

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – REQUISITOS.

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO – CARACTERÍSTICAS: Estas son transitorias, temporales y preventivas.

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO: LÍMITES: Principio de Proporcionalidad.

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO - PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: Fundamentos constitucionales y convencionales.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - FINALIDAD DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO: Buscan prevenir riesgos para la investigación penal, lo que excluye que puedan tener carácter y finalidades de tipo sancionatorio, punitivo y anticipativo de la pena.

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO - PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a veces del principio de proporcionalidad, la prisión preventiva no puede ser igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena tanto en cantidad como en calidad.

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO - PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y DE INEQUIVALENCIA: El encarcelamiento preventivo nunca puede equivaler ni en calidad ni en cantidad a la pena, siendo que en cuanto a la calidad no es factible la privación preventiva de la libertad si la posible condena no será privativa de la libertad, y en relación con la cantidad, el tiempo de la medida cautelar no puede ser igual o superior a la posible condena.

SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA INTRAMURAL POR LA DOMICILIARIA – APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: El párrafo del artículo 38 del Código Penal, autoriza la sustitución de la detención preventiva por la del lugar de residencia en los mismos casos en que procede la sustitución de la prisión. (...) busca garantizar que la detención domiciliaria no pueda llegar a ser superior o exacerbar a la prisión domiciliaria y a la larga que la medida cautelar llegue a ser más gravosa que la propia pena.

SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA INTRAMURAL POR LA DOMICILIARIA – INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 38 DEL C.P. COMO CAUSAL DE SUSTITUCIÓN AUTÓNOMA Y DIFERENTE DE LA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 314 DEL C.P.P.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Procedencia por Vulneración de los Derechos al Debido Proceso y a la Libertad.

Hay lugar a conceder el amparo solicitado al encontrarse conculcados los derechos fundamentales al debido proceso y libertad, en tanto los Jueces de control de garantías de primera y segunda instancia accionados incurrieron en sus providencias en un defecto sustantivo. Aunque admitieron la existencia del párrafo del artículo 38 del Código Penal, propusieron un tipo de interpretación a la norma que implicó desconocer el sentido común y claro de ese canon, que llevó a que se aplicaran otras normas improcedentes para el caso, y que eso mismo trajo que se obviara en sí misma la norma prevista en el ordenamiento jurídico para resolver el asunto controvertido en contra del derecho al debido proceso del actor. (...) pese a la claridad y literalidad del párrafo del artículo 38, los Juzgadores se valieron de unos requisitos y presupuestos ajenos a la figura invocada, previstos en el artículo 314, aun cuando no existe explícita

remisión. Esa hermenéutica implica una intelección o analogía restrictiva para el procesado que está proscrita. El artículo 314 no permite la sustitución de la detención en delitos como el de estafa agravada del artículo 247 del Código Penal, lo que hace que, si se aborda la cuestión bajo esa disposición, de entrada, deba excluirse la posibilidad de concesión de la detención domiciliaria. A diferencia, el parágrafo del artículo 38, que remite al artículo 38B y a las demás normas que integran la prisión domiciliaria, como el artículo 68A, no veta la detención domiciliaria para ese delito ni para el uso de documento falso ni el concierto para delinquir simple. (...) eso trae unas consecuencias que no son legítimas a la luz del principio de proporcionalidad, porque si se lo mira a proyección, por el tipo de reatos endilgados al accionante, no existiría impedimento para que, de eventualmente ser condenado, pueda purgar su pena en prisión domiciliaria. Luego, si so pretexto del artículo 314 adjetivo se aduce la improcedencia de la detención preventiva domiciliaria y se refrenda que la medida de aseguramiento operante debe ser la detención intramural, pues esa medida cautelar en calidad terminará siendo más gravosa, intensa y restrictiva del derecho a la libertad que la misma hipotética condena. (...) dicho tratamiento materialmente contrae que si de entrada se antepone la prohibición del artículo 314, no puedan ser discutidos ni sopesados los reales requisitos que la sustitución de la detención a que hace referencia el parágrafo del artículo 38.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente	:	Franco Solarte Portilla
Asunto	:	Acción de Tutela de Primera Instancia
Intervinientes	:	Ap. Jud. Guiovanny Palta Bravo. Vs. Juzgado Penal del Circuito de La Unión y otros
Radicación	:	Grupo 15 No. 2021 –00238-00
Aprobación	:	Acta No. 2021-166

San Juan de Pasto, dos de septiembre de dos mil veintiuno

1. Vistos

Dentro del término legal la Sala resuelve la acción de tutela instaurada mediante apoderado judicial por el señor XX por la alegada vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y libertad, en contra de los JUZGADOS PROMISCOUO MUNICIPAL DE ARBOLEDA y PENAL DEL

CIRCUITO DE LA UNIÓN, NARIÑO. Al trámite se vinculó de manera oficiosa a la FISCALÍA 37 SECCIONAL DE LA UNIÓN, a los señores XX y a su apoderado GUILLERMO EDMUNDO ZARAMA SANTACRUZ

2. Antecedentes

El apoderado del señor XX narró que en el radicado 523996000522201900027 seguido en contra de su procurado y otras personas se celebraron audiencias preliminares concentradas ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de La Unión, Nariño, los días 24 y 25 de marzo de 2020, en virtud de las cuales se le imputó los delitos de estafa agravada, concierto para delinquir simple y uso de documento falso, y se le impuso detención preventiva domiciliaria. Contó que esta última determinación fue apelada por la fiscalía, lo que llevó a que el Juzgado Penal del Circuito de La Unión el 20 de abril de 2020 la revocara y en su lugar impusiera detención carcelaria al considerar que por el tipo de reatos cometidos la detención domiciliaria estaba proscrita por el artículo 314 de la Ley 906 de 2004. Dado lo censurable de esa decisión, refirió que el anterior defensor de su mandante interpuso una acción de tutela que fue fallada de manera desfavorable por esta Corporación, el 12 de julio de 2021.

Señaló que el 7 de mayo de 2021, a solicitud suya, se realizó audiencia preliminar ante el JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE ARBOLEDA, en la cual solicitó la sustitución de la detención preventiva intramural por la domiciliaria bajo el argumento central de que debía aplicarse el parágrafo del artículo 38 del Código Penal, que autoriza la sustitución de la detención preventiva por la del lugar de residencia en los mismos casos en que procede la sustitución de la prisión. Para sustentar su pedimento, recordó que además trajo a colación un criterio teleológico de la norma, el concepto de

proporcionalidad en términos de inequivalencia o prohibición de equivalencia entre la prisión y la detención preventiva y dos decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Eso lo condensó para concluir que en el caso de su patrocinado se cumplían todos los requisitos del artículo 38B para hacerse acreedor a la detención domiciliaria.

Relievó que el mencionado Juzgado denegó la solicitud a la sazón de que, estando en presencia de una sustitución de la detención preventiva, debe aplicarse armónicamente o integrarse el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, donde existe una prohibición para uno de los delitos por los que fue imputado el encartado, así como también considerarse las normas que dan cuenta de los fines constitucionales y los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Remarcó que el Juzgador adujo también que la controversia sobre la detención domiciliaria ya fue abordada en audiencia concentrada y que los argumentos ahora ventilados debían plasmarse en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, oportunidad ya precluida.

Aseveró que inconforme con esa decisión formuló recurso de apelación, en el que planteó fundamentalmente que la defensa acudió a la tercera solicitud de sustitución existente, conforme a los artículos 38 y 38B del Código Penal, por lo que al tratarse de un instituto independiente al artículo 314 no puede existir interpretación armónica, más cuando se trata de una norma especial y de creación posterior al 314, con sus propias prohibiciones en el artículo 68A, de ahí que no puedan aplicarse otras proscipciones cuando no existe remisión normativa.

Rememoró enseguida que el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE LA UNIÓN, NARIÑO, al desatar la alzada encontró, primero, que la petición de aplicación de los artículos 38 y 38B del Código Penal para la detención preventiva domiciliaria no fue elevada ni ventilada en audiencias preliminares,

por lo que no cabía hablar del principio de preclusividad de las oportunidades, pero que, segundo, no podía dejarse de aplicar en el asunto el artículo 314 adjetivo, dado que la petición es de sustitución de medida de aseguramiento que tiene regulación especial, sin que sea procedente acudir a los artículos 38 y 38B, los cuales solamente los puede aplicar el juez de conocimiento.

Posterior a eso, indicó que la FISCALÍA 37 SECCIONAL DE LA UNIÓN presentó escrito de acusación en contra de su defendido por los mismos delitos otrora atribuidos.

Enseguida, el demandante amonestó la decisión del Juez de control de garantías de segunda instancia por lo siguiente: (i) el artículo 38 sustantivo es claro y explícito a la hora de consagrar que la detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria, evento en el cual se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión, por lo que se trata de una causal de sustitución autónoma y diferente de la contenida en el artículo 314 procesal penal; (ii) el radicado 109706 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia, citado por el Fallador, y en el que se cita el radicado 53602, se ocupó de lo concerniente a la competencia de los jueces de control de garantías y de conocimiento cuando se trata del artículo 314, pero no tiene ninguna relación con el artículo 38 sustantivo; (iii) la línea jurisprudencial construida a partir del primer radicado y la lógica allí plasmada, si se las predicara de forma análoga al caso concreto, le otorgan la razón a la defensa; (iv) en el salvamento de voto al radicado 109706 la Magistrada Patricia Salazar Cuellar se decantó que el contenido del párrafo del artículo 38B se trata de una norma de remisión válida, sin que pueda ser considerado absurdo el querer del legislador de que se asienta la detención domiciliaria en los eventos de procedencia de la prisión domiciliaria; (v) el principio de proporcionalidad en términos de inequivalencia prohíbe la equivalencia en

cantidad y calidad entre la detención preventiva y la pena donde la primera no puede producir efectos igual o más graves que la proyección realizada a una futura sanción, de modo que el decreto de una medida cautelar o su continuación no es admisible cuando al realizar una anticipación de la pena del delito investigado se advierta que el implicado se haría merecedor de un subrogado penal o mecanismos alternativos a la prisión; (vi) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Peirano Basso Vs. Uruguay del 6 de agosto de 2009 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barreto Leiva Vs Venezuela del 17 de noviembre de 2009, han interpelado respecto del principio de proporcionalidad que una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a esta y que la medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad; y, (vii) no tendría ninguna utilidad el párrafo del artículo 38 si su aplicación se la limita a partir exclusivamente del sentido del fallo, pues desde ese momento el asunto ya debe revisarse en clave de subrogados y sustitutos penales.

Siendo esos los principales argumentos vertidos en contra de la decisión judicial de segunda instancia, el actor remató que a su patrocinado le han sido quebrantados el debido proceso y la libertad, pues los Juzgados le han dado un trámite diferente a una petición que tenía su cuerda especial, autónoma y particular con fundamento en criterios hermenéuticos injustificables, que desconocen el principio de excepcionalidad de la restricción de la libertad y el principio convencional de proporcionalidad en términos de inequivalencia.

En párrafos siguientes, el demandante refirió que se colman los requisitos de procedencia genéricos y específicos de la acción de tutela (sobre estos últimos por defecto procedimental absoluto y defecto sustantivo).

Merced a lo anterior, solicitó al juez de tutela que se revoque o se deje sin efectos la decisión de segundo nivel del 8 de junio de 2021 y en su lugar se ordene la sustitución de la detención intramural por domiciliaria o en su defecto se conmine al Juzgado de segunda instancia adoptar una nueva decisión en la que dé aplicación a los artículos 38 y 38B del Código Penal para resolver la petición elevada.

3. Trámite y actuación desplegada

Mediante auto del 19 de agosto de 2021 se admitió la acción superior instaurada en contra de los JUZGADOS PENAL DEL CIRCUITO DE LA UNIÓN y PROMISCO MUNICIPAL DE ARBOLEDA BERRUECOS, NARIÑO; se vinculó a la FISCALÍA 37 SECCIONAL DE LA UNIÓN, a los señores XX (quienes ostentan la calidad de víctimas en el proceso penal) y a su apoderado GUILLERMO EDMUNDO ZARAMA SANTACRUZ; se requirió a los despachos judiciales para que allegaran los registros de audio, actas de audiencia y autos escritos (estos últimos si los hubiere) de las audiencias celebradas el 7 de mayo y 8 de junio de 2021, respectivamente, e informen si a dichas diligencias fueron convocados otros sujetos procesales distintos a los que hacen parte de esta acción constitucional; se ofició a la fiscalía demandada para que informe cuál es el estado del proceso penal a que hace referencia la demanda de tutela y qué juzgado de conocimiento lo está tramitando; y, se reconoció personería adjetiva al abogado GUIOVANNY PALTA BRAVO conforme al poder conferido por el señor XX.

El 24 de agosto de 2021 se ofició al Juzgado Promiscuo del Circuito de la Cruz, Nariño, para que en el término de cuatro horas informe si está conociendo del proceso penal seguido en contra del XX y otros en el radicado 523996000522201900060 por unos delitos de concierto para delinquir, uso de documento falso y concurso de estafa agravada; en caso cierto, en qué estado o fase se encuentra el proceso, quiénes son los sujetos procesales intervinientes y cuáles son sus datos de notificación o contacto.

4. Contestaciones de las entidades convocadas

4.1. La actual titular del **JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE ARBOLEDA BERRUECOS** hizo saber que su predecesora presidió audiencia de sustitución de medida de aseguramiento el 7 de mayo del año cursante, en la que se resolvió de manera desfavorable por el accionante, decisión que tras ser apelada fue confirmada en segunda instancia el 8 de junio.

4.2. El **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE LA UNIÓN** destacó que mediante fallo del 8 de junio confirmó la decisión de primer nivel censurada por el apoderado del ahora accionante. Explicó que, si bien el argumento ofrecido por el *A quo* en torno a la preclusividad de las oportunidades procesales era equivocado, la primera instancia sí había hecho reflexiones concretas frente a la aplicación de los artículos 38 y 38B del Código Penal tal como lo solicitaba la defensa, siendo que decantó que la norma aplicable era el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal. Agregó que la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no era llamada a operar, pues versaba sobre hechos y temas distintos a los ahora abordados. Por lo demás, evocó los fundamentos esbozados en la decisión de segunda instancia para referirse a las restantes alegaciones de la demanda de tutela. Indicó también que la fiscalía radicó en el Despacho escrito de acusación, pero este fue remitido al Juzgado Promiscuo del Circuito de La

Cruz por impedimento. Finalmente, negó que haya menoscabado los derechos fundamentales del accionante, puesto que dio una respuesta concreta a todos los alegatos del actor, y advirtió que la acción de tutela era improcedente por subsidiariedad, ya que está latente la posibilidad de que el libelista solicite la revocatoria de la medida de aseguramiento.

4.3. La **FISCALÍA 37 SECCIONAL DE LA UNIÓN** memoró el devenir procesal del asunto seguido en contra del demandante en términos a los ya referidos hasta aquí, después de lo cual aseveró que el desarrollo investigativo de la actuación se ha llevado conforme a derecho, y por ello negó que se hubieren quebrantado las garantías del actor.

4.4. El abogado GUILLERMO EDMUNDO ZARAMA SANTACRUZ vencido el término concedido arrió un memorial en el que solicitó se decreta improcedente la acción de tutela por no reunir los requisitos jurisprudenciales en materia de tutela contra providencias judiciales.

4.5 Los demás sujetos procesales convocados al trámite no se pronunciaron sobre la acción. Es de acotar que en punto al señor XX, una de las víctimas vinculadas, no se pudo establecer comunicación a través de los canales informados y que reposan en el proceso penal, sin embargo, su enteramiento se produjo a través del apoderado de víctimas registrado.

5. De las pruebas

La parte demandante aportó link de las audiencias preliminares concentradas y de solicitud de sustitución de la detención preventiva, autos del 20 de abril y 8 de junio 2021, escrito de acusación y fallo de tutela del 12 de julio de 2021. El Juzgado Promiscuo Municipal de Arboleda allegó enlace de los registros de audio y acta de la audiencia preliminar del 7 de mayo de 2021. El Juzgado

Penal del Circuito de La Unión arrimó actas de audiencia del 7 de mayo y 8 de junio del hogaño, auto del 8 de junio, registro de audio de esa misma fecha y auto que declara impedimento del 26 de julio. Se cuenta además con el informe del Juzgado Promiscuo del Circuito de La Cruz.

6. Consideraciones

6.1. Problema jurídico

Es misión de la Colegiatura en esta oportunidad zanjar si la acción de tutela es procedente para dejar sin efectos las cuestionadas decisiones del 8 de junio y 7 de mayo de 2021, mediante las cuales fue negada la petición de sustitución de la detención preventiva intramuros al tenor del artículo 38 del Código Penal solicitada en favor del señor XX, y, de ser así, si dichas determinaciones judiciales infringen los derechos fundamentales al debido proceso y libertad de dicho ciudadano.

6.2. Planteamiento del escenario constitucional en el asunto

Para efectos de dar respuesta a lo anterior, es necesario hacer una exposición de los supuestos fácticos y procesales que determinan el caso en aras de concretar el escenario constitucional donde se desenvuelve la presente acción, en los siguientes términos:

Los días 24 y 25 de marzo de 2021 ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Unión, Nariño, se celebraron audiencias preliminares

concentradas en el radicado terminado en 2019-00027 por unos delitos de estafa agravada, uso de documento falso y concierto para delinquir, en contra del señor XX y otras personas. En la tercera de las diligencias se impuso en contra de dicho sujeto detención preventiva domiciliaria. En lo que interesa, la Judicatura encontró configurado el fin de protección a la comunidad por la gravedad de las conductas enrostradas y el número de delitos cometidos. Sin embargo, por la adecuación y proporcionalidad de la medida, el Despacho terminó imponiendo detención domiciliaria, pues dijo que el imputado no ha evadido a las autoridades, no se ha demostrado la continuación de la actividad delictiva y está acreditado el arraigo.

El ente persecutor impugnó dicha decisión, lo que llevó a que el 20 de abril de 2021 el Juzgado Penal del Circuito de La Unión, Nariño, la revocase y en su lugar impusiera detención intramural. El *Ad quem* esgrimió en esa oportunidad que también estaba acreditado el riesgo de obstrucción a la justicia y que la estafa agravada imputada se encuentra dentro del catálogo de conductas respecto de las que opera la prohibición de concesión de la detención domiciliaria del artículo 314 adjetivo. Aseguró que, si bien el juez de control de garantías en virtud de los principios de proporcionalidad y gradualidad puede escoger dentro de las distintas posibilidades que le da el ordenamiento jurídico tal o cual medida de aseguramiento, solamente lo puede hacer en cuanto esas medidas sean procedentes según las prohibiciones legales que rijan para el efecto.

Luego, el 7 de mayo de 2021 el ahora apoderado del accionante acudió ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Arboleda para que se asintiera en su favor la detención domiciliaria al tenor del parágrafo del artículo 38 del Código Penal, eso, tras apelar al principio de prohibición de equivalencia desarrollado por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y considerar cumplidos los requisitos de ese canon.

En aquella data, el *A quo* discernió que la solicitud era improcedente, en lo central de su disertación, por cuanto de lo que allí se trataba era de una medida de aseguramiento y no de la prisión domiciliaria, y por eso era irremediable que se mirase el artículo 314 adjetivo. Siendo ello así, la cuestión ya había sido abordada en las audiencias preliminares concentradas en las que se impuso detención carcelaria al procesado atendiendo los fines de la medida, su idoneidad, necesidad y proporcionalidad, además que lo argüido debió intentarse en ese escenario y no en una nueva solicitud en la que ha operado la preclusividad.

La parte convocante interpuso apelación. Ilustró que la figura instada era la del párrafo del artículo 38 del Código Penal, norma que cristaliza el principio convencional de proporcionalidad por inequivalencia, misma que es autónoma e independiente de otros institutos como los establecidos en los artículos 307 y 314 procedimentales, de ahí la inviabilidad de que se integre esa disposición con otras que le son ajenas. A eso previamente instruyó que tal pedimento nunca había sido elevado ni solventado en audiencias preliminares concentradas.

El 8 de junio de 2021 el Juzgado Penal del Circuito de La Unión confirmó la decisión apelada, pero por razones distintas. En lo esencial, expuso que la particular petición no había sido presentada ni despejada antes, dado que era novedoso el alegato en torno a los artículos 38 y 38B del Código Penal, y por ende tampoco cabía hablar del principio de preclusividad. En cuanto al grueso del debate, hilvanó que, aunque el problema no era de armonización o integración normativa como lo propuso la primera instancia, no podía obviarse el contenido del artículo 314 adjetivo (mismo que comporta una prohibición para la sustitución de la detención preventiva para el delito de estafa agravada), puesto que lo materialmente predominante en el asunto es que se

está en presencia de una medida de aseguramiento que pretende ser sustituida por otra y que el artículo 38 sustantivo hace relación a la prisión domiciliaria y no a la detención. Demarcó así que esa disposición es de competencia del juez de conocimiento a partir de la emisión del sentido del fallo y no del juez de control de garantías.

Posteriormente, la defensa técnica de ese entonces interpuso acción de tutela para que se revocara la decisión del 20 de abril de 2021 y se mantuviese la detención domiciliaria. Esta Corporación mediante fallo del 12 de julio de 2021 declaró improcedente la acción, con razón de que en el libelo no se determinó si en el trámite surtido en la imposición de la medida de aseguramiento se presentó alguna irregularidad procesal ni si esta tuvo un efecto determinante en la decisión amonestada, y tampoco porque se identificó de manera razonable los hechos vulneradores y que estos hubieren sido reclamados al interior del proceso judicial, a lo que se añadió que la parte interesada podía concurrir al artículo 318 adjetivo como mecanismo ordinario de defensa. Revisada la base de datos virtual de esta Corporación, se tiene que esa decisión fue impugnada¹ y a la fecha no ha sido resuelto el recurso por el superior consultada la página de la Rama Judicial.

Es de anotar también que la fiscalía, el 22 de julio, presentó escrito de acusación por los reatos de estafa agravada (penada de 64 a 144 meses de prisión según los artículos 246 y 247 del Código Penal); concierto para delinquir (castigado de 48 a 108 meses de prisión según el artículo 340); y, uso de documento falso recaído sobre sobre documentos relacionados con medios motorizados (penado de 8 a 12 años de prisión según el artículo 291).

6.3. Sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

¹ 52001220400020210017700 - OneDrive (sharepoint.com).

Descrito el anterior panorama, hay que decir que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha acrisolado unos requisitos que definen la procedencia de la acción de tutela para atacar providencias judiciales. Estos se agrupan en dos conjuntos: los unos circunscritos a los que frente a cualquier acción de tutela se implorarían², y los otros, relativos a la demostración de los defectos o antes llamados vías de hecho que pudieran adolecer las decisiones judiciales cuestionadas³.

En los primeros se encuentran los siguientes: que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; 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 irremediable; que se cumpla el requisito de la inmediatez; 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; 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, y si se trata de sentencias de tutela que se cumplan unos presupuestos adicionales que no cabe replicarlos aquí.

A su turno, superado ese análisis, es deber que se verifique que la providencia padece de al menos alguno de los yerros que la Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005 los ha definido así: defecto orgánico, defecto procedimental absoluto, defecto material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, defecto fáctico y violación directa de la

² SU-813 de 2007.

³ T-1240 de 2008.

Constitución.

En materia del defecto procedimental absoluto, uno de los exhortados por el actor, en términos generales se causa por un error en la aplicación de las normas que fijan el trámite a seguir para la resolución de una controversia judicial, yerro que debe tener la entidad suficiente para negar la materialización de los derechos fundamentales. Dicho defecto puede presentarse, primero, en los casos que el funcionario judicial competente actúa de forma despótica por fuera del trámite legalmente establecido, como cuando la autoridad judicial tramita el asunto por un cauce completamente distinto al previsto en la ley o prescinde arbitrariamente de la práctica de alguna etapa del proceso, cuando existe mora judicial injustificada y cuando el operador judicial limita irrazonablemente los derechos a la defensa y contradicción de los sujetos procesales. Segundo, el defecto procedimental absoluto se da también por exceso de ritual manifiesto, esto es, por el apego estricto a las reglas procesales que obstaculizan la materialización de los derechos sustanciales, la búsqueda de la verdad y la adopción de decisiones judiciales justas.⁴

El defecto sustantivo por su parte tiene lugar cuando el juez aplica la norma de una forma claramente irregular por la manera como utiliza una disposición jurídica y el alcance que el juez competente le da en un caso particular, lo que trastoca prerrogativas fundamentales. Allí, la interpretación y aplicación de la normatividad al caso concreto resulta contraria a los criterios mínimos de juridicidad y razonabilidad que orientan al sistema jurídico. Ello puede deberse a que: (i) el juzgador excluye la aplicación de normas jurídicas relevantes o desconoce el precedente jurisprudencial en la materia, como sucede en los eventos que la autoridad judicial desconoce la norma prevista en el ordenamiento jurídico para resolver el asunto controvertido o, aun

⁴ SU-061 de 2018.

aplicando una disposición relevante, deja de lado la valoración de otras normas que permitirían regular el caso de forma coherente y compatible con el ordenamiento jurídico; (ii) cuando se aplica una norma jurídica equívoca, esto porque, por ejemplo, se utilizan disposiciones jurídicas que resultan inadecuadas o impertinentes, según las circunstancias fácticas del caso; y; (iii) cuando se interpreta indebidamente el texto jurídico; este escenario se presenta si la interpretación realizada es contraevidente o desconoce el sentido común de las palabras o la voluntad del legislador y si resulta irrazonable -jurídica y lógicamente inaceptable-, arbitraria -sin motivación- y caprichosa -con un fundamento inadecuado.⁵

6.4. La procedencia genérica de la acción superior en el caso concreto

En cuanto al primer requisito de esta clase, no puede negarse que la discusión de la acción de amparo tiene una evidente trascendencia constitucional, dado que están en disputa derechos de raigambre fundamental como el debido proceso y la libertad. El debido proceso comprende un conjunto de garantías que tienen como propósito sujetar las actuaciones judiciales a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, de donde dimana el principio de legalidad⁶, que obliga a las autoridades estatales a actuar dentro de tales reglas, y de allí el derecho a obtener decisiones ceñidas exclusivamente al ordenamiento jurídico⁷. Si se debate que en la definición de la cuestión planteada por la parte actora ante los jueces de control de garantías se ha dejado de aplicar una norma clara y explícita, que además tiene respaldo constitucional y convencional, se está sin duda de frente a un litigio que involucra la probable afectación del debido proceso. Igualmente, si esa controversia tiene inmediata incidencia en la imposición de

⁵ *Ibidem*.

⁶ C-029 de 2021,

⁷ T-267 de 2015.

una medida de aseguramiento, también está imbuido el derecho a la libertad desde la perspectiva del grado o la intensidad en la afectación que merece ese derecho por el tipo de medida cautelar personal a la que hay lugar.

También está colmado el principio de residualidad de la acción de tutela. Lo que aquí se reclama, que no es otra cosa que la aplicación del parágrafo del artículo 38 del Código Penal como sustitución de la medida de aseguramiento, fue primeramente deprecado en sede de control de garantías en primera y segunda instancia antes de que se propusiese este mecanismo tuitivo, lo que traduce que el peticionario agotó todos los medios ordinarios de defensa judicial. Dado que el proceso penal, como lo certificó el Juez de conocimiento, se encuentra en turno de celebrarse la audiencia de formulación de acusación, no existe en el ordenamiento otra vía legal a la ya empleada por el demandante para elevar esa pretensión. No puede aducirse que es procedente la revocatoria de la medida de aseguramiento, como sea que lo pretendido por el demandante es la sustitución, petición que ya fue elevada.

Se satisface asimismo el requisito de inmediatez. Las decisiones censuradas, que se acusan como desconocedoras de los derechos fundamentales del libelista, fueron emitidas en mayo y junio de este año y la acción de tutela fue impetrada a escasos dos meses, más o menos, lapso que se encuentra corto o cuando menos no irrazonable ni excesivo.

En cuarto lugar, lo aquí alegado no tiene que ver con la existencia de una irregularidad de corte procedimental que haya tenido directa incidencia en las decisiones judiciales atacadas. Lo postulado no dice relación con probables yerros en la cuerda procesal o de tipo meramente adjetivo, sino más vale en un discurso que se encamina a lo sustantivo o material, como es la hermenéutica dada por los Juzgadores al artículo 38 del Código Penal.

Recuérdese que ambos Falladores sometieron a su escrutinio la petición del censor en audiencia preliminar, como debía hacerse, y después del debate propiciado por los sujetos procesales dilucidaron, cada uno por sus razones, lo que por esa normativa debía entenderse. Entonces, el cuarto requisito de procedencia formal no es aplicable en este caso.

Finalmente, la parte demandante ha hecho una exposición con suma claridad de los supuestos fácticos, procesales y de todo orden que a su juicio despuntan en el quebrantamiento de sus derechos al debido proceso y libertad, situaciones que, ya se dijo, fueron invocadas previamente en el proceso penal ante el Juez de control de garantías.

Superada como está la procedencia genérica de la acción de tutela, se pasa a evaluar si en las providencias increpadas subyace al menos uno de los defectos señalados arriba.

6.5. Sobre los defectos de las providencias impugnadas

El demandante planteó la configuración de un defecto procedimental absoluto, empero, este no puede predicarse de las decisiones de los Jueces de control de garantías accionados. Frente a la solicitud elevada por el actor para que se concediera la detención domiciliaria al tenor de la posibilidad prevista en el párrafo del artículo 38 del Código Penal, los Juzgadores en términos netamente procedimentales le imprimieron el trámite que correspondía, esto es, en primera instancia, tras la convocatoria y concurrencia de la fiscalía, la representación de víctimas, el encausado y la defensa, se propició el espacio para que el peticionario presentara sus argumentos y probanzas, una vez lo cual se corrió traslado a los demás participantes, y hecho eso la Judicatura falló, decisión frente a la cual permitió el uso de los recursos impugnatorios, y en segunda instancia en audiencia se

dictó el auto correlativo. Es decir, las autoridades judiciales actuaron por la vía procesal correcta, sin que exista un trámite especial instituido para el efecto, sin prescindir de etapas, con la garantía de los derechos de defensa y contradicción de los sujetos procesales y sin que pueda aducirse tampoco un exceso de ritual manifiesto en sacrificio de lo sustantivo del derecho.

El accionante se queja de la existencia de este defecto en razón de que a la particular petición radicada se le marcó un procedimiento y unos requisitos ajenos a la figura que estaba invocando, siendo que el instituto exhortado está reglado por los artículos 38 y 38B de la Ley 599 de 2000, pero que fue aprehendido a la luz del artículo 314 de la Ley 906 de 2004. Aquella tacha no puede entenderse como un defecto procedimental absoluto, porque dichas normas no disponen procedimientos distintos que deban seguirse en uno y otro caso; prevén sí diferentes requisitos que desde lo sustantivo alimentan las figuras que allí se consagran. Al revisarse las actuaciones de los Jueces accionados, no es que aquellos se hubieren apartado de las etapas que componen el proceso o algo por el estilo, sino que en punto a la valoración acerca de si procedía o no la figura alegada desde un punto de vista material, ellos ofrecieron interpretaciones distintas de lo que por el instituto debía entenderse y cuáles eran los requisitos que a este debían integrarse. Por eso, de este defecto no adolecen las providencias judiciales.

Se pasa entonces a explorar si contrario a lo anterior acaece un defecto sustantivo, y aquí habrá que anticiparse que sí.

La libertad personal no es un derecho absoluto, sino que está sujeto a privaciones y restricciones, y ello puede provenir de forma legítima cuando se da como consecuencia de la imposición de sanciones tras la declaratoria de responsabilidad penal en un proceso penal o también bajo la forma de decisiones cautelares, denominadas medidas de aseguramiento, que por

esencia son transitorias, temporales y decretadas con fines meramente preventivos. En el esquema de Ley 906 de 2004, dichas medidas de aseguramiento se soportan en lo que pudiera llamarse riesgos en el sentido de que tienen razón de ser en la medida en que buscan conjurar esos peligros procesales y extra procesales que puede significar la libertad de una persona mientras el Estado define su responsabilidad penal. A voces del artículo 308, esos riesgos son la obstrucción a la justicia, el peligro para la seguridad de la comunidad y las víctimas y la no comparecencia al proceso.

Pero aun cuando son temporales y preventivas, tienen la capacidad de afectar de manera intensa la libertad personal, bien porque implican la privación de la libertad en centros de reclusión o en el lugar de residencia del procesado o la afectación de otros derechos como la libertad de locomoción, reunión, etc. Por esa notable aflicción están sometidas a sendos límites. La Corte Constitucional⁸ ha caracterizado esos límites en dos grupos: unos formales, donde está la reserva de la ley y la reserva judicial, y unos sustanciales, que son los que revisten una mayor capacidad para contrarrestar los excesos y la arbitrariedad en las medidas cautelares, que recaen sobre su contenido y sobre las justificaciones constitucionales en que deben estar cimentadas; entre estos está la estricta legalidad, la excepcionalidad, la proporcionalidad, la necesidad y la gradualidad. Para este estudio conviene hacer énfasis en la proporcionalidad.

Grosso modo, el principio de proporcionalidad funge como aquella medida que busca garantizar una especie de ecuanimidad, razonabilidad o estabilidad entre la intromisión en los derechos del imputado y los propósitos que persiguen las medidas de aseguramiento para con la investigación penal (esto es, la conjuración de los riesgos antedichos). Con este se pretende establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la

⁸ C-469 de 2016.

finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional⁹. Así pues, podemos identificar que entre los varios elementos que engloba el principio de proporcionalidad, está intrínseco aquel que tiene que ver con la finalidad de la medida de aseguramiento, pues de hecho es el primer paso para dilucidar si una medida persigue un objetivo legítimo a la luz de la Constitución.

Por cuenta de esto último, más allá de los fines específicos de las medidas de aseguramiento que están previstos en el artículo 308 adjetivo, el sentido holístico de este tipo de órdenes cautelares es que buscan prevenir unos riesgos para la investigación penal, lo que de suyo excluye que puedan tener carácter y finalidades de tipo sancionatorio, punitivo y anticipativo de la pena. Ello está vinculado al principio de presunción de inocencia, pues en la imposición de la medida de aseguramiento no existe definición alguna sobre la responsabilidad penal del procesado, cosa que solamente se obtiene eventualmente al final del proceso. En eso, el principio de proporcionalidad tiene como connotación innata el preservar la naturaleza preventiva de las medidas de aseguramiento y desterrar cualquier otra teleología que no se avenga a esa quintaesencia, como pudiera serlo la sancionatoria. De contera, si una medida provisional por una u otra razón abandona su fundamento preventivo y más vale se sostiene soterrada o abiertamente en otras finalidades, aquella traiciona el principio de proporcionalidad. Allí es además inescindible la prohibición de exceso en materia penal. Para el caso de las cautelas, justamente permite controlar que el ejercicio del poder estatal se desborde en la adopción de medidas de aseguramiento y sea utilizado para fines distintos a los constitucional y legalmente consagrados. Veamos:

“La privación de la libertad, solo admisible en virtud de la satisfacción de unos fines previamente determinados, conserva entonces su carácter preventivo únicamente de hallarse en aptitud de alcanzarlos y de suponer un gravamen para los derechos del proceso menor o

⁹ C-695 de 2013.

equivalente a los bienes conseguidos o que se estiman conseguir. Si este criterio de moderación se desborda y la medida excede o no está debidamente compensada en los objetivos que pretenden alcanzarse, **la restricción pierde justificación y, por ende, su carácter preventivo y cautelar, para adquirir los rasgos de una sanción anticipada.**

La jurisprudencia ha afirmado que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no son incompatibles con la presunción de inocencia principalmente porque no presuponen ni traen como consecuencia definición *alguna acerca de la responsabilidad penal del procesado* y debido a que su razón de ser descansa sustancialmente en unos fines preventivos¹⁰. **Sin embargo, si una orden cautelar como la detención preventiva, que materialmente implica la suspensión del ejercicio de la libertad personal, pierde su justificación al estar desligada del criterio de proporcionalidad, se desvirtúa también su esencia preventiva y adquiere visos punitivos**, con la consiguiente afectación a la presunción de inocencia.

29. De esta manera, en el ámbito general de las medidas de aseguramiento, el principio de proporcionalidad es un criterio regulativo que proscribe al legislador prever limitaciones o privaciones de la libertad con el propósito de obtener fines no compensables con las afectaciones producidas o que comporten un sacrificio exagerado de los derechos del imputado en comparación con los bienes asegurados. Pero, al mismo tiempo, determina el tipo y grado de restricciones autorizadas a partir del objetivo invocado y el conjunto total de las condiciones que regulan su procedencia, en aras de mantener en un grado razonable las intervenciones efectivas a los derechos del imputado¹¹. ¹² (Negrillas fuera del texto original)

En el ámbito convencional, el principio de proporcionalidad también ha tenido desarrollo. Para poder hablar de ello, es necesario que la Sala se detenga previamente en la posibilidad, pero más que todo el imperativo de que el operador judicial escudriñe en otras fuentes del derecho de origen no local y para ello es imprescindible hablar de bloque de constitucionalidad.

El bloque de constitucionalidad hace referencia a aquellas normas que tienen fuerza constitucional por mandato propio el texto constitucional sin que necesariamente se hallen explicitadas en el mismo. Esas normas son esencialmente los tratados de derechos humanos. Estas y la Constitución a

¹⁰ Sentencias C-774 de 2001 y C-689 de 1996.

¹¹ Cfr. Sentencia C-805 de 2002.

¹² C-469 de 2016.

nivel de la jerarquía y fuerza normativa interna están al mismo nivel¹³. Es así que, el *“hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones.”*¹⁴ En tal virtud, *“todas las disposiciones que forman parte del bloque, sea que su centro de producción sea nacional o internacional, son auténticas fuentes del derecho, tiene valor normativo superior y poseen el mismo poder vinculante para los jueces y los particulares.”*¹⁵

Sobre qué normas son las que integran precisamente el bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha ilustrado que, en sentido estricto, lo son los tratados internacionales de derechos humanos no susceptibles de suspensión en estados de excepción, debidamente aprobados por el Estado colombiano, los tratados de derecho internacional humanitario y las normas *ius cogens*, mientras que, en sentido lato, lo son todas las normas de diversa jerarquía que sirven como parámetro de constitucionalidad, dentro de las que se encuentran la Carta, los tratados internacionales a lo que reenvía el artículo 93 C.P., las leyes orgánicas y algunas leyes estatutarias. Paralelamente, también ha diferenciado que dicho bloque tiene dos funciones: una integradora, en el sentido de que los tratados sobre derechos humanos no suspendibles en estados de excepción, debidamente aprobados por el Congreso, conforman parámetro de control y se integran al sistema constitucional, incluso si no hay normas de igual contenido material; y una interpretativa, que hace relación a que los tratados sobre derechos humanos, al margen de si reconocen prerrogativas no suspendibles en estados de excepción, de ser aprobados por el Congreso,

¹³ C-225 de 1995

¹⁴ C-469 de 2016.

¹⁵ *Ibidem*.

sirven de criterios para clarificar el contenido y alcance de los derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Ahora bien, en su función integradora ora en la interpretativa las normas contenidas en aquellos tratados de derechos humanos son parte de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, en muchos casos suelen ser más relevantes las interpretaciones que de las mismas han hecho las instancias internacionales de derechos humanos como la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La razón es que el lenguaje mismo de los derechos humanos es abierto y para eso es útil tener en cuenta la jurisprudencia desarrollada por esos órganos¹⁶. Ciertamente, la Corte Constitucional ha definido que la interpretación que de la Convención Interamericana de Derechos Humanos haga la Corte IDH, *constituye un criterio hermenéutico relevante, debido a que se trata del órgano de carácter judicial que interpreta de manera autorizada la Convención*. Sobre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sus pronunciamientos sirven de instrumentos importantes de tipo hermenéutico. En uno y otro caso hacen parte del bloque de constitucionalidad, pero de acudirse a esas fórmulas debe propenderse por su adecuada armonización o conciliación (no confrontación) entre los órdenes jurídicos nacional e internacional.

“Conforme al marco anterior, las decisiones y órdenes que emite la Corte IDH en la resolución de casos contenciosos, en razón de su función de salvaguarda de los derechos humanos reconocidos en la Convención, son siempre vinculantes. Pero, además, dado que la potestad jurisdiccional para emitirlas se encuentra naturalmente articulada e íntimamente relacionada con la labor hermenéutica que se ve siempre avocada a realizar, la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional adquiere un valor importante en la interpretación constitucional interna.

Lo anterior ha sido reiterado en otras sentencias y afianzado sobre la base de que la Corte IDH ejerce una jurisdicción conferida por la propia Convención y, por lo tanto, detenta y desempeña una competencia

¹⁶ Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Plan de Formación de la Rama Judicial. Consejo Superior de la Judicatura. 2017. Pág. 88.

aplicativa e interpretativa de la CADH aceptada por el Estado colombiano. A partir de esta circunstancia, se ha considerado que la doctrina de la Corte, elaborada al fallar casos contenciosos, es de particular relevancia al momento de asignar significado y fijar el alcance a los derechos y deberes consagrados en la Constitución Política.

49. En relación con los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano cuasijudicial que principalmente interviene en el procesamiento de los casos y presenta ante la Corte IDH las demandas contra los Estados, la Sala ha considerado que brindan también un valioso insumo en relación con el significado de las normas de la CADH. En especial, en sus informes sobre casos específicos y en los informes generales sobre la situación de los derechos humanos en la región, esta Corte ha sostenido que sus interpretaciones de la CADH pueden también ser consideradas fuentes auxiliares y criterios de ilustración para la determinación del contenido de los derechos fundamentales constitucionales.

50. Ahora, de acuerdo con lo indicado en precedencia, no solo las disposiciones de la CADH se incorporan al bloque de constitucionalidad como estándar normativo y como conjunto de criterios a tener en cuenta en la interpretación de las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución, sino que también en la dinámica y práctica del bloque de constitucionalidad adquiere una especial importancia la jurisprudencia de la Corte IDH y las interpretaciones de la CIDH.”¹⁷

Se despeja entonces que al bloque de constitucionalidad pertenecen los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos internacionales autorizados para interpretar esas convenciones, bien por la función integradora o interpretativa del ordenamiento jurídico. Siendo eso así, las autoridades públicas estamos vinculados a esas fuentes del derecho.

Pues bien, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972, consagra en los numerales 2 y 3 del artículo 7 que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, y que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios, respectivamente. En relación con esos artículos, en el Sistema Interamericano de Derechos

¹⁷ C-469 de 2016.

Humanos se ha interpelado como elementos compositivos de los derechos allí previstos, en relación con la prisión preventiva, que su imposición debe estar regentada por, entre otros, el principio de proporcionalidad.

La Corte IDH, por ejemplo, en el caso *Tibi vs. Ecuador* (sentencia del 7 de septiembre de 2004), explicó que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que, aun siendo calificados de legales, puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad. En lo que interesa para nuestro debate, el órgano internacional ha definido sobre los derechos mencionados, en particular el del numeral 3, que allí está intrínseco o se deriva el principio de proporcionalidad en la privación de la libertad. Aquello ha sido reiterado, verbigracia, en el caso *López Álvarez vs. Honduras* (sentencia del 1º de febrero de 2006, considerando 67). En la primera de las providencias citadas, efectivamente advirtió que:

“De ahí que las medidas precautorias o penales que implican privación de libertad deban atenerse, con gran rigor, a las exigencias de la legalidad, la necesidad y la proporcionalidad. Esto debe regir a todo lo largo de la función persecutoria del Estado: desde la conminación penal (Derecho sustantivo, previsión de punibilidades) y la concreción procesal (Derecho adjetivo, disposición de medidas precautorias) hasta la ejecución de las sanciones (Derecho ejecutivo, individualización final de las consecuencias jurídicas ordenadas en la sentencia de condena o en la porción condenatoria de una sentencia que abarca declaración y condena).

(...)

La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”.

Vemos entonces que en el ámbito interamericano de derechos humanos el principio de proporcionalidad es uno que está presente en materia de lo que

en el escenario interno denominamos medidas de aseguramiento o detención preventiva. Así pues, cabe explorar qué sentido, acepción y alcances tiene ese principio.

Para eso, la CIDH en el informe 35/07 (“José, Jorge y Dante Peirano Basso”), ha entendido que uno de los principios limitadores de la prisión preventiva es el de proporcionalidad. En su definición, este principio tiene unas particulares connotaciones que, aunque como se verá adelante no se han postulado en términos iguales a los del derecho interno colombiano, no suponen confrontación alguna, sino que de hecho se encuentran en armonía. Veamos entonces que, en términos de la Comisión, la proporcionalidad proscribía que una persona considerada inocente, respecto de quien cabría la imposición de una orden cautelar, reciba igual o peor trato que una condenada, quien sería acreedora al purgamiento de una sanción. Ello apareja que la medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad, y eso en términos prácticos supone que no se podrá recurrir a la prisión preventiva cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad. Resáltese:

“109. Otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta. La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza.

110. En ese sentido, no se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad. Tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena. También se deberá considerar en abstracto, si de haber mediado condena los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada. 111. A estos fines, como derivación del principio de inocencia, corresponde la

consideración “en abstracto” de la pena prevista para el delito imputado y la estimación, siempre de la imposición del “mínimo” legal de la clase de pena más leve. Porque cualquier pronóstico de pena que se realice en una etapa anterior a la valoración de pruebas y sentencia y que supere ese mínimo, conculcaría el derecho de defensa en juicio y la garantía de juez imparcial.”

De pareja manera, la Corte IDH en la sentencia Barreto Leiva Vs Venezuela, del 17 de noviembre de 2009, invocada por el accionante, trazó que el principio de proporcionalidad impone al Estado el deber de evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena.

“(…) La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Constituye, además, la medida más severa que se puede imponer al imputado. Por ello, se debe aplicar excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.

122. La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción”

El ineludible repaso a esos instrumentos internacionales arroja una conclusión: en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a voces del principio de proporcionalidad, la prisión preventiva no puede ser igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena tanto en cantidad como en calidad.

Como lo anota el defensor, en la doctrina por él citada (Natalia Sergi) los teóricos han cristalizado, si así se permite esa expresión, a partir del principio

de proporcionalidad, otra categoría denominada “*el principio de inequivalencia o prohibición de equivalencia entre la pena y la prisión preventiva*”. Justamente, de acuerdo con esa formulación, el encarcelamiento preventivo nunca puede equivaler ni en calidad ni en cantidad a la pena, siendo que en cuanto a la calidad no es factible la privación preventiva de la libertad si la posible condena no será privativa de la libertad, y en relación con la cantidad, el tiempo de la medida cautelar no puede ser igual o superior a la posible condena.

En suma, la Sala encuentra que es racional que busque impedirse que, aun cuando el encierro preventivo sea admisible, la persecución penal termine por infringir un mal mayor que la reacción del Estado en caso de condena. Por lo contrario, es irracional admitir que, frente a una infracción penal, el procesado soporte más dureza durante la investigación penal que con la pena que eventualmente le correspondería en caso de ser condenado. La violencia estatal que se ejerce como medida preventiva no puede ser a la luz de los instrumentos internacionales citados mayor a la que le concerniría tolerar al individuo acusado de un delito mediante la aplicación de la pena.

Si bien es que en el ámbito nacional la formulación del principio de proporcionalidad no se ha erigido en los términos convencionales citados o de la doctrina a que hace alusión el actor, ello no quiere decir que se trate de postulados que estén en contradicción o pugna, de hecho, entiende esta Corporación que están en armonía y sincronización. Si se preconiza que el principio de proporcionalidad definido por la Corte Constitucional propende por la ecuanimidad, razonabilidad o estabilidad entre la intromisión en los derechos del imputado y los propósitos que persiguen las medidas de aseguramiento para con la investigación penal y que el mismo lleva de manera explícita e inescindible a considerar que las órdenes cautelares justifican su existencia en la medida en que busquen prevenir los riesgos para

la investigación penal, se excluye de allí por obra de este axioma que las medidas de aseguramiento puedan tener un carácter y finalidades sancionatorios, punitivos y anticipativos de la pena. Entonces, como las medidas precautelativas no pueden contener esos rasgos, dimana de forma clara que, si la prisión preventiva resulta ser más gravosa para el imputado que la pena misma, aquella adquiriría visos punitivos, sancionatorios y anticipativos de la pena y que inclusive la exacerbaría.

La definición convencional y constitucional del principio de proporcionalidad es precisa para entender la figura cuya aplicación reclama la defensa del accionante. El párrafo del artículo 38 del Estatuto Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014 dispuso que *“la detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión.”* Es así que dicho precepto es diáfano en contemplar que en los mismos eventos y bajo los mismos requisitos, presupuestos y régimen en general en el que a una persona cuya presunción de inocencia se ha vencido se hace acreedora a la prisión domiciliaria, pueda concedérsele durante el procedimiento penal la detención preventiva domiciliaria como sustitutiva de la intramuros.

Como se arguye en la demanda de tutela, no hay camino distinto a pensar que ese canon obedece o, cuando menos, coincide con el fundamento constitucional y convencional al que se ha hecho referencia, en tanto que busca garantizar siquiera que la detención domiciliaria no pueda llegar a ser superior o exacerbar a la prisión domiciliaria y a la larga que la medida cautelar llegue a ser más gravosa que la propia pena. Esto adquiere especial trascendencia en casos en los que por las modificaciones y sucesivas restricciones que se implantan normativamente, pueda producirse el evento en el que, por la incoherencia del sistema, una persona que en una eventual

condena estaría sujeta a purgarla en su residencia tenga que soportar una medida de aseguramiento que signifique una privación a la libertad más intensa que esa.

En el camino que viene siendo trazado, existe una norma clara y explícita que autoriza como sustitución la detención domiciliaria (el parágrafo del artículo 38 del Código Penal), que obedece a una naturaleza y fines particulares (los ya vistos). Si ello es así, no puede ser confundida con otras figuras que consagra el ordenamiento jurídico. Esta tiene su funcionamiento y requisitos propios y no pueden endosarse presupuestos de otras instituciones que tienen existencia en razón de otras finalidades y espíritu, a menos que el legislador lo consienta expresamente.

Efectivamente, aunque esa posibilidad legal y la sustitución de la detención preventiva de que trata el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal tienen como común que a la larga la medida de aseguramiento es de detención en el lugar de residencia del procesado, son institutos distintos. La del artículo 314 permite la medida sustitutiva cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia o cuando se haga aconsejable por la edad, gravidez, maternidad y enfermedad del encausado, y para su éxito el legislador diseñó unos requisitos puntuales y específicos. Esta opción del estatuto adjetivo va por otra senda y tiene esos objetivos. Por esas disimilitudes no se contraponen, subsume, engloba ni excluye el otro camino que es el que da el código sustantivo. Se repite, se trata de posibilidades distintas.

De modo que, si a un instituto que tiene una regulación específica se le traslapan o endosan los requisitos de otra figura, aun cuando sean similares, sin que exista una remisión del legislador, ello constituye primeramente un

quebrantamiento de la cláusula de afirmación de la libertad. Esta regla que está prevista en el artículo 295 de la Ley 906 de 2004 reza que *“las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente”*. A partir de allí, en materia penal existe una prohibición de hacer una interpretación analógica restrictiva o *in malam partem*. Ello se termina franqueando si de cara a una figura clara se interpreta que debe ser leída también a la luz de otra similar que trae efectos restrictivos para el procesado.

Por otro lado, no es vano destacar que considerar que bajo el esquema del sistema penal acusatorio no es posible dar aplicación al parágrafo del artículo 38, porque las normas del procedimiento penal del año 2004 no lo asienten es contradictorio. En un sistema de procesamiento como el introducido con el Acto Legislativo 03 de 2002, que se precia de ser más garantista, inspirado en los principios y valores del Estado Social de derecho, resulta problemático pensar que en el sistema de corte inquisitivo se contemplen más garantías. Y es que precisamente el artículo 357 de la Ley 600 de 2000 sí permite que la detención preventiva pueda ser sustituida por detención domiciliaria en los mismos eventos y bajo las mismas condiciones consagradas para la pena sustitutiva de prisión domiciliaria.

El copioso análisis desarrollado hasta aquí conduce a la Sala a reflexionar en el caso concreto, que los Jueces de control de garantías de primera y segunda instancia accionados incurrieron en sus providencias un defecto sustantivo. En ambos casos, ha de recordarse, los Falladores, aunque admitieron la existencia del parágrafo del artículo 38 del Código Penal, propusieron un tipo de interpretación a la norma que implicó desconocer el sentido común y claro de ese canon, que llevó a que se aplicaran otras normas improcedentes para el caso, y que eso mismo trajo que se obviara en

sí misma la norma prevista en el ordenamiento jurídico para resolver el asunto controvertido en contra del derecho al debido proceso del actor. A esta conclusión se arriba por lo siguiente:

Primero, pese a la claridad y literalidad del párrafo del artículo 38, los Juzgadores se valieron de unos requisitos y presupuestos ajenos a la figura invocada, previstos en el artículo 314, aun cuando no existe explícita remisión. Esa hermenéutica implica una intelección o analogía restrictiva para el procesado que está proscrita. El artículo 314 no permite la sustitución de la detención en delitos como el de estafa agravada del artículo 247 del Código Penal, lo que hace que, si se aborda la cuestión bajo esa disposición, de entrada, deba excluirse la posibilidad de concesión de la detención domiciliaria. A diferencia, el párrafo del artículo 38, que remite al artículo 38B y a las demás normas que integran la prisión domiciliaria, como el artículo 68A, no veta la detención domiciliaria para ese delito ni para el uso de documento falso ni el concierto para delinquir simple (imputados y acusados al procesado).

Segundo, eso trae unas consecuencias que no son legítimas a la luz del principio de proporcionalidad, porque si se lo mira a proyección, por el tipo de reatos endilgados al accionante, no existiría impedimento para que, de eventualmente ser condenado, pueda purgar su pena en prisión domiciliaria. Luego, si so pretexto del artículo 314 adjetivo se aduce la improcedencia de la detención preventiva domiciliaria y se refrenda que la medida de aseguramiento operante debe ser la detención intramural, pues esa medida cautelar en calidad terminará siendo más gravosa, intensa y restrictiva del derecho a la libertad que la misma hipotética condena.

Tercero, dicho tratamiento materialmente contrae que si de entrada se antepone la prohibición del artículo 314, no puedan ser discutidos ni

sopesados los reales requisitos que la sustitución de la detención a que hace referencia el párrafo del artículo 38 tiene y que son los mismos del régimen de la prisión domiciliaria, a saber, la constatación del arraigo, que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, que se garantice mediante caución el cumplimiento de las ciertas obligaciones, que la persona no haya sido condenada por delito doloso dentro de los 5 años anteriores y que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos. Conciérnele remarca respecto de esto último, que contrario a lo propulsado por los Juzgadores, la existencia de ese requisito sí puede analizarse aún sin contarse con condena, puesto que ese presupuesto reclama mirar la pena mínima prevista en la ley según los delitos atribuidos y no la cantidad de sanción que al final pueda ser impuesta en concreto.

Cuarto, resulta artificioso el argumento según el cual el párrafo en mención solamente opera ante el juez de conocimiento una vez emitido el sentido del fallo y no antes de esa etapa, cuando el asunto está gobernado exclusivamente por el artículo 314. Allí se desconoce flagrantemente el contenido del artículo 38 que habla en su apartado final de la detención preventiva, sin que impongan algún condicionante respecto de que solamente puede alegarse ante juez de conocimiento y después del sentido del fallo. Por lo demás, eso trae una consecuencia ilógica, que hace desaparecer en sí mismo el instituto, porque lo vuelve de consagración inútil, dado que a partir del sentido del fallo la medida de aseguramiento pierde vigencia y la privación de la libertad se sostiene únicamente en razón del cumplimiento de la pena, por lo que lo relacionado con la libertad se ausulta en atención a los subrogados y sustitutos penales, ergo, es inane discutir la sustitución de una orden cautelar.

Entonces, a la luz de los contenidos legales, constitucionales y convencionales, la aplicación e interpretación enarbolada por los Juzgadores de control de garantías no puede asentirse, siendo que no se trata en este caso solamente de una disyuntiva del criterio del operador judicial, sino que por lo visto acusa la vulneración de derechos fundamentales del procesado, como el debido proceso.

6.6. Mecanismo de protección ante la vulneración de derechos fundamentales

La violación a los derechos fundamentales encontrada trae como consecuencia que se deba aportar un dispositivo corrector particular. En este caso, consistirá en dejar sin efectos las decisiones del 7 de mayo y 8 de junio de 2021 emitidas por los Jueces de control de garantías accionados de primera y segunda instancia y se devolverá la actuación al Juzgado de primer nivel para que resuelva la solicitud presentada por la defensa del encartado, en la forma en que se pronuncie sobre la sustitución de la detención preventiva prevista en el artículo 38 del Código Penal conforme a los requisitos que esa norma prevé y remite expresamente, esto es, lo que componen el régimen de la prisión domiciliaria, sin que le sea dable examinar la petición a la luz de presupuestos ajenos a esa figura, como los contemplados en el artículo 314 procesal. Igual prevención se dirigirá en contra del Juez de segundo grado, en caso de que tuviere que conocer el asunto por apelación.

La medida en comento se declara así, porque no le corresponde al juez de tutela en esta oportunidad discernir si el actor cumple o no los requisitos a que hace referencia y remite el parágrafo del artículo 38, comoquiera que los Despachos judiciales accionados no se avanzaron a ese estudio, al cabo de que primigeniamente sopesaron que, por las razones por cada uno

esgrimidas, el artículo 314 vetaba la detención preventiva para uno de los delitos atribuidos (el de estafa agravada del artículo 247 del Código Penal), de modo que materialmente vieron improcedente detenerse a analizar los supuestos del artículo 38. En ese estado de cosas, no es pasible que vía acción de tutela la Judicatura suplante el pronunciamiento que el juez ordinario debe hacer cuando este no se ha completado. Asimismo, la anulación de las decisiones judiciales objetadas se remite a la de primera instancia, para que con ello se pueda garantizar el ejercicio de la doble instancia para los sujetos procesales legitimados para impugnar, de cara a la nueva determinación que deba adoptar el *A quo*.

7. Decisión

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Conceder el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y demás invocados por el señor XX.

Segundo. En consecuencia, **dejar sin efectos** la decisión emitida el 7 de mayo de 2021 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Arboleda y la providencia del 8 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Penal del Circuito de La Unión Nariño.

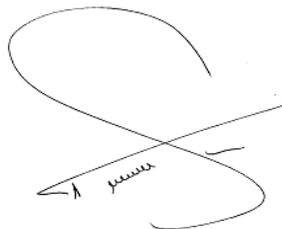
Tercero. Ordenar al Juzgado Promiscuo Municipal de Arboleda que en el término de 5 días convoque y celebre audiencia preliminar destinada a dar a conocer a los sujetos procesales una nueva decisión en relación con la petición de detención domiciliaria sustitutiva elevada por la defensa del encausado el pasado 7 de mayo de 2021. En la determinación que deba adoptar el Juzgador deberá pronunciarse sobre la sustitución de la detención preventiva prevista en el parágrafo artículo 38 del Código Penal conforme a los requisitos que esa norma prevé y remite expresamente, esto es, lo que compone el régimen de la prisión domiciliaria, sin que le sea dable examinar la petición a la luz de presupuestos ajenos a esa figura como los contemplados en el artículo 314 procesal. Igual prevención se dirigirá en contra del Juzgado Penal del Circuito de La Unión, en caso de que tuviere que conocer el asunto por apelación, desde luego, sin perjuicio de los puntos que sean eventualmente objeto de la alzada.

Cuarto. Entérese a los intervinientes de la presente decisión, contra la cual procede el recurso vertical ante la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en la forma prevista en el artículo 30 y 31 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto. Remitir en el término que corresponda la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión en el caso de no ser impugnada.

Déjese las constancias a que hubiere lugar.

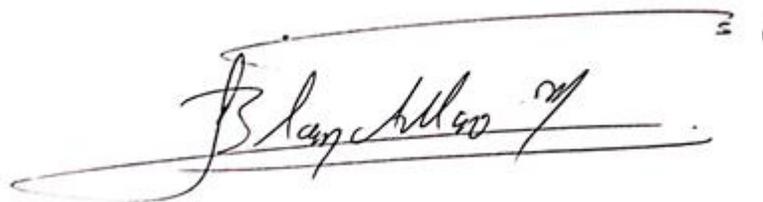
Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.



Franco Solarte Portilla
Magistrado



Héctor Roveiro Agredo León
Magistrado



2915

Blanca Lidia Arellano Moreno
Magistrada



JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 167

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES
LEGALES,**

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos No. PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021 del Consejo Superior de la Judicatura, y CSCSJNAA21- 0001 del 12 de enero de 2021 del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19, y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto de la referencia.

Pasto, 1º de septiembre de 2021.


JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ
Secretario