

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

STP573-2022

Radicación n°. 121154

Acta 11

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintidós (2022).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación instaurada por LUIS ALFONSO FORERO ROA en calidad de PROCURADOR 275 JUDICIAL I PENAL, contra el fallo proferido el 26 de noviembre de 2021, por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE VILLAVICENCIO, mediante el cual negó las pretensiones de la acción de tutela formulada contra los JUZGADOS SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO y NOVENO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS del mismo distrito judicial, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de JOSÉ HERNANDO MOYANO. Al trámite se vinculó a las partes e intervinientes en el proceso radicado bajo el No. 2021-01910.

Manifestó el PROCURADOR 275 JUDICIAL I PENAL DE VILLAVICENCIO que en el proceso radicado bajo el No. 2020-01910, se realizó el 2 de junio de 2021, ante el Juzgado Noveno Penal Municipal con función de Control de Garantías la audiencia de legalización de captura en contra de José Hernando Moyano.

Además, se le formuló imputación al citado ciudadano, por la supuesta comisión del delito

de actos sexuales con menor de catorce años y, a petición de la delegada fiscal, le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, pese a la oposición que presentó contra el último acto procesal, debido a que la conducta era atípica, pues «se enmarcaba dentro del contexto de exhibicionismo o no satisfacía la inferencia razonable de autoría del procesado».

Adujo que contra la declaratoria de legalidad de la captura instauró los recursos de reposición y apelación, mientras que contra la imposición de medida de aseguramiento solo la alzada, por lo que las diligencias fueron asignadas al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio, autoridad que el 20 de octubre del pasado año, confirmó las decisiones recurridas.

Luego de señalar los argumentos expuestos por el representante de la Fiscalía para la imposición de la citada medida, indicó que se había opuesto a la misma por: «(i) la ausencia de construcción de inferencia razonable; (ii) del contenido de la denuncia y los elementos probatorios (denuncia y entrevista a la víctima) solo se desprende que el imputado, realizó exhibición de sus órganos genitales a la menor víctima y le hacía señas con la mano para llamarla; (iii) fue en un contexto, (...) de corta duración o fugaz», por lo que no se configuraba el delito endilgado.

Relacionó los argumentos expuestos por las autoridades demandadas, frente a los cuales refirió que existió ausencia de motivación, además se presentó una indebida valoración probatoria, pues de los elementos materiales probatorios se estructuraba el «delito de exhibicionismo (sic)» y no el de actos sexuales, por lo que no había lugar a imponer medida de aseguramiento.

En ese contexto, pidió el amparo del derecho al debido proceso y libertad. En consecuencia, que se dejaran sin efecto las decisiones del 2 de junio y 20 de octubre de 2021 y ordenara la libertad inmediata de José Hernando Moyano.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio negó la protección invocada, al considerar que lo que pretendía el accionante por vía de tutela era imponer su criterio, pese a que los Juzgados accionados analizaron los argumentos expuestos por el hoy demandante y determinaron que se cumplían los presupuestos para la imposición de la medida de aseguramiento.

Indicó que el debate que propone el actor es propio del juicio oral, oportunidad en la que se determina si la conducta desplegada por el procesado es «típica, antijurídica y culpable» y no por vía constitucional, a lo que se suma que al interior del proceso penal puede pedir la revocatoria de la medida de aseguramiento y se trata de un proceso en curso.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el PROCURADOR 275 JUDICIAL I PENAL la impugnó e indicó que para acudir a la acción de tutela no se requiere haber solicitado la revocatoria de la medida de aseguramiento o esperar hasta el juicio oral, en tanto aquella fase es más exigente que las audiencias preliminares.

Adujo que no pretende utilizar la acción de tutela como una instancia adicional, sino garantizar los derechos del procesado, dado que las autoridades demandadas incurrieron en vía de hecho por «ausencia de motivación adecuada y defecto fáctico», por lo que pidió la revocatoria del fallo impugnado y la concesión de la tutela presentada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 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

Villavicencio.

2. La acción de tutela es un mecanismo de protección excepcionalísimo cuando se dirige en contra de providencias judiciales y su prosperidad va ligada al cumplimiento de rigurosos requisitos de procedibilidad que esta Corporación, en posición compartida por la Corte Constitucional en fallos C-590 de 2005 y T-332 de 2006, entre otros, ha venido acogiendo y que implican una carga para el actor, no sólo en su planteamiento, sino también en su demostración.

Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, ameritan que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Además, 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.

Igualmente, exige la jurisprudencia 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; así mismo, 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 de la parte actora.

Además, «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»² y que no se trate de sentencias de tutela.

De otra parte, los requisitos de carácter específico han sido reiterados en pacífica jurisprudencia a partir de la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, los cuales son: (i) defecto orgánico; ii) defecto procedimental absoluto; (iii) defecto fáctico; iv) defecto material o sustantivo; v) error inducido; vi) decisión sin motivación; vii) desconocimiento del

precedente y viii) violación directa de la Constitución.

De manera que, la procedencia de la tutela contra una decisión emitida por un juez de la República se habilita, únicamente, cuando se presente al menos uno de los defectos generales y específicos sintetizados en este capítulo.

3. Ahora, en el presente caso, el accionante cuestiona por vía de tutela las providencias emitidas el 2 de junio y 20 de octubre de 2021, a través de las cuales, los Juzgados Noveno Penal Municipal con función de Control de Garantías y Segundo Penal del Circuito de Villavicencio, en primera y segunda instancia, respectivamente, impusieron a JOSÉ HERNANDO MOYANO medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Al respecto, advierte la Sala que se cumplen en este caso los presupuestos generales de procedencia del amparo contra providencias judiciales, pues se trata de un asunto de relevancia constitucional, en razón a que se indica la presunta afectación de los derechos fundamentales de JOSÉ HERNANDO MOYANO, quien no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, pues al interior del proceso penal se hizo uso de los medios correspondientes contra la imposición de la aludida medida restrictiva de la libertad.

Además, el demandante acudió al amparo en un término razonable, contado a partir de la fecha de la providencia que resolvió el recurso de apelación -20 de octubre de 2021-, por lo que se cumple el presupuesto de la inmediatez, a lo que se suma que, se indicaron los fundamentos del amparo y no se cuestiona un fallo de tutela.

Superados los requisitos de carácter general, corresponde a la Sala verificar si se presenta alguno de los presupuestos de carácter específico atrás reseñados, a efecto de determinar la procedencia de la protección invocada.

En ese orden, para resolver la impugnación, se debe tener en consideración las

competencias del juez de control de garantías en punto de la imposición de medidas de aseguramiento dentro del proceso penal, bajo las reglas que fijó esta Sala a partir del fallo CSJ STP7721 – 2019, las cuales fueron reiteradas en reciente pronunciamiento y luego valorará si lo resuelto por los Juzgados accionados lesionaron los derechos de JOSÉ HERNANDO MOYANO.

Al respecto dijo esta Sala de Decisión³:

Los arts. 306 a 316 del Código de Procedimiento Penal regulan las medidas de aseguramiento. En la audiencia que debe surtirse para decretarlas, la Fiscalía y la representación de víctimas tienen la carga de motivar su postulación para solicitarlas y el juez de control de garantías emitir su decisión, ambos, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

i) La inferencia razonable de participación del imputado en la conducta. Para tales efectos, deben presentarse y explicarse las evidencias físicas y otra información legalmente obtenida, con la que se acredite, en el nivel de conocimiento establecido en la ley, que el delito ocurrió y que el imputado es autor o partícipe.

ii) La necesidad de la medida contra el imputado. Para ello, tanto el solicitante al formular la petición, como el juez al resolverla, deben evaluar los siguientes factores:

a. Factores no procesales, que desarrollan los arts. 310 y 311 del Código de Procedimiento Penal, que disponen la imposición de la medida restrictiva de la libertad cuando el imputado represente un peligro para la seguridad de la comunidad (posibilidad de reiteración de la conducta o comisión de otras), o pueda inferirse razonablemente que atentará contra la víctima, sus familiares o sus bienes.

b. Factores procesales, previstos en los cánones 309 y 312, que disponen la procedencia de la restricción de la libertad cuando existan «motivos graves y fundados» que den cuenta

de que el imputado podría no comparecer al proceso y/o afectar la actividad probatoria.

iii) La elección del tipo de medida a imponer. En esta etapa, es carga de los involucrados en la diligencia indicar cuál de las medidas de aseguramiento previstas en el art. 307 del Código de Procedimiento Penal se habrá de imponer (privativa o no privativa de la libertad), y luego exponer los motivos por los que dicha medida es la procedente.

Para ello, deberán tenerse en cuenta: (i) las previsiones normativas aplicables, esto es, las que permiten la imposición de medida de detención en establecimiento carcelario (como el art. 313); (ii) las que prohíben el decreto de una medida distinta a la de privación de la libertad intramuros (v. gr. el art. 199 de la Ley 1098 de 2006); y (iii) si resulta procedente una medida no privativa de la libertad, cuando la misma pueda ser suficiente para alcanzar el fin perseguido (parágrafo 2º del art. 307 y art. 308).

En este proceso, es necesario llevar a cabo el juicio de proporcionalidad, orientado a que se evalúe si la medida solicitada resulta adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto, a través de un balance de los intereses que se confrontan, esto es, el derecho fundamental que se afecta con la imposición de la medida y el fin constitucional que se busca proteger al decretarla (Art. 295 y 296 de la Ley 906 de 2004).

Como tercer aspecto, habrán de evaluarse los problemas jurídicos atinentes a las particularidades del caso como, por ejemplo, la posibilidad de imponer una medida más o menos grave que la solicitada por la Fiscalía o la víctima.

En ese orden, procede la Sala a revisar las decisiones que a juicio del accionante vulneraron los derechos fundamentales del procesado JOSÉ HERNANDO MOYANO.

Al respecto se tiene que en audiencia del 2 de junio de 2021, la Fiscalía solicitó al Juzgado Noveno Penal Municipal con función de Control de Garantías de Villavicencio, imponer al citado implicado la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en

establecimiento carcelario.

Luego de escuchar los argumentos del representante del Ministerio Público hoy accionante, -los cuales coinciden con los señalados en la demanda de tutela-, y la defensa, la titular del despacho en cita, resolvió imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, al considerar que se cumplían los presupuestos establecidos en los artículos 308 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

En ese sentido, indicó que de conformidad con el artículo 306 de la norma en mención, le corresponde al ente fiscal argumentar la solicitud de medida de aseguramiento, petición que, en criterio del Ministerio Público, fue equivocada en punto de la motivación de la inferencia razonable de autoría.

Respecto a la oposición presentada por el representante del Ministerio Público, refirió la Juez Novena Penal Municipal con función de Control de Garantías, que el representante de la Fiscalía había asumido la carga argumentativa que le correspondía.

Acto seguido hizo alusión a la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años, de conformidad con los artículos 209 y 212 del Código Penal, que le fue imputada a JOSÉ HERNANDO MOYANO, luego de lo cual hizo alusión a los hechos atribuidos y los elementos materiales probatorios presentados por el representante del ente acusador, -denuncia, entrevista rendida por la presunta menor víctima-informe, para concluir que:

[...] existen esos elementos materiales probatorios suficientes y amplios para dar cuenta de la materialidad de esa conducta por la cual se ha formulado previamente la imputación en contra de JOSÉ HERNANDO MOYANO.

Quiero aludir como en este caso concreto no es la multiplicidad de las manifestaciones que se hagan en torno al mismo sentido, no es la imposibilidad sobre que la progenitora hubiere percibido este momento específico de la masturbación, una situación que descarte de plano

como así se pretendiera en los argumentos presentados en la oposición a la existencia de estos hechos y de contera a la existencia de este delito.

No se exige que los elementos sean unívocos en señalar que exista el acto masturbatorio, se exige para este estadio procesal una inferencia razonable sobre que ese comportamiento pudo ser así, sobre que estamos posiblemente frente a ese delito tipificado en el artículo 209 del Código Penal y circunstancias adicionales en torno a la claridad y certeza o convicción frente a ese aspecto deben ser debatidos necesariamente en juicio, pero aún con estos elementos materiales probatorios insipientes, en efecto aun no sometidos a contradicción la posición que presenta esta funcionaria judicial es la de indicar como preliminarmente estamos orientados a la ejecución de ese tipo penal, como quiera que se habrían desplegado esos comportamientos que traspasan ese simple exhibicionismo y esa simple conducta de mostrar el área genital, los órganos genitales, las zonas erógenas y sumado a que, acompañado de ese comportamiento, de ese ejercicio de eminente connotación sexual, pues claramente se trasgrede ese bien jurídico legalmente protegido que es reclamado por parte del legislador a partir de la proscripción de este tipo de comportamientos.

[...] no es necesariamente la duración lo que determina la potencialidad de la afectación, [...] ha sido clara la jurisprudencia, la doctrina en torno a que el comportamiento se estructura desde la observación de esa connotación libidinosa, desde la observación de ese contexto sexual y desde la capacidad de que el acto desplegado tenga la potencialidad de incitar el instinto sexual transgrediendo entonces esa libertad en cabeza de todas las personas, pero especialmente de los menores de edad, de desarrollar su conocimiento y su actividad sexual por propia voluntad y no motivada en unos actos externos que los obliguen prematuramente a reconocer esos aspectos, a que por su corta edad no están llamados.

De manera que, en criterio de esta funcionaria judicial se dan esos aspectos bajo los cuales se puede configurar la materialidad de esa conducta y bajo los cuales también se puede

estructurar mínimamente ese juicio de atribución en cabeza del señor JOSÉ HERNANDO MOYANO, producto de ese señalamiento que hubiere hecho la progenitora en torno a que era aquel quien se encontraba exhibiendo su pipi o su miembro viril a una menor de edad y que fuera esta la persona capturada en situación de flagrancia (...) no hay una situación que pueda rebatirse en torno a que quien estaba allí acostado en su propia habitación, realizando esa exhibición del área genital llamando a la menor de edad, fuera JOSÉ HERNANDO MOYANO⁵.

Igualmente, indicó que la libertad del procesado representaba un peligro para la comunidad, de conformidad con el numeral 6 del artículo 310 del Código Penal, pues de acuerdo con lo expuesto por el fiscal, la presunta víctima era una menor de 3 años, los hechos se presentaron en un «inquilinato» en el que habitaban más personas, por lo que el comportamiento resultaba grave y el mismo estaba prohibido por la ley penal y la pena mínima para el delito imputado por el ente acusador era de 9 años.

Así mismo, refirió que el accionante había sido condenado por un hecho similar y varias capturas por situaciones de igual contenido, lo que dejaba entrever la proclividad del procesado, a lo que se suma que la posible víctima era una menor de 3 años de edad.

Acto seguido, señaló que las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad no resultaban eficaces para proteger a la comunidad, máxime que el procesado en varias ocasiones había trasgredido la ley penal y no variaba su comportamiento y la detención domiciliaria tampoco era procedente por expresa prohibición legal, por lo que la única medida razonable e idónea era la intramuros.

Dicha decisión fue apelada por el PROCURADOR JUDICIAL PENAL 275, hoy accionante, por lo que las diligencias fueron remitidas a los Juzgados Penales del Circuito de Conocimiento, asignándosele el proceso al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio, que el 20 de octubre siguiente, resolvió confirmarla, al considerar que:

En lo atinente a una presunta carencia argumentativa por parte del delegado fiscal al momento de sustentar la inferencia razonable como fundamento para la imposición de la medida de aseguramiento, el Despacho advierte que, aunque la misma no fue la más elocuente, si conllevaba un respaldo probatorio suficiente para respaldar su petición, y en ese sentido, el a quo valoro los EMP a que hizo referencia el delegado fiscal, y en consecuencia, tomar la decisión que en derecho correspondía, sin que ello significara, en ningún momento, suplir la carga argumentativa del titular de la acción penal, razón por la cual, el suscrito no acogerá el planteamiento del recurrente.

De otra parte, y habiéndose decantado en párrafos anteriores, la concurrencia de la inferencia razonable de autoría de José Hernando Moyano en el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, al verificarse la concurrencia de esos actos masturbatorios, solo le resta al suscrito pronunciarse en lo relativo a si lo que el recurrente denominó “acto masturbatorio fugaz”, comporta la potencialidad para causar una afectación en la menor víctima.

Frente a ello, el suscrito debe aclarar en primera medida que no obra en el plenario dictamen psicológico al respecto, ello atendiendo a lo prematura de la etapa investigativa, no obstante, la legislación penal y al jurisprudencia, no han establecido una tarifa legal que defina en una línea temporal respecto de cuando un acto puede generar o no afectaciones al sujeto pasivo de la acción, en este sentido, en este estadio procesal sería irresponsable descartar la concurrencia de ese posible daño, máxime si se tiene en cuenta que la presunta víctima es una menor de tan solo 3 años.

Por lo demás, el Despacho considera que efectivamente el imputado resulta un peligro para la comunidad, debido al riesgo de continuación de la actividad delictiva, pues se tiene que en el año 2019 recibió una condena por unos hechos similares, aunado a las múltiples capturas donde el actuar ha sido muy parecido, situación que lleva al Despacho a conminar, en primera medida a su defensa técnica, para que esas circunstancias sean tenidas en

cuenta durante el desarrollo del proceso penal.

Ello aunado a la concurrencia del artículo 310, numeral 6 del CPP, que establece que se considera un peligro para la sociedad el imputado que quien se infiere razonablemente la autoría de punibles por abuso sexual sobre menores de 14 años, lo que a su vez, se constituye como requisito subjetivo para la procedencia inmediata para la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad.

En todo caso, ha de quedar claro que este es un juicio ex ante, del juicio oral que es la audiencia principal donde se valoraran ya no EMP, sino todos los medios de prueba, y que en el evento de perseverar los mismos que hasta ahora existen, ello redundaría necesariamente a hacer prevalecer la presunción de inocencia⁶.

En ese orden, considera la Sala que no se advierte que las autoridades demandadas hubiesen incurrido en vía de hecho por falta de motivación o por defecto fáctico en las decisiones que definieron la imposición de medida de aseguramiento en centro carcelario, pues en ellas se expuso de manera clara las razones por las cuales era procedente la medida, de acuerdo con las normas que regulan la materia y de conformidad con los elementos materiales probatorios presentados por el fiscal del caso.

De manera que, no puede concluirse que las providencias objeto de controversia por vía de tutela, constituyan una vía de hecho en los términos que lo plantea el demandante, como que de igual manera no puede aducirse con grado de acierto la existencia de algún defecto capaz de configurar una causal de procedencia del amparo, toda vez que respondió a las consideraciones del caso concreto, contrario al querer del actor que pretende convertir la vía constitucional en una tercera instancia, trayendo a esta sede una controversia legal, que escapa a la función constitucional inherente al proceso de tutela.

A lo anterior se suma que, dichas decisiones se emitieron en aplicación del principio de autonomía e independencia judicial, contemplados en el artículo 229 de la Constitución

Política, sin que se advierta procedente la intervención del juez de tutela.

Finalmente, advierte la Sala, acorde con lo señalado por la primera instancia, que el procesado aún puede solicitar la sustitución de la medida de aseguramiento o su revocatoria, «presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308», de conformidad con lo establecido en los artículos 314 y 318 de la Ley 906 de 2004.

Incluso, si lo que pretende discutir es la adecuación jurídica que hizo la Fiscalía del comportamiento, es el proceso penal el escenario idóneo para agotar tal discusión, considerando el carácter residual de la acción de tutela.

Por lo anterior, lo procedente será confirmar el fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA No. 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1º. CONFIRMAR el fallo impugnado.

2º. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3º. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

1 Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente.

2 Ibídem.

3 En la providencia CSJSTP16280 del 26 Nov. 2019.

4 A partir del minuto 02:57:30 de la audiencia del 2 de junio de 2021.

5 Minuto 03:13:36 y ss, audiencia del 2 de junio de 2021.

6 Decisión anexa.