

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

AP934-2021

Radicación N°. 53748

Aprobado Acta N° 48

Bogotá D.C., tres (03) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa del postulado JHON JAIRO TORRES MORA, contra la decisión por medio de la cual un Magistrado de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, en ejercicio de la función de control de garantías, denegó el retiro del brazalete electrónico impuesto al sustituirle la medida de aseguramiento de detención preventiva.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Mediante escrito presentado el 19 de febrero de 2018 ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, JHON JAIRO TORRES MORA solicitó estudiar «la posibilidad de levantarme la obligación del dispositivo electrónico», debido a las dificultades que su uso le genera para conseguir trabajo, entrar a centros comerciales y recreativos con su familia.

Sumado a ello, indica, su estado de salud requiere la toma de medicamentos y mucho ejercicio, que no puede hacer porque en el lugar donde vive hay poco espacio para salir a

trotar, en respaldo de lo cual anexó copias de los exámenes médicos que, afirma, comprueban la condición que tiene, con el fin de que no siga siendo trasgredida su libertad.

2. En la vista pública convocada por la magistratura con función de control de garantías para debatir y resolver el referido pedimento, realizada el 10 de septiembre de 2018¹, intervinieron, en primer orden, el defensor público asignado quien adujo que de acuerdo con el tenor de la solicitud, el dispositivo de vigilancia asignado a TORRES MORA le ha afectado en su vida laboral, en particular en el desempeño de labores como técnico aplicador de plaguicidas por las molestias y limitaciones que le causa en el pie izquierdo, en el cual porta el mecanismo.

Añadió que, según el solicitante, desde cuando se le puso el elemento de seguimiento y control ha cumplido las obligaciones impuestas y desarrollado actividades laborales y de capacitación, dando muestras de su voluntad de reincorporación; y también alegó limitaciones para desarrollar actividades de recreación porque no puede ingresar a una piscina en compañía de sus hijos y demás familiares, ni a un centro comercial porque los sistemas de vigilancia se activan a su paso, lo cual le genera estigmatización social.

La Fiscalía delegada planteó que, si bien se alega que el mecanismo ha causado inconvenientes en su desempeño laboral y en su salud al postulado TORRES MORA, no se ha aportado algún elemento de prueba que así lo demuestre. No obstante, manifestó que el prenombrado no ha incumplido las obligaciones contraídas y, por tanto, la instancia judicial habrá de resolver la solicitud según corresponda.

El Ministerio Público refirió que es del criterio que el proceso de resocialización y reintegración de los postulados debe ser pleno, con la posibilidad de desarrollarse en los ámbitos, social, familiar, laboral, etc., sin mayor limitación.

De otra parte, consideró que el mecanismo de vigilancia electrónico está previsto como una

medida de aseguramiento sustitutiva no privativa de la libertad, que se asigna según disponga la autoridad judicial, lo cual así ocurrió respecto del aquí postulado.

En esas condiciones, de la misma forma que se expusieron argumentos de orden fáctico y jurídico para ese efecto, deben aportarse para demostrar que se amerita en su respecto una medida menos gravosa, menos aflictiva; lo narrado acerca de la situación de TORRES MORA, estimó, no es suficiente para mostrar que se presentan condiciones que, en garantía de sus derechos fundamentales, habiliten una medida de esa naturaleza, por lo que no debe prosperar la solicitud.

La representación de víctimas señaló que no se allegaron pruebas de sustento a la petición para el levantamiento del dispositivo electrónico por la posible afectación de derechos al postulado.

Sin embargo, mencionó el vocero una certificación de trabajo que da cuenta del desempeño anterior, no actual, de TORRES MORA en una empresa de fumigaciones, la que no da explicación alguna de las razones por las cuales terminó la relación laboral, menos aún que ello fue consecuencia del uso del dispositivo en cuestión.

Tampoco se probó la limitación que dicho elemento representa para el goce de actividades recreativas con su núcleo familiar, ni las consecuencias que pudiera tener en su salud física; por ende, reclamó no acceder a lo solicitado.

Finalmente, por solicitud del apoderado defensor intervino la representante de la Agencia para la Reincorporación y Normalización que aludió a informe elaborado, al parecer, porque no lo clarificó, por personal adscrito a esa entidad en relación con JHON JAIRO TORRES MORA en las dimensiones personal, de salud, productiva, educativa, de hábitat, de seguridad y familiar, de cuyo texto hizo entrega².

PROVIDENCIA APELADA

El Magistrado con función de control de garantías explicó que, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 975 de 2005, la adopción de una determinada determinación de las allí previstas por la autoridad judicial debe estar soportada en argumentos fácticos, jurídicos y probatorios.

En este caso que se pide el retiro del mecanismo de vigilancia electrónica, el apoderado de JHON JAIRO TORRES MORA se limitó a presentar un resumen del escrito presentado por aquél, sin exhibir los elementos probatorios que sustenten la pretensión en lo atinente a los posibles inconvenientes para su salud y vida familiar generados por el dispositivo de vigilancia.

Como tampoco precisó el abogado cuándo, en qué condiciones y cuáles las obligaciones impuestas al postulado al sustituir la detención preventiva, entre ellas las condiciones de uso del mecanismo.

Agrega sobre el informe de avances presentando por la representación de la ARN que, si bien fue presentado a último momento en la diligencia, no supe la carga de probar que le compete al solicitante.

De otra parte, censura la inasistencia de TORRES MORA a la diligencia programada para resolver su petición, en dos oportunidades incluida la presente, sin explicación alguna, a pesar de las citaciones remitidas, lo que de por sí es muestra del incumplimiento a los deberes asumidos con la sustitución de la detención preventiva.

Añade que el mecanismo de vigilancia electrónica no es novedoso ni exclusivo del proceso de Justicia y Paz, en tanto está previsto desde el Decreto 2636 de 2004 que adicionó el artículo 29 de la Ley 65 de 1993; luego en las leyes 906 de 2004, 1142 de 2007, 1453 de 2011 y 1709 de 2014, y, de manera específica en justicia transicional, por el artículo 39 del Decreto 3011 de 2014.

Todas estas normas han reglamentado el mecanismo de vigía y no han sido excluidas del ordenamiento jurídico, sin que se pueda afirmar que es un instrumento de discriminación o exclusión como se pretende hacer ver al decir que el postulado no ha podido acceder a piscinas o centros de recreación con los miembros de su familia por portar un objeto de esa clase.

Por consiguiente, denegó la pretensión, decisión que, indicó, no impide al interesado reiterarla con el aporte de las pruebas que la sustenten.

DE LA APELACIÓN

El defensor impugna y pide revocar lo resuelto para que se conceda a JHON JAIRO TORRES MORA el levantamiento del dispositivo electrónico, porque en su intervención sí hizo mención a los elementos materiales probatorios aportados por el postulado, específicamente la constancia de vinculación laboral y el dictamen de salud con el cual se puso de manifiesto la afectación sufrida en su pie izquierdo.

También se presentó el informe de la Agencia para la Reincorporación, que dice cómo él ha cumplido las obligaciones a que se comprometió al obtener la libertad, y da cuenta de los valores que le permiten asumir un adecuado proceso de resocialización y convivencia en sociedad.

Además, dicho informe alude a los problemas que por portar el mecanismo tuvo en la empresa de fumigación donde trabajaba, pues le impedía cumplir sus funciones, lo cual permite señalar la existencia de un nexo causal entre el uso del dispositivo y la afectación de su derecho al trabajo y a su salud física.

De otra parte, considera que no es aceptable que, por un excesivo rigorismo formal, se deniegue la solicitud porque dicho informe fue presentado a última hora por la delegación de la ARN y no por la defensa, no obstante que fue quien pidió que aquella fuera escuchada

para darlo a conocer a la audiencia.

Agrega que aludir a la naturaleza legal del instrumento de vigilancia y seguimiento asignado al postulado resulta inconsistente para concluir que su uso no es violatorio de los derechos humanos, porque la pretensión nada tiene que ver con ello, a pesar de que si constituye un estigma en sociedad para quien lo tiene.

Como tampoco es materia de discusión la comparecencia del postulado a la diligencia porque a ese efecto cuenta con la representación de la defensa pública; ni menos la fecha o los factores que dieron lugar a la sustitución de la medida de aseguramiento, sino el efectivo cumplimiento de las obligaciones que se le impusieron por entonces, lo cual ha sido suficientemente acreditado.

INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTES

La Fiscalía, sin dar razón alguna, solicitó la confirmación de la determinación adoptada.

El Ministerio Público, coincidente con la anterior, explicó que, al versar la discusión sobre la afectación de derechos fundamentales como lo puso de presente en su intervención inicial, se debe procurar su garantía a los postulados, lo cual aplica para aminorar el grado de aflicción del derecho a la libertad cuando se concede la sustitución de la medida de aseguramiento por un mecanismo de vigilancia electrónica; o, como en este caso, cuando se pide que sea retirado el elemento, siempre y cuando se expongan argumentos fácticos, jurídicos y probatorios que indiquen innecesario mantenerlo, presupuestos que omitió cumplir el apelante al realizar la petición invocando razones laborales y de salud no demostradas.

En consecuencia, no puede plantearse flexibilidad probatoria a su favor, ni alegarse excesivo rigor formal en la decisión porque para acceder a los beneficios legales deben cumplirse las condiciones legales previstas, destacando que ninguna prueba de afectación a las garantías

del postulado por el uso del brazalete se aportó.

CONSIDERACIONES

1. La Corte es competente para resolver el presente recurso de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 26 de la Ley 975 de 2005, 27 de la Ley 1592 de 2012 y 32-3 de la Ley 906 de 2004, conforme con el trámite previsto en la reforma introducida a este último cuerpo normativo por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010.

2. Regida la apelación por el principio de limitación que impone al ad quem pronunciarse únicamente sobre el objeto de la alzada y los temas inescindibles ligados al mismo, la Sala anticipa que confirmará la providencia impugnada por las razones que pasa a explicar.

En ese sentido, circunscrito el debate a la petición de retirar el mecanismo de vigilancia electrónica impuesto a JHON JAIRO TORRES MORA, por motivos de índole laboral, de salud y de esparcimiento familiar, se impone necesario asumir como punto de partida el examen de la situación jurídico-procesal en que se encuentra él y, por contera, la naturaleza de la reclamación y su procedencia en este caso.

3. De la precaria información obrante en el expediente allegado, dígase los registros de audio y video de la audiencia pública en que se debatió y decidió la petición de marras, y la escasa documentación aportada, se colige que:

a. TORRES MORA fue vinculado al proceso especial de la Ley 975 de 2005 en calidad de desmovilizado del bloque central Bolívar de las autodefensas unidas de Colombia³.

b. En desarrollo de dicho proceso se sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta y, en cambio, se le afectó con una no privativa de la libertad consistente en la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.

c. Ingresó al Proceso de Reintegración Especial de Justicia y Paz a cargo de la Agencia para la Reincorporación y la Normalización, el 24 de julio de 2017⁴.

Aunque se desconoce con exactitud cuándo y qué autoridad judicial adoptó tales decisiones y a qué obligaciones específicas quedó sometido el postulado, porque ninguna de las partes o intervinientes hicieron mención o clarificaron esos aspectos, tampoco lo procuró la instancia judicial con los medios a su disposición, la Sala infiere que, dadas las circunstancias en que se adelantó el debate, ese sería el estatus de JHON JAIRO TORRES MORA como consecuencia lógica de haberse dado aplicación en su respecto a los artículos 18 A de la Ley 975 de 2005, 37 a 39 del Decreto 3011 de 2013⁵, y 307 literal B, numeral 1 de la Ley 906 de 2004, esta última disposición en virtud del principio de complementariedad⁶.

Lo anterior, se aviene conforme con la doctrina de la Corte que expone cómo, al no estar regulada de manera expresa en la legislación de Justicia y Paz la materia, los mecanismos alternativos de cumplimiento de las cautelas personales impuestas a los sometidos a ese régimen especial serán los previstos en el estatuto procesal penal vigente, esto es, el Código de Procedimiento Penal de 2004⁷.

No obsta lo anterior para señalar que, tal y como se indicó por la Sala en asunto de similares características al presente⁸, en justicia transicional el mecanismo de vigilancia electrónica puede configurar un doble carácter según sea la determinación que se adopte en un caso dado por la autoridad judicial, a saber: i) como medida de aseguramiento no privativa de la libertad, por la que se sustituye la detención preventiva; o ii) como una de las obligaciones impuestas a quien se reconoce la sustitución de tal medida.

4. La petición objeto de discusión, advierte la Sala, por no estar de manera expresa regulada en la ley transicional resulta *sui generis*, y más aún lo es la denominación que a la vista pública convocada para debatir al respecto se dio al rotularla como «audiencia de

protección de garantías fundamentales – retiro brazalate electrónico -», según rezan las comunicaciones de citación a las partes y las actas que dan fe de la realización de la diligencia⁹.

En todo caso, ha de entenderse, que conforme lo indicó el a quo al inicio de la vista pública, se debate el retiro o suspensión del mecanismo de vigilancia electrónica, esto es, que la solicitud atañe a la modificación o variación de las condiciones de cumplimiento de la medida sustitutiva otorgada al postulado, pero no toca los presupuestos que dieron lugar a ella, es decir, no se pretende su revocatoria; ni mucho menos sería posible aceptar, por incoherencia sustancial, que la discusión pueda versar en la sustitución de lo ya sustituido.

De esa manera, siguiendo las reglas fijadas en el artículo 13 de la Ley 975 de 2005, modificado por el canon 9° de la Ley 1592 de 2012, no hay reparo alguno acerca de la competencia que la magistratura con función de control de garantías tiene para conocer y resolver en audiencia preliminar, la reclamación del postulado TORRES MORA dentro del proceso de Justicia y Paz.

5. El artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, aplicable en los procesos de Justicia y Paz por virtud de los principios de complementariedad e integración de que tratan las leyes 975 de 2005 y 906 de 2004, cánones 62 y 25, en ese orden, estatuye:

Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por

circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Consecuente con ello, es dable afirmar que quien aspira a obtener resolución judicial favorable a sus intereses, tiene la carga o deber de exponer razonadamente los fundamentos de todo orden, -fáctico, jurídico y probatorio-, que dan respaldo a su pretensión para que, en desarrollo de los principios de contradicción e inmediatez, escuchadas las demás partes e intervinientes procesales, el funcionario cognoscente tenga suficiente ilustración para la toma de la decisión respectiva.

En caso contrario, valga decir, la falta de acreditación de uno o varios de tales presupuestos conllevará a la denegación de lo solicitado.

Acorde con el acotado principio de complementariedad, en la legislación de Justicia y Paz impera la libertad probatoria, artículo 373 del Código de Procedimiento Penal de 2004, según el cual «Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar con cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole derechos humanos.»

6. Bajo ese contexto, la revisión de la grabación de audio y video de la diligencia en que se debatió la pretensión enseña que la defensa pública asignada para el caso a JHON JAIRO TORRES MORA tomó como elemento fundante de su intervención el memorial petitorio allegado por el postulado, al cual se hizo mención en precedencia¹⁰; fue así que trasmitió a

los presentes el sentido de la solicitud según su letrado entender, simple y llanamente¹¹.

Después, como se citó en el acápite aludido, hicieron uso de la palabra los representantes de la Fiscalía, el Ministerio Público y las víctimas, destacando todos ellos al unísono la falencia de la argumentación en cuanto ningún medio de convicción fue mencionado y menos aún exhibido en el acto por el apoderado para dar respaldo a la petición.

En consecuencia, acertó el Tribunal al criticar el déficit de prueba de la solicitud porque en la intervención del apoderado de TORRES MORA, en su condición de requirente, incumplió la carga que le correspondía por cuanto ningún medio de comprobación adujo o aportó para respaldarla, contrario a lo afirmado al sustentar el recurso de alzada.

De manera que la reclamación sobre el retiro del dispositivo por razones de orden laboral, de salud, de recreación o, incluso, por la posible discriminación a su portador, carece de demostración en tanto no se esgrimieron elementos de prueba en relación con esos aspectos, esto es, no se acreditó que usar el dispositivo electrónico cause al postulado TORRES MORA perjuicio en el desempeño de determinadas labores en su empleo, en su integridad psicofísica, en el relacionamiento familiar y social, o que le hubiere generado alguna segregación en otras esferas de su desenvolvimiento cotidiano.

A lo dicho se agrega que a pesar de que se dio a conocer, en parte, un informe de la Agencia para la Reincorporación y Normalización-ARN, el mismo es apenas ilustrativo de la situación de la persona que se encuentra en proceso de reintegración en el marco del proceso de Justicia y Paz, pero carece de datos concretos y fehacientes que sean susceptibles de corroboración acerca de los posibles inconvenientes sufridos en las áreas indicadas por el peticionario.

Por consiguiente, la falta de medios demostrativos de las alegaciones del solicitante ciertamente ha impedido al Tribunal, en primer orden, y a esta Sala, en segundo grado, verificar la situación concreta en que se encuentra el postulado y evaluar la procedencia de

retirarle la vigilancia electrónica.

Corolario, se confirmará la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

1. CONFIRMAR la providencia emitida el 10 de septiembre de 2018 por un Magistrado con función de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá.
2. DISPONER la devolución del expediente al Tribunal de origen.
3. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

EXCUSA JUSTIFICADA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

MARTHA LILIANA TRIANA SUÁREZ

Secretaria (E)

1 Se citó por primera vez audiencia para el 6 de junio de 2018, a la cual no asistieron el interesado ni su defensa.

2 Folios 39 a 43 cuaderno del Tribunal: «INFORME DE AVANCE PROCESO DE REINTEGRACIÓN ESPECIAL JUSTICIA Y PAZ EQUIPO DE JUSTICIA Y PAZ AGENCIA PARA LA REINCORPORACIÓN Y LA NORMALIZACIÓN».

3 Folio 39 ibídem.

4 Folio 39 cuaderno del Tribunal.

5 Compilados en el Decreto 1069 de 2015, artículos 2.2.5.1.2.4.1. a 2.2.5.1.2.4.3.

6 Artículo 62 de la Ley 975 de 2005.

7 Ver, entre algunas más, CSJ AP461-2015, 4 feb. 2015, rad. 44851; CSJ AP4693-2015, 19 ago. 2015, rad. 46205; CSJ AP3946-2016, 23 jun. 2016, rad. 48173; CSJ AP7866-2017, 23 nov. 2017, rad. 50006; CSJ AP8127-2017, 29 nov. 2017, rad. 51512.

8 CSJ AP1227-2019, 3 abr. 2019, rad. 53747.

9 Folios 12 a 18, 25, 29 a 36 y 38 cuaderno del Tribunal.

10 En el numeral 1. del apartado «ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES»

11 Disco compacto que contiene la audiencia de 10 de septiembre de 2018, registro 00:24:40 a 00:32:53.