

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP3601 - 2021

Tutela de 2ª instancia No. 114643

Acta No. 56

Bogotá D. C., nueve (09) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

La Sala resuelve la impugnación interpuesta por la accionante NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY, mediante apoderado judicial, contra el fallo proferido el 10 de diciembre de 2020, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que declaró improcedente la acción de tutela promovida contra la Fiscalía 7ª Especializada y los Juzgados 6º Penal Municipal y 3º Penal del Circuito de Ibagué, por la presunta vulneración de derechos fundamentales.

En primera instancia se vinculó oficiosamente los Juzgados 2º Penal del Circuito Especializado y 2º Penal Municipal de Ibagué.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Como hechos jurídicamente relevantes se destacan los siguientes:

1. NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY se encuentra privada de la libertad en su residencia, con ocasión de la medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado 6º Penal

Municipal con función de control de garantías de Ibagué, el 20 de septiembre de 2019, como presunta partícipe de los delitos de concierto para delinquir, apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan, y falsedad en documento privado.

3. El asunto correspondió al Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado de Ibagué, que realizó audiencia de formulación de acusación en sesiones del 7 de febrero, 15 de julio, 25 de septiembre y 3 de noviembre de 2020 y programó la audiencia preparatoria para el 3 de diciembre siguiente.

4. El apoderado judicial de NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY, solicitó ante el Juzgado 2° Penal Municipal con función de control de garantías de Ibagué, la revocatoria de la medida de aseguramiento, no obstante, fue negada en proveído del 10 de junio de 2020. La decisión fue apelada por la defensa.

5. Con motivo de la alzada el Juzgado 3° Penal del Circuito de Ibagué, mediante decisión del 29 de septiembre de 2020, confirmó el proveído de primer grado.

6. La accionante señala que la vinculación al proceso penal se circunscribe a la expedición de 12 manifiestos electrónicos de carga para transporte de aceite residual, como representante legal de la empresa DAHA, documentos legales por los que recibió por cada uno la suma de \$40.000.00 y que, durante la vigencia de la empresa, desde el 22 de agosto de 2007, han generado aproximadamente 6.000 manifiestos sin que con anterioridad se hubieran presentado inconvenientes.

7. Asegura ser ajena a la irregular e ilícita utilización que se les hubiere dado a los mencionados documentos y de esa conducta no se puede colegir responsabilidad penal de los delitos atribuidos, no obstante, la fiscalía instructora omitió escuchar su versión de los hechos en un interrogatorio a indiciado, pues la imposición de la medida de aseguramiento debe ser excepcional. Además, que no conoce a ninguna de las personas vinculadas y su

comunicación con los conductores se limitó al diálogo referido a la expedición de los manifiestos de carga.

8. Manifiesta que no existen en la actuación elementos materiales probatorios y evidencia física que sustente la versión de la Fiscalía, referida a su pertenencia al eslabón de la cadena conspirativa, luego no resultaba aplicable la Ley 1908 de 2018. Además, solicita tener en cuenta la prohibición de regreso (CSJ SP Rad. 35899 del 5 de diciembre de 2011).

9. Paralelamente, afirma que la Fiscalía 7ª Especializada de Ibagué, omitió dar respuesta a las solicitudes presentadas el 16 de julio, 4 y 25 de agosto de 2020, referentes al interrogatorio indiciado.

10. En virtud de lo expuesto, pretende la prosperidad del amparo de los derechos fundamentales de la libertad, debido proceso y petición y, en consecuencia, ordenar la revocatoria de la detención domiciliaria y ordenar su libertad inmediata.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto del 25 de noviembre de 2020, el tribunal de primera instancia avocó conocimiento de la acción y corrió traslado a las entidades accionadas y vinculadas, quienes se pronunciaron en los siguientes términos.

1. La Fiscalía 7ª Especializada de Ibagué informó de la asignación del radicado No. 73001 6000 000 2020 00005, que corresponde a una ruptura de unidad procesal del asunto No. 73001 6000 000 2016 00070, realizada con ocasión del escrito de acusación presentado en contra de la imputada NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY y otros, quienes fueron imputados el 20 de septiembre de 2019, ante Juzgado 6º Penal Municipal con función de control de garantías como partícipe de los delitos de concierto para delinquir, apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan, y falsedad en documento privado. Además, le impuso medida de aseguramiento de detención

preventiva en su lugar de domicilio a la accionante.

Adujo que la audiencia de formulación de acusación, se presentó ante el Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado de Ibagué, en sesiones del 7 de febrero, 15 de julio, 25 de septiembre y 3 de noviembre de 2020 y programó la audiencia preparatoria para el 3 de diciembre siguiente, a las 10:00 am.

Afirmó que el defensor de NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY solicitó revocatoria de medida de aseguramiento y permiso para trabajar, las cuales se negaron en dos instancias, por tanto, ante los esfuerzos fallidos para obtener la libertad de su prohijada, el defensor acude a la acción de tutela con los mismos argumentos expuestos en el proceso penal:

- i) Debatir la autenticidad de los documentos que fueron utilizados por la organización criminal dedicada a la extracción y apoderamiento de hidrocarburos, como si se tratara de la única prueba que obra en contra de NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY.
- ii) La no pertenencia de la citada como integrante de la organización criminal que se judicializó junto con ella, por tanto, no se encuentra cobijada con la Ley 1908 de 2018.

Debate que considera propio de la audiencia de juicio oral. Agregó que, si bien ha transcurrido más de un año de haberle impuesto la medida de aseguramiento, se debe tener en cuenta que la acusada NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY hizo parte de una organización criminal dedicada a la extracción y apoderamiento de hidrocarburos, en el Magdalena medio, entre los meses comprendidos entre diciembre de 2015 y marzo de 2016, por lo cual deberá recibir el tratamiento de la Ley 1908 del 9 de julio de 2018.

2. El Juzgado 6° Penal Municipal de Ibagué informó que realizó las audiencias de legalización de órdenes de registro y allanamiento, control de legalidad de procedimiento de captura, formulación de imputación, imposición de medida de aseguramiento y control posterior a interceptación de comunicaciones, los días 20 y 23 de septiembre de 2019, a petición de la

Fiscalía 2ª Especializada, en el expediente No. 73001-6000-000-2016-00070 NI 43939, por el presunto delito de concierto para delinquir en concurso con apoderamiento de hidrocarburos contra NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY, Jorge Enrique Luna Aranzalez, Antonio González Collazos y Mario Andrés Roa Pinzón.

Precisó que, entre otras decisiones, impuso medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria a NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY, con vigencia de 3 años, proveído que no fue objeto de recursos.

Solicitó desestimar la demanda, pues el accionante pretende perturbar los procedimientos y decisiones que adoptan los funcionarios judiciales, convirtiendo la tutela en una instancia adicional o paralela.

Indicó que no se avizora ninguna vulneración de los derechos fundamentales alegados por la accionante, toda vez que, el escenario natural para resolver las solicitudes de revocatoria de la medida de aseguramiento y libertad por vencimiento de términos, le corresponde al Juez de Control de Garantías, no obstante, desconoce los motivos por los cuales fueron negadas tales pretensiones. Solicitó negar por improcedente la tutela.

4. El Juzgado 2º Penal Municipal de Ibagué manifestó que el 10 de junio de 2020, realizó audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento a petición del apoderado judicial de NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY, pero negó la pretensión. La decisión fue recurrida en apelación.

Precisó que no tiene ningún trámite pendiente, motivo por el cual solicitó la desvinculación de la acción constitucional.

5. El Juzgado 3º Penal del Circuito de Ibagué informó que por vía de recurso de apelación impetrado por el apoderado judicial de NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY contra los autos del 11 de marzo y 10 de junio de 2020, que negaron el permiso para trabajar y la

revocatoria de la medida de aseguramiento, expedidos por los Juzgados 5° y 2° Penal Municipal con función de control de garantías de esa ciudad, respectivamente, en el radicado No. 73001-6000-00020160070.

Expuso que, con proveídos del 7 y 29 de septiembre de 2020, confirmó las decisiones impugnadas, pues la medida de aseguramiento impuesta, se encontraba soportada no solo en los manifiestos de carga que atacó el apelante, sino también sobre declaraciones de Antonio González Collazos -miembro de la organización-, análisis link, interceptaciones telefónicas y análisis de trazabilidad de las cuentas bancarias de Jorge Luna Aranzález -líder-, en las que se evidencia a NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY, sosteniendo comunicación con miembros del grupo delincencial sobre los documentos que debe elaborar y enviar, así como los giros que se le efectuaron a su favor por la labor prestada, muy a pesar de que la solicitud de permiso para trabajar, no fuera el estadio procesal adecuado para ello.

Argumentó que lo pretendido por el accionante es generar un debate probatorio sobre responsabilidad, propio de la audiencia de juicio oral, por tanto, solicitó negar la acción de tutela, porque no existe vulneración alguna a las garantías fundamentales de la accionante, ni la solicitud de amparo es el mecanismo de amparo es el adecuado para cuestionar decisiones judiciales en firme.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, en decisión del 10 de diciembre de 2020, negó por improcedente el amparo constitucional.

Luego de señalar los pormenores de la actuación penal No. 73001 6000 000 2020 00005, indicó que la tutela no cumple con los requisitos señalados jurisprudencialmente para su procedencia contra providencias y actuaciones judiciales, máxime que no se ha vulnerado el debido proceso por parte de los funcionarios accionados, pues cada uno de ellos ha obrado

conforme el procedimiento establecido para tal fin.

En punto de los argumentos expresados por el tutelante en la acción, precisó que corresponden a asuntos propios del desarrollo procesal y deben ser discutidos en el juicio oral y analizados por el juez al momento de proferir sentencia, razón por la cual no es legítimo ni deseable anticiparse a esa etapa. Por tanto, el amparo deviene improcedente para inmiscuirse en un proceso en curso, en el cual puede presentar oposiciones, recursos ordinarios y, finalmente, el extraordinario de casación o la acción de revisión, máxime que tampoco se configura un perjuicio irremediable.

Finalmente, respecto de la omisión de la Fiscalía accionada de pronunciarse frente a la solicitud del defensor de NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY de escucharla en interrogatorio, indicó que no viene al caso invocar el desconocimiento del derecho de petición, pues se trata de una cuestión judicial reglada de manera específica, luego la respuesta debe darse en el marco establecido en la ley procesal penal. En ese contexto argumentativo, acogió los argumentos de la fiscalía en el marco de dicha solicitud y negó el amparo invocado.

LA IMPUGNACIÓN

La parte accionante impugnó el fallo. Argumentó que, del análisis de lo actuado en el proceso penal, surge la ausencia de los requisitos para proferir y mantener una medida de aseguramiento contra NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY, toda vez que los delitos a ella atribuidos no corresponden a los hechos, circunstancia que vulnera el debido proceso, especialmente el principio de legalidad.

Precisó que la afirmación del Fiscal 7° Especializado de Ibagué respecto de la existencia de diversos materiales probatorios carece de veracidad, pues la única actuación de NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY, se circunscribe a la emisión de los manifiestos de carga indebidamente utilizados, lo que impide la estructuración de las ilicitudes planteadas por

ausencia de tipicidad objetiva.

Insistió que para resolver el problema jurídico se debe tener en cuenta la tesis penal de la prohibición de regreso –“no todo es cuestión de todos”- y por virtud de ese principio, no se imputa objetivamente un resultado a quien al ejecutar un comportamiento inocuo para el derecho facilita la comisión de un delito por cuenta del tercero.

Por último, afirmó que está vigente una medida de aseguramiento sin que existan los estándares mínimos para afectar la libertad personal, pues se adoptó sin acreditar los fines constitucionales y con violación de los principios de necesidad, taxatividad, excepcionalidad y proporcionalidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

De acuerdo con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para resolver la impugnación planteada por el accionante respecto de la citada decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Problema jurídico

Consiste en establecer si en este asunto se cumple la exigencia de subsidiariedad y, en caso afirmativo, si las autoridades accionadas vulneran los derechos reclamados por

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, 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, además de otros requisitos, los de subsidiariedad e inmediatez, y que se demuestre que la decisión o actuación 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 subsidiariedad o residualidad implica que quien acude a ella debe haber agotado los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su disposición en el proceso que la motiva, en aras de la protección de los postulados de autonomía e independencia de la función jurisdiccional, y que solo sea posible utilizarla, por vía excepcional, para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

4. La jurisprudencia ha sostenido que 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) la acción 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.S.T-103/2014).

5. Esta exigencia no se cumple en el presente asunto, por las siguientes razones:

i) Contra NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY se adelanta el proceso penal No. 73001 6000 000 2020 00005, por la presunta participación en los ilícitos de concierto para delinquir, apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan, y falsedad en documento privado.

ii) El proceso se encuentra en trámite, concretamente en desarrollo de la audiencia preparatoria, programada para el 17 de marzo de 2021.

iii) El defensor de la accionante solicitó la revocatoria de la medida de aseguramiento de detención domiciliaria impuesta por el Juzgado 6° Penal Municipal de Ibagué. Correspondió al Juzgado 2° Homólogo, que el 10 de junio de 2020, negó la pretensión liberatoria, al

considerar que no existían elementos de juicio sobrevinientes, novedosos y suficientes que lograran desvirtuar la inferencia razonable de autoría o participación que fue determinada en las audiencias preliminares de garantías. El solicitante apeló la decisión, que se confirmó por el Juzgado 3° Penal del Circuito de la misma ciudad, con proveído del 29 de septiembre de 2020.

iv) Los argumentos expuestos por el tutelante, se dirigen a plantear la inexistencia de elementos materiales probatorios que vinculen a NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY en los hechos investigados y los delitos por los cuáles la fiscalía le imputó cargos y posteriormente la acusó. Considera que no existía mérito suasorio para sustentar la medida de aseguramiento impuesta, luego, esta restricción redundaría en la vulneración del debido proceso y los principios de legalidad y presunción de inocencia.

6. Dicha realidad fáctica procesal permite establecer que los presupuestos requeridos para superar las limitantes del principio de subsidiariedad no se cumplen, por estar la acción dirigida, (i) contra una actuación judicial, (ii) que se cumplió en el marco de un proceso penal que se encuentra en curso, pues está en proceso de realización la audiencia preparatoria, (iii) donde hay disponibles medios de defensa judicial que permiten invocar los argumentos expuestos en sede constitucional.

En las anotadas condiciones, asumir un estudio de fondo del asunto, como lo propone la tutelante que precisa para la resolución del asunto la aplicación de la tesis contenida en la sentencia del 5 de diciembre de 2011, radicado No. 35899, implicaría una interferencia indebida en la competencia de los jueces naturales, con afectación de los principios de seguridad jurídica, independencia y autonomía judicial, pues lo que se evidencia es la existencia de una disparidad de criterios del promotor de la acción, frente a lo decidido por los jueces de control de garantías.

7. Tampoco encuentra la Sala del análisis de los argumentos y pruebas aportadas en el

trámite constitucional, que la decisión de negar la revocatoria de la medida de aseguramiento constituya una afrenta a los derechos fundamentales invocados por NORBY CONSTANZA RODRÍGUEZ RUSSY y que la actuación se encuentre huérfana de pruebas respecto de su participación en los reatos investigados.

Además, olvida el defensor de la accionante que el proceso penal se rige por el principio de gradualidad, y que los estándares probatorios para la toma de decisiones se determinan por el momento procesal que se vive, que van desde la inferencia razonable para la imputación y la medida de aseguramiento, hasta la certeza para la decisión de condena, pasando por la probabilidad de verdad para la acusación, siendo por tanto equivocado pretender exigir que en los estadios previos al juicio oral se cuente con prueba cierta de la responsabilidad.

8. Finalmente se impone precisar que las exigencias requeridas para la procedencia de la tutela por vía transitoria, por estarse ante un eventual perjuicio irremediable, tampoco se cumplen, porque los requisitos de inminencia, gravedad e impostergabilidad no concurren.

Por las anotadas razones, se confirmará la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sala Segunda 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 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, el 10 de diciembre de 2020.
2. ENVÍESE la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

FABIO OSPITIA GARZÓN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria