

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA**

Magistrado Ponente: MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Aprobado mediante acta No. 151

Arauca, mayo veintisiete (27) de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO: 81-001-22-08-000-2021-00026-00
ACCIÓN: TUTELA PRIMERA INSTANCIA
ACCIONANTE: JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ
ACCIONADO: JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede este Tribunal a resolver la acción de tutela formulada por JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ, a través de su apoderado judicial, contra el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción, libertad personal y seguridad jurídica.

ANTECEDENTES

Según el escrito presentado, JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ fue capturado en diligencia de registro y allanamiento el 24 de febrero de 2021, y puesto a disposición del JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE TAME con función de control de garantías, autoridad judicial que el día siguiente legalizó el procedimiento de captura en situación de flagrancia, y después que la Fiscalía le imputó el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes y municiones, le impuso la medida de detención preventiva en establecimiento de reclusión al interior del Radicado No. 81-794-60-01-227-2021-00044-00.

Aseguró el apoderado judicial del actor, que inconforme con la legalización de captura y la imposición de medida de aseguramiento, interpuso el recurso de apelación señalando

básicamente que la situación de flagrancia y la inferencia razonable de autoría, a la que aludió la Fiscalía y estimó probada el Juez de primera instancia, realmente no existieron, toda vez que si bien en el inmueble donde residía su prohijado junto con otras personas se encontró un arma de fuego, tal fue descubierta en el cuarto de su exsuegra, Elviatila Navas Durán, y debajo de su cama, sitio que estaba por fuera de la esfera de dominio del señor PÉREZ ORTIZ.

Afirmó que el 21 de abril de 2021, la JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA confirmó las dos decisiones apeladas para lo cual argumentó, *"el hallazgo del arma de fuego se dio en cumplimiento de una orden de registro y allanamiento, la cual estaba motivada por información de que el señor Pérez Ortiz, presuntamente guardaba armas de fuego y elementos relacionados con intendencia (sic) pertenecientes al ELN, en su lugar de residencia, situación que, aunado al hallazgo del arma de fuego en su domicilio, la cual se encontraba dentro de su dominio al ser éste el poseedor del bien objeto de allanamiento, permitía la configuración... de lo establecido en el numeral 1 del artículo 301 del C.P.P."* y, aclaró, que con el material probatorio allegado se acreditaba la procedencia de la medida de aseguramiento, ya que para ese momento procesal no se requería certeza de la comisión del delito.

Manifestó, que la titular del Juzgado accionado al resolver el recurso de apelación no analizó los elementos probatorios que se aportaron para demostrar que en la residencia donde se halló el arma de fuego su prohijado vivía con más personas y, además, que el lugar donde se encontró estaba por fuera de su control, valoración que debió hacerse por el *ad quem* para resolver la impugnación, toda vez que aunque la responsabilidad penal del señor ABELINO PÉREZ será debatida en el juicio oral ello no implica que en las etapas preliminares no proceda un estudio serio del material probatorio aportado por las partes, en procura de establecer si realmente se acreditó la situación de flagrancia y la inferencia razonable de autoría para la privación de la libertad.

Destacó, además, que la acción de tutela en este caso es procedente porque se cumplen todos los requisitos generales de procedibilidad que estableció la Corte Constitucional para ello, en cuanto: *(i)* el asunto tiene relevancia constitucional al estar de por medio los derechos fundamentales a la libertad personal, debido proceso y derecho de defensa de su prohijado; *(ii)* se agotaron los mecanismos de defensa judicial que previó el legislador al interponerse el recurso de apelación contra la legalización de captura e imposición de medida de aseguramiento; *(iii)* se satisface el requisito de inmediatez, pues la decisión controvertida se emitió el 21 de abril de 2021 y a la fecha persiste la

vulneración de los derechos; (iv) fue la omisión de la JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA en valorar los EMPS aportados por la defensa lo que generó la aludida transgresión; (v) se identificó de manera razonable tanto los hechos que ocasionaron la vulneración como los derechos quebrantados, y; (vi) la providencia cuestionada no es una sentencia de tutela.

Añadió, que el requisito específico de procedencia que se configura en este caso es el defecto fáctico, ya que la JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA incurrió en una flagrante vía de hecho cuando, sin exponer mayores argumentos y sin analizar los elementos probatorios aportados por las partes, confirmó los proveídos del JUZGADO SEGUNDO PROMISCO MUNICIPAL DE TAME.

Con base en lo anterior, solicitó se tutelaran los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción y libertad personal de JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ y, en consecuencia: (i) se declarara la nulidad del auto del 21 de febrero de 2021 proferido por la JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA, ordenándosele lo fallara nuevamente en derecho, y; (ii) se otorgara la libertad inmediata del accionante.

SINOPSIS PROCESAL

Asignada como fue por reparto la acción de la referencia el 12 de mayo de 2021¹ se le imprimió trámite ese mismo día², requiriéndose al Dr. Bernardo Alexis Arguello Daza para que, en el término máximo de dos (2) días, allegara el poder debidamente conferido que lo habilitaba para interponer acciones de tutela a favor del señor JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ, so pena de decretarse su rechazo conforme a lo establecido en el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991.

Aportado el poder especial³ otorgado al Dr. Arguello Daza para asistir al señor PÉREZ ORTIZ en esta acción constitucional en protección de sus derechos fundamentales, mediante providencia del 19 de mayo de 2021⁴, se admitió la tutela contra el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA y se vinculó a dicho trámite al JUZGADO SEGUNDO PROMISCO MUNICIPAL DE TAME como accionado, y al Dr. Luis Antonio Trujillo

¹ Cdno digital del Tribunal Ítem 6.

² Cdno digital del Tribunal Ítem 9 Fls. 1 y 2.

³ Cdno digital del Tribunal Ítem 11 Fls. 1 y 4.

⁴ Cdno digital del Tribunal Ítem 13 Fls. 1 y 2.

Toscano, FISCAL 12 SECCIONAL DE TAME, como tercero con interés, solicitándose a los Despachos accionados rindieran el informe pertinente en el término de dos (2) días.

Igualmente, se pidió a los Despachos judiciales involucrados informaran los nombres y datos de ubicación de los sujetos procesales que han intervenido en el proceso penal que se tramita contra el señor PÉREZ ORTIZ; se les solicitó copia digitalizada del expediente de control de garantías para realizar la correspondiente inspección judicial, y; se reconoció personería jurídica al apoderado del accionante.

Acto seguido, en auto del 24 de los corrientes⁵, se vinculó al presente trámite como terceros con interés al señor Juan Carlos Villate Camargo y al JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARAUCA, el primero, por ser el Delegado del Ministerio Público que interviene en la causa que se adelanta contra JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ y, el segundo, por tratarse del Despacho judicial que tiene a su cargo el conocimiento del proceso 2021-00044-00 en fase de juzgamiento.

INFORME DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

1. EL JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE TAME, mediante oficio No. SJ-350 remitido a la secretaria de este Tribunal el 20 de mayo de 2021⁶, contestó el requerimiento hecho en el auto admisorio y, en consecuencia, suministró los nombres y datos de ubicación de los intervinientes en el proceso penal con Radicado No. 81-794-60-01-227-2021-00044-00, y aportó el link del expediente digital del citado proceso.

Seguidamente, en escrito allegado a esta Corporación el 25 de mayo de 2021⁷ el titular de dicho Juzgado expuso, que el 25 de febrero de 2021 se adelantaron en ese Despacho las audiencias preliminares de legalización de allanamiento, de incautación de elementos y de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ, oportunidad en la que se legalizaron los tres primeros procedimientos; el procesado manifestó no aceptar los cargos imputados por el delegado de la Fiscalía, y; se le impuso detención preventiva en establecimiento carcelario como medida de aseguramiento.

⁵ Cdno digital del Tribunal Ítem 18 Fl. 1

⁶ Cdno digital del Tribunal Ítem 15 Fls. 1 y 2.

⁷ Cdno digital del Tribunal Ítem 20 Fls. 1 a 3.

Precisó, además, que el defensor contractual del señor PÉREZ ORTIZ inconforme con la legalización de la captura y la imposición de medida de aseguramiento apeló tales decisiones, que fueron confirmadas por el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA como respuesta al recurso interpuesto.

Señaló también que ese Despacho no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante; que la providencia cuestionada se adoptó dentro del marco constitucional y legal vigente, sin que de ella pueda desprenderse una vía de hecho que amerite la intervención del juez de tutela; que en el presente asunto, si bien el apoderado judicial de JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ aduce la configuración de un defecto fáctico, no se dan los presupuestos para ello, toda vez que la medida de aseguramiento se impuso después de hacerse un análisis acucioso de los elementos probatorios que aportaron las partes en el desarrollo de la actuación preliminar. Pidió, por lo tanto, declarar improcedente la acción constitucional.

2. EL JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA, mediante oficio No. 3605 remitido a la secretaria de esta Corporación el 24 de mayo de 2021⁸, se pronunció frente a la acción de tutela señalando, que en efecto el 21 de abril de la presente anualidad resolvió recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ contra la legalización de captura e imposición de medida de aseguramiento decretada por el JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE TAME el 25 de febrero del año en curso, dentro del Radicado No. 81-794-60-01-227-2021-00044-00 que contra aquél se adelanta por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Explicó que en dicha decisión, después de analizar los argumentos expuestos y los elementos materiales probatorios allegados, concluyó que *"el procedimiento de captura en flagrancia se cumplió atendiendo a las garantías constitucionales que cobijan al capturado, pues no fue objeto de malos tratos injustificados, se le informó del motivo de la captura, del derecho a guardar silencio y tuvo la oportunidad de comunicarse con un abogado y un familiar, resaltándose además que el señor JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ fue capturado en situación de flagrancia por los funcionarios de Policía Judicial en el momento en que fue encontrada un arma de fuego en su lugar de domicilio, sin que esto implique a priori juicios de responsabilidad del mismo, pues será en la etapa procesal pertinente en la que se discutan tales aspectos"* y, para confirmar la imposición de la medida de aseguramiento corroboró que se cumplían los requisitos objetivos y subjetivos previstos en los artículos 306, 308, y 313 del C.P.P.

⁸ Cdno digital del Tribunal Ítem 16 Fls. 1 a 3.

Asimismo, dijo, que la vulneración de derechos fundamentales alegada por el apoderado de JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ no existe toda vez que en primera instancia el JUEZ SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE TAME consideró, que se daban los presupuestos para impartir legalidad al procedimiento de captura en flagrancia del accionante e imponerle medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, y contra esas decisiones se interpuso recurso de apelación que se resolvió el 21 de abril de 2021, cumpliéndose entonces con lo estipulado en la norma procedimental penal.

Finalmente, acotó, que no había incurrido en "*una flagrante vía de hecho*", como lo sostenía el defensor del actor, ya que al resolver el recurso vertical analizó los argumentos de las partes e intervinientes y los elementos materiales probatorios allegados por éstos.

3. EL JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARAUCA, mediante oficio No. 01081 enviado a la secretaria de esta Corporación el 25 de mayo de 2021⁹, informó que conoce el proceso penal con Radicado No. 81-794-60-01-227-2021-00044-00, que cursa contra JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, asignado por reparto el 23 de abril de 2021.

Aclaró, que debido a que en la agenda del Despacho no hay disponibilidad para realizar la audiencia de formulación de acusación en los meses de junio, julio y agosto, la misma se fijó para el 27 de septiembre de 2021 a las 11:00 a.m.

4. Dentro del presente trámite no se pronunciaron los demás vinculados a la actuación.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que la acción de tutela ha sido instituida como mecanismo ágil y expedito para que todas las personas reclamen ante los jueces de la República la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quieran que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley.

⁹ Cdo digital del Tribunal Ítem 21 Fls. 1 a 2.

1. La competencia del Tribunal

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela conforme a lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, y en el numeral 5° del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por los artículos 1° del Decreto 1983 de 2017 y 1° del Decreto No. 333 de 2021, como quiera que entre las autoridades accionadas se encuentra un Juzgado del Circuito del Distrito Judicial de Arauca, respecto del cual esta Corporación es superior funcional.

2. Problema jurídico.

De los hechos y razones que planteó el accionante en su escrito, se desprende, que corresponde a la Sala determinar si el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA le vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción y libertad personal, al proferir decisión de segunda instancia el 21 de abril de 2021 dentro del proceso penal con Radicado No. 81-794-60-01-227-2021-00044-00, mediante el cual confirmó la legalización de captura y la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario impuesta a JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (*art. 365 C.P.*), pues en su sentir dicho proveído se adoptó sin analizar ni tener en cuenta los elementos materiales probatorios allegados por la defensa ni los argumentos expuestos por dicha parte procesal.

3. Precisiones jurídicas previas respecto de la tutela contra providencia judicial. La subsidiaridad.

La prosperidad de la tutela contra providencias judiciales está supedita al cumplimiento de dos tipos de requisitos: los generales y los especiales. Los primeros hacen referencia a los supuestos mínimos que debe cumplir la solicitud de amparo para que el juez constitucional pueda examinar de fondo el asunto; los segundos aluden a los errores o defectos en que se ha incurrido en la resolución judicial que se pretende debatir y que, de verificarse, significaría que la decisión desconoció la protección de los derechos fundamentales del accionante.

De este modo, se deben cumplir todos los requisitos generales para que el juez constitucional realice el estudio del asunto y, luego, en la providencia debe tipificarse al menos uno de los requisitos especiales para que se ampare el derecho al debido proceso.

Por eso no basta con mencionar los defectos, sino que es imperativo cumplir con la carga argumentativa que sustente la configuración de los mismos.

En cuanto a los requisitos generales, la Corte Constitucional ha establecido diversas condiciones procesales que deben verificarse a cabalidad para habilitar el estudio posterior de las denominadas causales específicas de procedibilidad, enunciadas de la siguiente manera en la Sentencia SU-108 de 2018:

"(...) (i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios de defensa judiciales al alcance; que se cumpla el principio de inmediatez; si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en el proceso; que se identifiquen, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y (vi) que no se trate de una tutela contra otra tutela."

La relevancia constitucional de la cuestión estudiada exige que el asunto bajo examen involucre garantías superiores y no se trate cuestiones de competencia exclusiva del juez ordinario. De ahí que deba verificarse que se trate de un asunto que tenga la potencialidad de afectar los derechos fundamentales de las partes.

El agotamiento de todos los medios de defensa judicial, requiere que la parte activa haya desplegado todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. Excepcionalmente, este criterio puede flexibilizarse ante la posible configuración de un perjuicio irremediable.

En virtud del requisito de inmediatez la acción debe presentarse en un término proporcional y razonable, contado a partir de la ocurrencia del hecho que originó la vulneración, presupuesto que es exigido con el propósito de procurar el respeto de la seguridad jurídica y la cosa juzgada, pues, de lo contrario, las decisiones judiciales estarían siempre pendientes de una eventual evaluación constitucional.

Con fundamento en la trascendencia de la anomalía procesal presente en la providencia atacada, se exige que únicamente las irregularidades violatorias de garantías fundamentales tengan la entidad suficiente para ser alegadas por vía de tutela, y que se excluyan las no invocadas en el proceso o subsanadas a pesar que pudieron haberse propuesto.

En lo atinente a la identificación razonable de los hechos que generan la vulneración de los derechos fundamentales, en la acción de tutela se deben individualizar clara y razonablemente las actuaciones u omisiones que configuran la infracción citada, argumentos que han debido plantearse dentro del proceso judicial, de haber sido posible.

Ahora bien, frente a las causales específicas de procedibilidad, la Corte Constitucional ha emitido un sinnúmero de fallos¹⁰ en los cuales ha desarrollado jurisprudencialmente los parámetros, a partir de los cuales el operador jurídico puede identificar aquellos escenarios en los que el recurso de amparo resulta procedente para controvertir los posibles defectos de las decisiones judiciales, en procura de determinar si hay o no lugar a la protección de los derechos fundamentales por esta vía. Producto de esa labor, en la sentencia C-590 de 2005 se precisaron las siguientes causales:

"Defecto orgánico, que ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia.

Defecto procedimental absoluto, que surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley.

Defecto fáctico, que se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión.

Defecto material o sustantivo, que tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión.

El error inducido, que acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales.

Decisión sin motivación, que presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan.

Desconocimiento del precedente que se configura cuando por vía judicial se ha fijado un alcance sobre determinado tema y el funcionario judicial desconoce la regla jurisprudencial establecida. En estos eventos, la acción de tutela busca garantizar la eficacia jurídica del derecho fundamental a la igualdad.

Violación directa de la Constitución, que se deriva del principio de supremacía de la Constitución, el cual reconoce a la Carta Política como documento plenamente vinculante y con fuerza normativa."

Además, en reciente pronunciamiento el Tribunal Constitucional explicó que la acción de tutela contra providencias judiciales es residual y excepcional por varios motivos, el primero, porque los procesos judiciales constituyen en sí mismos instrumentos de protección y realización de derechos, incluidos los fundamentales y, por lo tanto, es en

¹⁰ Ver entre muchas otras las sentencias T-620 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-612 de 2012, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-584 de 2012.

esos escenarios que se deben resolver *prima facie* las disputas que envuelven su aplicación a un caso concreto, a través de los recursos ordinarios y extraordinarios que establece el respectivo trámite, segundo, porque el principio de independencia judicial busca impedir que al momento de adoptar sus decisiones los jueces naturales del proceso se vean coaccionados por elementos ajenos a su discernimiento y al imperio de la ley y, tercero, porque los postulados de cosa juzgada y seguridad jurídica dotan de inmutabilidad e intangibilidad las decisiones judiciales, dictadas en las instancias de resolución definitiva de conflictos y de cierre de disputas jurídicas que, por consiguiente, el ordenamiento superior persigue salvaguardar como elementos necesarios para la convivencia pacífica¹¹.

3.1. Tutela contra providencias judiciales dictadas en procesos en trámite o en curso.

También la Corte Constitucional ha aclarado que el presupuesto de subsidiaridad, tratándose de acciones de tutela contra providencias judiciales, envuelve tres características que la hacen improcedente y que se presentan cuando: (i) se emplea para revivir etapas procesales donde se dejaron de agotar o se utilizaron indebidamente los recursos previstos en el ordenamiento jurídico; (ii) el asunto está en trámite, y; (iii) no se han agotado los medios judiciales de defensa¹².

Con respecto a la segunda característica, es decir, el evento en que el asunto está en trámite, la citada Corporación precisó en la Sentencia T-126 del 21 de marzo de 2019, lo siguiente:

*"ii) **El asunto está en trámite.** Esta Corporación ha determinado que el requisito de subsidiariedad cuando se atacan decisiones judiciales se puede presentar en dos escenarios: cuando el proceso ha concluido¹³ o cuando se encuentra en curso¹⁴. En el segundo de los casos la intervención del juez constitucional, en principio, está vedada en vista de que la acción de tutela no se constituye en un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario". (Subraya este Tribunal)*

¹¹ Sentencia T- 045 de 2021, M.P. Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

¹² Sentencia T- 126 de 2019, M.P. Dr. José Fernando Reyes Cuartas

¹³ Sentencia T-086 de 2007.

¹⁴ En la sentencia T-211 de 2009 la Corte precisó: "(...) *el amparo constitucional no se ha constituido como una instancia adicional para decidir conflictos de rango legal, ni para que los ciudadanos puedan subsanar las omisiones o los errores cometidos al interior de un proceso. En otras palabras, la Corte ha sostenido que la acción de tutela no es un medio alternativo, ni complementario, ni puede ser estimado como último recurso de litigio*".

Criterio que ha sido replicado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que en varias sentencias, proferidas en sede de tutela, entre ellas, las STP4810, STP4627, STP4452 y STP4450, todas del 2021, señaló que la intervención del juez de tutela en procesos en trámite o en curso desnaturaliza dicho mecanismo constitucional y socava los postulados de independencia y autonomía funcional que rigen la actividad de la rama judicial. Al respecto dijo:

*"También se ha explicado que las características de subsidiariedad y residualidad que son predicables de la acción de protección constitucional, aparejan como consecuencia que no pueda acudir a tal mecanismo excepcional de amparo para lograr la intervención del juez constitucional en **procesos en trámite**, porque ello a más de desnaturalizar su esencia, socava postulados constitucionales como la independencia y la autonomía funcionales que rigen la actividad de la Rama Judicial al tenor de la preceptiva contenida en el artículo 228 de la Carta Política"¹⁵. (Subraya y Resalta este Tribunal)*

Adicionalmente, el alto Tribunal en sentencia STP5001 del 2021 también destacó que la acción de tutela puede ejercitarse, excepcionalmente, para demandar la protección de derechos fundamentales que resulten quebrantados cuando en el trámite procesal se actúe y resuelva de manera arbitraria o caprichosa, o en aquellos eventos en que las providencias son expedidas desbordando el ámbito funcional o contrariando el ordenamiento jurídico, si pese a existir otro medio de defensa judicial éste no es eficaz e idóneo para la defensa de sus garantías, con el fin evitar la configuración un perjuicio irremediable. Así lo explicó:

*"Esta Sala de Decisión de Tutelas ha sostenido, **de manera insistente**, que la demanda de amparo tiene un carácter estrictamente subsidiario y, como tal, **no constituye un medio alternativo para atacar, impugnar o censurar las determinaciones expedidas dentro de un proceso judicial** (ver, entre otros pronunciamientos, CSJ STP19197-2017, STP265-2018, STP14404-2018 y STP8992-2019).*

De igual forma, se ha reiterado que, excepcionalmente, esta herramienta puede ejercitarse para demandar la protección de derechos fundamentales que resultan vulnerados cuando en el trámite procesal se actúa y resuelve de manera arbitraria o caprichosa, o en aquellos eventos en los cuales las providencias son expedidas desbordando el ámbito funcional o en forma manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico.

Esto es, al configurarse las llamadas causales de procedibilidad, o en el supuesto que el mecanismo pertinente, previamente establecido, es claramente inidóneo o ineficaz para la defensa de dichas garantías, suceso en el cual la protección procede como dispositivo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio de carácter irremediable"¹⁶. (Subraya y Resalta este Tribunal)

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 4 de mayo de 2021, rad. 115.984, STP4810-2021, siendo M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de abril de 2021, rad. 115.715, STP5001-2021, siendo M.P. Dr. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

4. Análisis del caso.

4.1. Antecedentes relevantes.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, se tiene, que JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ fue capturado el 24 de febrero de la presente anualidad en desarrollo de un allanamiento practicado al inmueble donde residía, siendo puesto a disposición del JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE TAME, autoridad que el 25 de febrero del 2021 impartió legalidad a la diligencia de allanamiento e incautación de elementos, así como al procedimiento captura, y después de imputársele cargos por el delito de fabricación tráfico porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes y municiones, al interior del Radicado No. 81-794-60-01-227-2021-00044-00, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión¹⁷.

Inconforme con la legalización de la captura y la imposición de medida de aseguramiento la defensa interpuso recurso de apelación, el cual se resolvió desfavorablemente por el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERA el 21 de abril de 2021, Despacho que consideró que en efecto se presentó la situación de flagrancia aludida por la Fiscalía y además se cumplían los requisitos objetivos y subjetivos para el decreto de la medida de detención preventiva impuesta¹⁸.

Adicionalmente, se advierte, que el 23 de abril de 2021 el conocimiento del proceso penal con Radicado No. 81-794-60-01-227-2021-00044-00, adelantado contra JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ por el delito de fabricación tráfico porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes y municiones, fue asignado por reparto al JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARAUCA, Despacho que señaló el 27 de septiembre de 2021 a las 11:00 a.m. como fecha para la celebración de la audiencia de formulación de acusación¹⁹.

4.2. Decisión del caso.

En el presente asunto la acción de tutela se formula contra el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERA, autoridad judicial a la que el peticionario endilga la presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción, libertad personal y seguridad jurídica.

¹⁷ Cdno digital del Tribunal Ítem 2 Fls. 2 a 6.

¹⁸ Cdno digital del Tribunal Ítem 2 Fls. 7 a 19.

¹⁹ Cdno digital del Tribunal Ítem 21 Fls. 1 a 2.

Pretende el accionante el amparo de los derechos fundamentales invocados, para que se proceda por esta vía excepcional a: (i) declarar la nulidad del auto proferido el 21 de febrero de 2021, a través del cual el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA confirmó la legalización de captura y la imposición de detención preventiva en centro de reclusión decretadas contra JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ; (ii) ordenar a dicho Despacho judicial vuelva a estudiar y desatar la impugnación, y; (iii) otorgar como consecuencia de ello la libertad inmediata de PÉREZ ORTIZ.

Como fundamento de tales peticiones, señaló el actor que en la providencia de febrero 21 de 2021 se configuró una flagrante vía de hecho, toda vez que no se analizaron los argumentos que expuso ni los elementos materiales probatorios que allegó para demostrar que el lugar donde se halló el arma de fuego estaba por fuera de la esfera de dominio del señor PÉREZ ORTIZ, y que en la vivienda donde él residía habitaban más personas.

Efectuadas las anteriores precisiones, y establecido como está que la acción de tutela en ningún caso podrá utilizarse como recurso procesal alternativo o suplementario, cuando las partes han contado o cuentan con los recursos propios de los procedimientos ordinarios judiciales, corresponde determinar entonces, si en este evento se satisfacen los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales, requisito indispensable para la emisión de un pronunciamiento de fondo respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de una decisión judicial cuestionada por esta vía.

En ese sentido, deberá establecerse en la presente oportunidad específicamente, si se agotaron los medios ordinarios y extraordinarios previstos en el ordenamiento para la protección de los derechos invocados y, para ello, resulta indispensable acotar en primer lugar, que es innegable que la controversia que se plantea a través de esta vía excepcional tiene su escenario propio y natural en el proceso penal con Radicado No. 81-794-60-01-227-2021-00044-00, que cursa en el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARAUCA contra JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes y municiones. Por lo tanto, de entrada, se advierte que es al interior de éste *–proceso–* donde se deben exponer las falencias aducidas por la defensa.

Adicionalmente, véase que en esencia de lo que se queja el apoderado del accionante es de la inferencia razonable de autoría que estimó acreditada tanto el JUEZ SEGUNDO PROMISCUO MUNICIPAL DE TAME como la JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA,

para declarar la legalización de captura y la imposición de medida de aseguramiento contra PÉREZ ORTIZ, proceder que dichas autoridades judiciales consideraron se ajustaba a los requisitos previstos para tales casos por el art. 308 de la Ley 906 de 2004, que en lo pertinente señala:

"REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga..."(Subraya y Resalta este Tribunal)

No obstante, la citada legislación también prevé que tales decisiones pueden seguirse cuestionando al interior del proceso penal, a través de la audiencia preliminar de revocatoria de medida de aseguramiento establecida en el artículo 318 de la Ley 906 de 2004, que dispone:

"SOLICITUD DE REVOCATORIA. Cualquiera de las partes podrá solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento, ante el juez de control de garantías que corresponda, presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308" (Subraya y Resalta este Tribunal)

Conforme a la citada normatividad es posible, entonces, solicitar revocatoria de la medida de aseguramiento, en este caso de la detención preventiva en establecimiento carcelario decretada contra PÉREZ ORTIZ, si se acredita ante un juez de control de garantías que no es necesaria para garantizar los fines constitucionales en que se fundamentó o, que los elementos de juicio aportados son suficientes para desvirtuar la inferencia razonable de autoría o participación que fue determinada en las audiencias preliminares de garantías, que es en síntesis lo que pretende derruir el apoderado judicial del accionante cuando sostiene, que en el inmueble donde se practicó la diligencia de allanamiento su prohijado residía con más personas, y que el arma de fuego que se halló e incautó no estaba en un área donde él tuviera dominio o control – *toda vez que se encontró en el cuarto de su exsuegra, debajo de su cama* –.

En suma, evidente resulta la improcedencia de la acción de tutela en un evento como este que se encuentra en trámite, pues está pendiente la realización de la audiencia de formulación de acusación²⁰, proceso donde hay disponibles medios de defensa judicial

²⁰ Fijada para el 27 de septiembre de 2021 a las 11:00 a.m.

que permiten invocar los argumentos expuestos en sede constitucional²¹, destacándose entre ellos la audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento, que puede solicitarse durante el trámite procesal cuantas veces se considere necesario.

Así lo concluyó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela de enero 28 de 2021, donde el accionante pretendía la nulidad de una providencia judicial aduciendo que la medida de aseguramiento se impuso, por un juez municipal de control de garantías y se confirmó por su superior, sin tener en cuenta que la Fiscalía no la había sustentado debidamente, para lo cual la citada Corporación señaló que la acción constitucional no era el mecanismo para cuestionar esa desavenencia, pues contaba con la audiencia de revocatoria consagrada en el art. 318 de la Ley 906 de 2004, y precisó sobre el tema:

*"La declaración de improcedencia de imposición de medida de aseguramiento, por indebida sustentación, debe provenir de un total y carente ofrecimiento de argumentos por parte del Ente Acusador, aspecto que en el presente asunto no se evidencia, pues independientemente que el defensor exprese desavenencias procesales o probatorias, **se trata de aspectos que debe zanjar en el devenir de la actuación ordinaria.***

*Aunado a lo anterior, el demandante cuenta con la posibilidad de **presentar revocatoria de la imposición de la medida de aseguramiento, ante un Juez de Control de Garantías, de conformidad con lo establecido en el artículo 318 de la Ley 906 de 2004, si estima que de nuevos elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida han desaparecido los requisitos requeridos legalmente para mantener la restricción preventiva a la libertad**"²². (Subraya y Resalta este Tribunal)*

En la misma sentencia, indicó el alto Tribunal que *"el debate de imposición de medida de aseguramiento no puede tener el grado de precisión y dialéctica propia de la adjudicación o exoneración de la responsabilidad penal que debe desarrollarse en el juicio y culminar con sentencia, con el alcance del conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, pues en este o en el escenario cautelar, la carga argumentativa del Ente Acusador es diferente"*.

Así también lo señaló en la STP12181-2020 de noviembre 24 de 2020, Radicado 113546, M.P. Dr. HUGO QUINTERO BERNATE, cuando en un caso de similares contornos fácticos

²¹ Como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de tutela penal STP4419-2021, de abril 8 de 2021, Radicado No. 115581, donde expuso: *Pues bien, se partirá por precisar que, razón asistió al A-quo al partir del presupuesto de que, frente a procesos en curso, la intervención del juez de tutela es improcedente, pues en efecto, el procedimiento -en este caso penal- en sí mismo, se convierte en el mecanismo de defensa judicial ordinario, al interior del cual pueden postularse, controvertirse y probarse todos los aspectos relacionado con la declaratoria de inocencia o culpabilidad.*

²² Corte Suprema de Justicia, sentencia del 28 de enero de 2021, rad. 114.236, STP1827-2021, M.P. Dr. Gerson Chaverra Castro.

y jurídicos, expresó: *"Por último, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 318 de la Ley 906 de 2004, es claro que LUIS ORLANDO CARVAJAL GAMBOA cuenta con la posibilidad de acudir nuevamente ante los jueces de control de garantías para solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento ordenada en su contra"*.

Adicionalmente, debe precisarse, que en el *sub-judice* tampoco se demostraron las razones que sustentan la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en el entendido que en modo alguno se acreditó de qué forma tal se configura en el presente caso de conformidad con los presupuestos exigidos por la jurisprudencia, relacionados con la inminencia, urgencia y gravedad de los hechos (CC T-226/07).

Ahora bien, no obstante la improcedencia de la tutela por las razones ampliamente expresadas, lo cierto es que hecha la revisión de lo decidido en segunda instancia de control de garantías por la JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA el 21 de abril de 2021, esta Colegiatura no evidencia que se haya omitido analizar los argumentos que expuso el defensor del actor ni los elementos materiales probatorios que allegó, como para señalar que estamos frente a una decisión arbitraria, caprichosa o contraria al ordenamiento jurídico, que habilite la intervención del juez constitucional y haga procedente la acción de tutela, toda vez que en tal proveído se plasmaron las razones que llevaron a la confirmación de las decisiones del juez de primer grado, y se analizaron los argumentos del recurrente.

Análisis que procede realizar en estos eventos para descartar algún asomo de capricho o arbitrariedad, como claramente lo ha dejado sentado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, al señalar:

"De hecho, la Sala observa que el proveído censurado no luce antojadizo, caprichoso o arbitrario, en la medida en que los razonamientos allí plasmados tienen como fundamento una interpretación razonable de las disposiciones legales y jurisprudenciales, así como el ejercicio de la discrecionalidad judicial en materia de apreciación probatoria".²³

"Sin embargo, es importante destacar que, precisamente por dirigirse la tutela contra una decisión de revocatoria de medida de aseguramiento emitida en sede de control de garantías, el A-quo revisó el contenido de las providencias que en ese de primera y segunda instancia resolvieron el asunto y concluyó que fueron razonables.

Posición que comparte la Sala, en la medida que, más allá de que los argumentos a los que acudieron las autoridades judiciales para negar en primera y segunda instancia la revocatoria de la medida de aseguramiento, fueron cortos y concretos, lo cierto es que, no por ello puede predicarse que existió una falta de motivación.

²³ CSJ STP12181-2020.

Por el contrario, a partir de la escucha de las audiencias celebradas ante los juzgados que conocieron el asunto en sede de control de garantías, la conclusión de no otorgar la revocatoria de la medida de aseguramiento fue el resultado de la valoración del juez de conocimiento bajo las reglas de la sana crítica”²⁴

Acorde con tal dinámica, se procede a revisar la razonabilidad de la decisión proferida por la JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA el 21 de abril de 2021:

Con relación a la situación de flagrancia.

*"Al respecto, el Abogado Defensor del procesado **JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ** considera que en el presente caso no se dan los presupuestos establecidos para considerar una situación de flagrancia, teniendo en cuenta que el capturado no fue sorprendido con el arma objeto de comiso y que la habitación en la cual se encontró el arma no era de su domicilio.*

*Frente a ello, en primer lugar debe señalarse que para la configuración del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones se tienen diferentes verbos rectores, de los cuales para el caso en concreto, de acuerdo a lo manifestado por el representante de la Fiscalía, es aplicable el verbo rector de "tener en un lugar". Por lo anterior, al ser sorprendido el señor **JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ** con la tenencia del arma en su lugar de domicilio, en efecto se presentó una situación de flagrancia de acuerdo a lo establecido en el numeral 1 del artículo 301 del C.P.P. Adicional a lo anterior, se debe recordar que los servidores de Policía Judicial se presentaron en el lugar de los hechos en razón a una orden de allanamiento y registro, la cual tenía fundamento en la inferencia de que el señor **JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ** presuntamente guardaba en su lugar de domicilio elementos relacionados con armas de fuego e intendencia pertenecientes al ELN, situación que, aunado al hallazgo del arma en su lugar de domicilio, la cual se encontraba dentro de su dominio al ser éste el poseedor del bien objeto de allanamiento, permiten fundamentar lo establecido en el numeral 1 del artículo 301 del C.P.P.*

...

Frente a las argumentaciones de la Defensa concernientes a desvirtuar la responsabilidad del procesado, es de indicar que en esta etapa procesal compete al juez de control de garantías hacer un control formal y material sobre la captura, verificando el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el Código de Procedimiento Penal y en la jurisprudencia, garantizando de esta forma los derechos del capturado, por lo cual es claro que no es la oportunidad para realizar juicios de responsabilidad, situaciones que se analizaran en el desarrollo del Juicio Público y Oral, por lo cual debe prevalecer esa presunción de inocencia de la que trata el artículo 7 del C.P.P., pues en este momento procesal puede aún existir duda sobre la culpabilidad del procesado en la comisión del punible, sin embargo, debe generarse una inferencia razonable de autoría o participación, tal como lo sustentó el señor Fiscal²⁵ (Subraya y Resalta este Tribunal)

Con relación a la imposición de la medida de aseguramiento.

"Para el caso en examen, encontramos que la Fiscalía sustentó su petición de imposición de la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario al imputado, por cuanto se configuran los presupuestos de la gravedad del delito y el peligro para la comunidad. Así mismo, refirió el Juez de instancia que se cumplen todos los requisitos legales y constitucionales para imponer la medida, es así como encontró procedente imponer la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario.

²⁴ CSJ STP4419-2021

²⁵ Ver págs. 7 y 9 del auto del 21 de abril de 2021.

*Los presupuestos formales a los que alude el artículo 308 del C.P.P. **se concretan en la inferencia razonable surgida de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida**, de que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva imputada, **lo que a todas luces quedó claro pues el señor Fiscal hizo una exposición completa de los elementos materiales probatorios recolectados y que sirven de sustento para la petición aquí estudiada**. Cabe resaltar que los elementos materiales probatorios presentados en esta etapa van dirigidos únicamente a demostrar esa inferencia razonable de autoría o participación del procesado en el delito imputado, quedando claro que dichos elementos son los que presuntamente vinculan al procesado con la investigación. Como ya se dijo, es claro que ésta no es la oportunidad para realizar juicios de responsabilidad, por lo que no es el momento en el que se debe probar de manera rigurosa la comisión del delito, teniendo en cuenta que esta etapa está sometida a un régimen demostrativo mucho más flexible que el diseñado para el juicio oral...*

Además de la mencionada inferencia razonable de la autoría del imputado, el artículo 308 del C.P.P. establece que se debe cumplir con alguno de los tres requisitos establecidos en sus numerales. Frente a esto, se considera que en el presente caso se encuentra satisfecha dicha exigencia, por cuanto se configura el presupuesto del peligro para la sociedad. Al respecto, es evidente que esta clase de delitos comporta un peligro inminente para la sociedad, aún más teniendo en cuenta la zona en la cual se desarrollaron los hechos, que como es de conocimiento, es una región que ha venido sufriendo los flagelos de la violencia por parte de los grupos al margen de (sic) ley.

Adicional a lo anterior, frente al aspecto objetivo de la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, el artículo 313 de (sic) del C.P.P. dispone las circunstancias en las cuales procede la detención preventiva, así:

....

Así las cosas, se observa que la pena mínima que comporta el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones supera los cuatro (4) años contemplados en el numeral 2º del artículo antes referido, situación por la cual procede la medida solicitada por el ente fiscal²⁶. (Subraya y Resalta este Tribunal)

En consecuencia, se observa que la situación de flagrancia e inferencia razonable de autoría la estimó acreditada la JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE ARAUCA, no solo por el hallazgo del arma de fuego en la vivienda donde residía JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ, sino también porque el fundamento para la expedición de la orden de registro y allanamiento a su inmueble derivó justamente del hecho que se tenía información que el aquí accionante al parecer guardaba en su domicilio "elementos relacionados con armas de fuego e intendencia pertenecientes al ELN", argumento que esta Sala no considera descabellado e irracional, máxime si se tiene en cuenta que los estándares probatorios para la toma de decisiones se determinan por el momento procesal en que se encuentre el proceso, y aquí estamos hablando solo de una "inferencia razonable" y no de "certeza para la decisión de condena"²⁷

²⁶ Ver págs. 12 y 13 del auto del 21 de abril de 2021.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de marzo de 2021, rad. 114.64, STP3601-2021, M.P. Dr. Fabio Espitia Garzón.

Además, recuérdese que en la contestación a la acción de tutela la JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA dijo, expresamente, que para adoptar la decisión aquí cuestionada había analizado los argumentos de los intervinientes y los elementos materiales probatorios allegados, como quedó acreditado lo hizo.

De lo visto, puede concluirse, que no le asiste razón al actor en su reclamo ya que independientemente que comparta los argumentos que expuso la Fiscalía General de la Nación, y que estimó acreditados la JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA para confirmar la legalización de captura y la imposición de medida de aseguramiento, lo cierto es que de la restricción a la libertad de JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ no se extrae ningún yerro, arbitrariedad o irregularidad que amerite la intervención del Juez Constitucional.

En consecuencia, resulta evidente la improcedencia de la acción de tutela en este caso en el que el proceso penal con Radicado No. 81-794-60-01-227-2021-00044-00 se encuentra en trámite, y el auto de abril 21 de 2021, proferido por la JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE SARAVERENA, se advierte totalmente razonable.

Sin necesidad de más consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, Sala Única de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

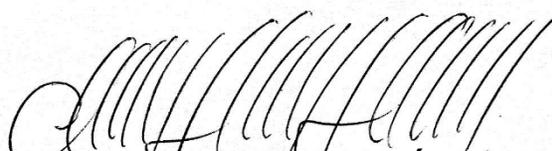
RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR improcedente la presente acción de tutela promovida por el señor JOSÉ ABELINO PÉREZ ORTIZ, a través de apoderado judicial, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE el presente fallo a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: Si el presente fallo no fuere impugnado, ENVÍESE el a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada ponente



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada

MARTÍN FERNANDO JARABA ALVARADO
Magistrado
(En uso de permiso)