras normas que también eran aplicables, como lo es la Ley 1760 de 2015.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para desatar la segunda instancia respecto de la sentencia adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por ser su superior funcional.

Referente a la acción pública que nos ocupa, ha de precisarse que el artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que se trata de un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por cualquier acción u omisión, siempre que no exista otro recurso o medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Atendida la naturaleza de la controversia, es preciso recordar los requisitos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales⁴.

El primero de ellos consiste en que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. También es necesario que se hayan agotado todos los medios – ordinarios y extraordinarios – de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que la tutela se use como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Asimismo, se debe respetar el requisito de la inmediatez, por cuya virtud la queja constitucional debe instaurarse en un término razonable, contado a partir del hecho que originó la conculcación. En esa misma línea, si el yerro denunciado es de carácter procesal, se debe acreditar efecto que el mismo tuvo en la decisión confutada y la forma en la que

vulnera los derechos del actor.

Por último, bajo ninguna circunstancia la tutela puede ser utilizada para atacar una sentencia de su misma naturaleza.

A su turno, los requisitos de carácter específico, también conocidos como vías de hecho, se clasifican de la siguiente manera: (i) defecto orgánico⁵; (ii) defecto procedimental absoluto⁶; (iii) defecto fáctico⁷; (iv) defecto material o sustantivo⁸; (v) error inducido⁹; (vi) decisión sin motivación¹⁰; (vii) desconocimiento del precedente¹¹; y (viii) violación directa de la Constitución.

La procedencia de la tutela contra una providencia emitida por un juez de la República se habilita, únicamente, cuando superado el filtro de verificación de los requisitos generales, se configura al menos uno de los defectos específicos.

En el presente asunto la Sala encuentra satisfechas todas las exigencias de tipo general; sin embargo, la decisión malmirada no contiene ninguno de los defectos explicados en precedencia, por lo que el auxilio será denegado.

Primero, es preciso traer a colación alguna de las consideraciones del juzgado accionado para tomar la decisión de la que se duele el promotor:

«... Bajo este panorama, lo primero que corresponde aclarar es que el a quo encontró reunidos los requisitos para acceder a la solicitud de imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en la medida que, el delito por el que se procede, excede una pena mínima de 4 años de prisión, al tiempo que existe una inferencia razonable de autoría y participación de la conducta delictiva, con base a elementos materiales allegados por el ente fiscal, entre ellos y el más importante la entrevista rendida por los menores víctimas donde refiere (sic) los presuntos actos sexuales que les realizaba el indiciado, quien era su profesor de educación física del Colegio Rodrigo Arenas Betancur de

Bogotá.

Así las cosas, la discusión ahora recae sobre la procedencia o no de la medida de aseguramiento en el lugar de domicilio (según lo determinado por el fallador de primer grado); que desde ya está (sic) falladora indica que revocará la decisión impartida por el a quo, toda vez que el Código de la Infancia y Adolescencia, en su artículo 199 en su numeral 1, se estableció que: “Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión:”, en virtud del interés superior del menor, por encontrarse en un proceso formativo físico y mental que requiere de una especial protección, ante lo cual, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés se maximiza en la vida jurídica.

Sin embargo, como la decisión del juzgado de primera instancia se fundamentó en que el indiciado es una persona que presenta una enfermedad catastrófica VIH, siendo necesaria la detención en su lugar de residencia, al respecto este estrado judicial considera que, dicha argumentación carece de prueba que así lo demuestre, pues nótese que el abogado defensor solo se limitó en manifestarlo sin allegar elementos materiales que llevaran a dicha convicción. Ahora, si llegado el caso que efectivamente la persona tuviera dicha enfermedad, no implica de manera automática que se tenga que desconocer la prohibición que establece el artículo antes referenciado, en vista que se debe tener en cuenta que, desde el Establecimiento Penitenciario se le puede brindar una atención y un cuidado que un paciente de tales características requiere; efectuándose los controles necesarios a través del servicio médico del Establecimiento carcelario por un médico especialista ...

Por tal motivo, le asiste razón al ente fiscal cuando indica que si fuere el caso el indicado podrá solicitar una sustitución de la medida de aseguramiento, cuando no se estuviere asegurando el tratamiento poniendo en peligro la vida del indiciado, toda vez que el legislador ha dado tal prerrogativa siempre y cuando se demuestre dicha afectación.

Bajo estas concisas y claras motivaciones, se dispondrá REVOCAR la detención preventiva en el lugar de residencia del indiciado, para que la misma se ejecute en el establecimiento carcelario que designe el INPEC...»

De un rápido análisis al acápite de las consideraciones transcrito, se advierte que al impugnante le asiste razón al afirmar que el juzgado demandado, para revocar la decisión adoptada por el juez de control de garantías, se amparó principalmente en el artículo 199, numeral 1°, de la Ley 1098 de 2006; empero, ese proceder no implica ninguna irregularidad, pues obedece a una interpretación razonable de la normatividad vigente.

Según el artículo 307, literal A, del Código de Procedimiento Penal, las medidas de aseguramiento privativas de la libertad se dividen en: (i) detención preventiva en establecimiento de reclusión; y, (ii) detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento. La Ley 1760 de 2015 añadió al presente artículo un párrafo 2°, que a la vez fue modificado por la Ley 1786 de 2016, el cual reza de la siguiente manera:

«Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad sólo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el juez de control de garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento...»

La carga probatoria que demanda la norma consiste en que el funcionario acusador, al solicitar cualquiera de las medidas contenidas en el literal A del artículo 307 de la Ley 906, debe demostrar que las previstas por el literal B ibidem resultan insuficientes para alcanzar los fines constitucionales de dicho instituto. Expresado en otros términos, esta disposición distingue las medidas privativas de las no privativas de la libertad, pero no establece diferencias entre las cautelas contenidas en los numerales 1 y 2 del literal A, pues ambas son restrictivas del mencionado derecho fundamental.

Bajo ese entendimiento, no es acertado considerar que el parágrafo 2° del artículo 307 del Código Procesal Penal exige que la fiscalía, a la hora de solicitar la detención preventiva en establecimiento de reclusión, pruebe que la detención domiciliaria resulta insuficiente a la luz de los cometidos superiores de la medida de aseguramiento, como erróneamente lo entendieron el juez de control de garantías y el apelante.

Por el contrario, el aspecto opuesto debe ser acreditado por quien solicite que la medida aplicable sea la detención domiciliaria, bien sea directamente (art. 307 A - 2) o por sustitución (art. 314-1), cuando ello sea procedente.

Es más, tal y como lo consideró la Juez Novena Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de esta capital, en tratándose de delitos que afectan la libertad, integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes, una vez acreditados los presupuestos del artículo 308 de la Ley 906, la única medida de aseguramiento procedente es la detención en establecimiento de reclusión, siendo inaplicables en estos punibles las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la misma obra.

Entonces, la Sala debe insistir en que las Leyes 1760 de 2015 y 1786 de 2016 no derogaron expresa ni tácitamente las normas especiales del Código de la Infancia, en especial el artículo 199, por lo que deben interpretarse de manera armónica, maxime porque sus preceptos no resultan opuestos.

En conclusión, como ya se dijo, la providencia reprochada no contiene yerros dignos de ser enmendados en esta sede, por lo que el fallo apelado será confirmado.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sala Primera de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

1. Confirmar el fallo impugnado.
2. Remitir las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Ver folio 10 del cuaderno de primera instancia.
- 2 Ver folio 21 del cuaderno de primera instancia.
- 3 Ver folio 52 del cuaderno de primera instancia.
- 4 «En el marco de la doctrina de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales.» (T-343/12).
- 5 “que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello”.
- 6 “cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento

establecido”.

7 “cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”.

8 “se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”.

9 “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”.

10 “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”.

11 “cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance”.