

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente

Aprobado por Acta de Sala No.163_

Proceso:	Acción de Tutela 2° Instancia
Radicado Juzgado:	81-001-3118-001-2020-00057
Accionante:	YENNI ZULAY REYES MUAJE agente oficiosa de RICARDO SARMIENTO
Derechos invocados:	Salud y Vida
Asunto:	Impugnación de tutela

Sent. No.32

Arauca (A), trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020)

1. ASUNTO A TRATAR.

Resolver la impugnación¹ propuesta por la agente oficiosa de RICARDO SARMIENTO contra la decisión de tutela de primera instancia² proferida el 01 de julio del presente año por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES MIXTAS DE ARAUCA.³

2. DEL CONTENIDO DE LA DEMANDA

La señora YENNI ZULAY REYES MUAJE, en calidad de “*agente oficiosa*” de su compañero permanente, relató que desde el día 11 de abril de 2019 el señor RICARDO SARMIENTO se encuentra recluso en la Estación de Policía del municipio Arauca⁴ como

¹ Fls. 259 a 262 Cdno del Juzgado.

² Fls. 223 a 230 *ibídem*.

³ Juez: Dr. Carlos Eusebio Caro Sánchez.

⁴ Carrera 20 N° 182

presunto autor del delito de acceso carnal violento con menor de 14 años en circunstancias de agravación (art. 205, 211 n° 4,5 C.P), por lo que solicita protección constitucional a sus derechos fundamentales a la salud y vida y en consecuencia se <<*sustituya la pena de detención preventiva en establecimiento carcelario por la detención domiciliaria*⁵>>, que considera amenazados con la aparición del virus COVID-19 y expuesto a ser contagiado por el grave hacinamiento y malas condiciones de salubridad, higiene, agua potable y saneamiento básico en los centros de reclusión, lo que haría nugatoria cualquier medida que se tome.

Reprochó, que no se ha emitido orden judicial o administrativa que les ordene a las autoridades competentes hacer su traslado hasta su lugar de domicilio.

Que de la unión libre hay cuatro hijos de los cuales la menor ANDREA JINETH SARMIENTO REYES presenta discapacidad motriz y no se ha podido continuar con su tratamiento ya que su atención es en la ciudad de Bucaramanga y no cuenta con los recursos económicos para su tratamiento y gastos de transporte.

Como anexos relevantes adjunta:

- (i) Copia de su cédula de ciudadanía y la del señor RICARDO SARMIENTO
- (ii) Copia de registro civil de sus cuatro (4) hijos
- (iii) Historia Clínica de la menor Andrea Jineth Sarmiento Reyes⁶

3. TRÁMITE IMPARTIDO POR LA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Penal del Circuito Para Adolescentes con Funciones Mixtas de Arauca⁷, admitió la demanda, notificó y corrió traslado a las accionadas Presidencia de la República, Ministerio de Justicia y del Derecho, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Unidad de Servicios Penitenciarios y

⁵ A la dirección manzana D lote 95 Barrio San Vicente de la ciudad de Arauca.

⁶ *Suscrita por la Coordinadora del Grupo de Criterios y Análisis de Información*

⁷ Auto del 7 de mayo de 2020.

Carcelario y vinculó al Comando de Policía del Departamento de Arauca, el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Arauca –INPEC, a la Dirección Regional Oriente – INPEC, al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Arauca y a la Fiscalía Quinta Delegada - CAIVAS, a fin de que actúen en el presente trámite tutelar, y requirió a las entidades emitir pronunciamiento en el término de dos (2) días.

Posteriormente, en virtud de la nulidad decretada por esta Corporación⁸, el *a quo* integra el contradictorio con la Estación de Policía de Arauca, otorgándole el mismo término que las demás accionadas para pronunciarse al respecto.

3.1. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS.

3.1.1. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Arauca⁹

A través del Director de la entidad solicita la desvinculación de la presente acción de tutela, por cuanto una vez verificado el aplicativo Sisipec Web del INPEC, el accionante no se encuentra recluido ni a disposición de este establecimiento carcelario y en tales circunstancias no es de su conocimiento el proceso que se adelanta en su contra sino con los procesados cuya situación jurídica son condenados.

3.1.2. Fiscalía Quinta Seccional de Arauca – Unidad CAIVAS

El señor fiscal Jorge Humberto Arroyave Mejía¹⁰, manifestó que resulta improcedente acceder a los solicitado en el escrito de tutela, toda vez que dentro del proceso penal N° 810016109534201200894 el señor RICARDO SARMIENTO se encuentra recluido en establecimiento carcelario fruto de la imputación y medida de aseguramiento realizada en su contra como presunto autor a título de dolo del delito de acceso carnal

⁸ Auto de 12 de junio de 2020.

⁹ Respuesta de tutela de fecha 08 de abril de 2020

¹⁰ Folios 38 del cuaderno del juzgado

violento agravado sobre persona menor de 14 años y por realizarse sobre parientes (artículos 205, 211 # 4 y 5 C.P), por lo que la normatividad aplicable al caso, esto es el artículo 199 numeral 1 y 2 de la Ley 1098 de 2006¹¹ y el Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020¹² excluyen por este tipo de delitos el beneficio de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la detención en el lugar de residencia.

Agregó, que el accionante realizó una apreciación equivocada de los verdaderos alcances que ha tenido el virus COVID-19 frente al caso en concreto, por cuanto la realidad no corresponde con lo manifestado y que pretende el beneficio de alterar su medida de aseguramiento en un centro de reclusión por la domiciliaria sin el pleno cumplimiento de los requisitos legales o argumentos facticos y jurídicos adecuados, por lo que no es plausible pasar por alto el ordenamiento normativo nacional y el adecuado ejercicio del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretado por el Gobierno Nacional de Colombia, para efectos de controlar en nuestro territorio la presencia del coronavirus.

Solicita se resuelva negativamente las pretensiones del accionante.

3.1.3. Juzgado Segundo Penal del Circuito de Arauca

Mediante oficio N° 0577 del 08 de mayo de 2020 la señora Juez¹³ dio contestación a la acción de tutela e indicó que en este Despacho Judicial cursa actuación N° 81-001-61-09534-212-00894-00 seguida contra el señor RICARDO SARMIENTO por la presunta comisión del delito de acceso carnal violento agravado, y que tiene medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión impuesta por el Juzgado Primero Penal Municipal de Adolescentes de Arauca el pasado 11 de abril de 2019.

¹¹ Establece

¹² *Por medio del cual se adoptan las medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria (...)*

¹³ Laura Janeth Ferreira Cabarique

Añadió, que el día 09 de julio de 2019 su Despacho llevó a cabo audiencia de formulación de acusación y fijó fecha para la audiencia preparatoria el día 4 de septiembre del presente año a las 2:30 pm, luego de varios aplazamientos por su defensa y que en la actualidad funge como apoderada del señor SARMIENTO la Dra. GLORIA DARY MOJICA RIAÑO desde el 04 de diciembre de 2019.

Refiere que el Decreto 546 de 2020 expedido por el Presidente de la República busca garantizar los derechos humanos de la población privada de la libertad, entre ellos el derecho a la salud y que contempló un procedimiento para el trámite de detención y prisión domiciliaria transitoria, correspondiendo al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC verificar preliminarmente el cumplimiento de los requisitos objetivos, establecidos en la normatividad para luego remitir a los juzgados junto con las cartillas biográficas, la información que obre en la hoja de vida y los antecedentes judiciales, certificaciones médicas, entre otros.

Solicita denegar la protección tutelar por cuanto el señor RICARDO SARMIENTO o su apoderado no han presentado petición ante la oficina jurídica del establecimiento penitenciario y carcelario del lugar donde se encuentra, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 *ejúsdem* y dependencia que revisa conjuntamente con la dirección INPEC el cumplimiento de los requisitos establecidos en el mencionado decreto legislativo y a su vez remite la solicitud al Juzgado de Ejecución de Penas, control de garantías o al juez de conocimiento, según trate la etapa que se encuentre la actuación.

3.1.4. Dirección Regional Oriente INPEC¹⁴

Obrando en el término el señor coronel (R.A) y director de la entidad¹⁵, señaló que el artículo 2 del Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020 tiene como objeto conceder previo el

¹⁴ Folio 43 al 48 del expediente

¹⁵ Humberto Castillo Saavedra

cumplimiento de unos requisitos las medidas de detención preventiva y de prisión domiciliarias transitorias en el lugar de su residencia o en el que el juez autorice a las personas que se encuentran cumpliendo medida de aseguramiento en establecimiento carcelario con el fin de evitar el contagio del Coronavirus (COVID 19), y trajo a colación las exclusiones que contiene el artículo 68ª del Código Penal.

Que conforme al artículo 8 de la norma ibídem, el procedimiento para acceder a este beneficio es a través del establecimiento donde se encuentra recluso el señor RICARDO SARMIENTO (estación de policía de Arauca), por cuanto es allí donde reposa todo su prontuario con aras de establecer si el PPL cumple con requisitos establecidos (control preliminar) y de llegar a cumplirlo, será remitida al juez que vigila la pena, esto es el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, quien debe evaluar si cumple con el factor objetivo.

Respecto a la sobrepoblación carcelaria, su competencia se limita a *“dar cumplimiento a las ordenes escritas de encarcelación o detención libradas por las autoridades judiciales competentes y las autoridades dispuestas en la Resolución No.1203 del 2012”*, y que son los entes territoriales *“el departamento y municipio de Arauca”* los responsables de la organización, administración, sostenimiento, vigilancia de las cárceles y de atender y crear cárceles departamentales para la población reclusa en calidad de sindicada.

Destacó, que en miras de salvaguardar los derechos de la población carcelaria, la Directiva estableció unas directrices para la prevención e implementación de las medidas de control ante casos probables y confirmados de COVID-19 en el país, donde dispone el artículo 4 de la Circular N° 00004 del 11 de marzo de 2020 *“restringir”* hasta nueva orden el ingreso de personas privadas de la libertad que provengan de las estaciones de policía o centro de reclusión transitorias, tal y como es el caso del accionante.

Solicita su desvinculación de la presente acción de tutela como quiera que quedó demostrado que la Regional Oriente del INPEC

Bucaramanga no es competente para una solución de fondo a lo pretendido por el señor RICARDO SARMIENTO.

3.1.5. Comando de Policía del Departamento de Arauca

En los términos legales, la Institución dio respuesta a su vinculación e informó que ha solicitado mediante oficios N° S-2020-005058DEARA y S-2020-014248-DEARA del 5 de febrero y 30 de marzo hogaño al Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC Arauca, quien es la autoridad competente para adelantar las gestiones pertinentes para el traslado del señor RICARDO SARMIENTO y de todo el personal que se encuentran en la sala de detenidos de la Policía Nacional, por lo que solicita su desvinculación teniendo en cuenta que no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

3.1.6. Ministerio de Justicia y del Derecho

El señor Director del Ministerio de Justicia y del Derecho en ejercicio de sus facultades legales reprochó lo planteado por el accionante a través de su agente oficiosa, por cuanto las estadísticas mundiales demuestran que el riesgo de muerte es mínimo para quienes no tienen comorbilidad con otras patologías y que no es cierto que permanecer en el establecimiento traería la muerte del señor SARMIENTO, prueba de ello es que a la fecha el número de contagios no es significativo respecto del volumen de población que allí se encuentra en los centros de detención carcelarios.

Que la población vulnerable al COVID 19, son especialmente los adultos mayores, personas con VIH o enfermedades respiratorias, o en su defecto a personas que cometieron delitos de bajo impacto y no violentos.

Agregó, que el Gobierno Nacional junto con el Instituto Penitenciario y Carcelario (INPEC) y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) han adoptado una serie de medidas que materializan las recomendaciones dadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Comité

Internacional de la Cruz Roja (CICR) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en materia de detención de la pandemia declarada tras la expansión del COVID-19, entre ellas la Directiva 004 del 11 de marzo de 2020, las Resoluciones 001144 y 01274 de 2020, entre otras; con miras de salvaguardar los derechos de la población carcelaria y en aplicabilidad de los protocolos de lavado de manos, uso correcto de elementos de protección personal, suspensión de todas las visitas del personal externo, realización de audiencias virtuales, se reforzó las medidas de ingreso al personal de forma obligatoria y el manejo adecuado de residuos hospitalarios.

Recalcó que el Decreto Legislativo 546 de 2020 limitó conceder beneficios a quienes hubieren cometido delitos relacionados con lesiones personales, violencia intrafamiliar, feminicidio, concierto para delinquir (simple o agravado), homicidio (simple o agravado), extorsión, delitos sexuales, cuya protección se orienta en salvaguardar los derechos de las víctimas, de la sociedad, el bien jurídico lesionado por el interno, la gravedad de su conducta, la duración de la pena, el peligro para la seguridad de la sociedad y las víctimas y la magnitud del daño causado.

Aclaró que no es la entidad facultada para cumplir con las pretensiones del accionante, toda vez que de acuerdo con los artículos 7 y ss. del Decreto Legislativo en mención es la jurisdicción penal quien deberá resolver si es procedente el beneficio requerido, así las cosas corresponde a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en el marco de sus funciones (ART. 38 de la Ley 906 de 2004) y de acuerdo con la normatividad vigente revisar en cada caso concreto y de proceder otorgar la detención domiciliaria.

3.1.7. Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - USPEC

Que de acuerdo con sus competencias establecidas en artículo 4¹⁶ del Decreto 4150 de 2011, la USPEC ha desplegado todas las

¹⁶ Gestionar y operar el suministro de bienes y prestación de los servicios la infraestructura y brindar el apoyo logístico y administrativo requeridos para el

gestiones necesarias con el fin de contrarrestar los efectos de un virus totalmente desconocido para la humanidad u orientadas a suplir las necesidades derivadas de la pandemia COVID- 19 en beneficio de la PPL y adoptando planes de contingencia para prevenir, detectar, contener y en su momento tratar la pandemia en los establecimientos penitenciarios y carcelarios a cargo del INPEC, directamente a través de los responsables en materia de prestación de servicios de salud, alimentación, y servicios públicos.

Solicita se ordene a los entes territoriales de Arauca, es decir Gobernación y Alcaldía del Municipio de Arauca, incluir en sus respectivos presupuestos las partidas necesarias para los gastos de cárceles, pagos de empleados, raciones de presos, gastos por remisiones y viáticos, materiales y suministros de compras de equipos y demás servicios, con aras de salvaguardar los derechos de los trabajadores y la población reclusa.

Concluye el señor RICARDO SARMIENTO hace parte del régimen subsidiado en salud – Cabeza de familia desde el 01 de enero del año 2016, por lo que se encuentra protegido su derecho fundamental a la salud.

3.1.8. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC

Señaló, a través de apoderado judicial¹⁷, que la problemática de hacinamiento es de un 81% en los centros penitenciarios y carcelarios y que la misma obedece a la alta sobrepoblación reclusa que supera las competencias institucionales del INPEC, por lo que su solución radica en cabeza de los entes territoriales “Gobernación y Alcaldía”, quienes tiene el deber legal y constitucional, bajo el principio de colaboración armónica, la responsabilidad de la creación y manutención de las cárceles, con el fin de que se adicione en sus presupuestos rubros destinados a atender los requerimientos de los internos, permitiendo suscribir convenios de integración y la consecución de proyectos.

adecuado funcionamiento de los servicios penitenciarios y carcelarios, los cuales se encuentran a cargo del INPEC.

¹⁷ Dr. José Antonio Torres Cerón, tarjeta profesional No.108067 del CSJ

Que respecto a la alerta mundial del virus denominado SARS-CoV-2 causante de la enfermedad conocida como COVID 19, la Dirección General del INPEC emitió la Directiva 000004 de fecha 11 de marzo de 2020 dirigida a las DIRECCIONES REGIONALES, DIRECTORES Y SUBDIRECTORES DE LOS ERON, haciendo una actualización a las medidas sanitarias que se recomienda sean implementadas en cada uno de los establecimientos de reclusión para disminuir el riesgo de contagio y dar manejo a los casos probables o confirmados.

Que no se puede considerar que la decisión más apropiada sea la de cerrar los establecimientos preventivamente, por cuanto la solución radica en la concertación de una verdadera política criminal, donde las instituciones conformadoras del Consejo Superior de Política Criminal hagan efectivo un plan de marcha que se vea reflejado en la prevención del delito y en la mitigación de los grupos delincuenciales y el acceso a los subrogados penales con el fin de des hacinar los establecimientos carcelarios y de detención preventiva.

Añadió, que no está dentro de la órbita de sus funciones conceder la sustitución de la prisión en establecimiento de detención provisional por la domiciliaria, ya que son funciones exclusivas del Juzgado de ejecución de penas que vigila la pena o del juez de conocimiento.

Concluye, que el Gobierno Nacional está trabajando para emitir el listado del personal privado de la libertad que saldrá en detención domiciliaria transitoria.

3.1.9. Presidencia de la República.

Por intermedio de apoderada judicial¹⁸ señala que la acción de tutela no es la instancia para analizar “*la conveniencia, oportunidad, legalidad o constitucionalidad de las medidas tomadas para hacerle frente a la crisis generada por la COVID-19*”, pues los criterios adoptados en el

¹⁸ Dra. María Carolina Rojas Charry, t.p. 151.728.

Decreto 546 de 2020 para sustituir la detención preventiva en establecimientos penitenciarios por la del lugar de la residencia no son para nada caprichosos, y responden a máximas de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, donde se pondera el bien jurídico lesionado, la gravedad de la conducta, la duración de la pena, el peligro para la seguridad de la sociedad y las víctimas y la magnitud del daño causado, conforme los Lineamientos de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, 2019 – 2022.

Añade que las competencias del señor Presidente de la República¹⁹ no guardan relación directa con el asunto planteado, por lo que solicita su desvinculación, ante su falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.1.10. Estación de Policía de Arauca.

El Comandante de la Estación de Policía de Arauca²⁰ solicita la improcedencia de la presente acción pues la accionante cuenta con otros mecanismos judiciales para la protección de los derechos fundamentales invocados. Agrega que en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 749 de 2020²¹, las personas privadas de la libertad en la estación de policía se encuentran en aislamiento preventivo. Señala igualmente que es responsabilidad exclusiva del INPEC el traslado y disposición de acuerdo a los cupos vigentes a nivel nacional, de las personas que cumplen pena privativa de la libertad o medida de aseguramiento con detención preventiva.

3.2. Decisión de primera instancia.

El Juzgado Primero Penal del Circuito Para Adolescentes con Funciones Mixtas de Arauca, mediante providencia del 01 de julio de 2020, estableció la improcedencia de la acción de tutela, con fundamento en que el señor RICARDO SARMIENTO no agotó los

¹⁹ Artículo 189 de la Constitución Política.

²⁰ Mayor Gilberto Benavides Salazar.

²¹ “Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público.”

medios ordinarios de defensa judicial idóneos para controvertir la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, puesto que conforme lo informado por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE ARAUCA, el accionante no ha realizado ninguna petición al interior de la actuación seguida en su contra tendiente a la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la domiciliaria, o a la revocatoria de la medida de aseguramiento.

Tampoco demostró la existencia de un perjuicio irremediable esto es la existencia de prueba sumaria que indique que padece de alguna enfermedad, patología o tratamiento incompatible con la vida en reclusión y su vez lo hiciera acreedor de la protección inmediata de los derechos invocados; además la USPEC ha impartido instrucciones al Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 para adoptar planes de contingencia en procura de prevenir, detectar, contener y tratar la enfermedad COVID-19 en los establecimientos carcelarios y penitenciarios a cargo del INPEC.

Finalmente, exhorta al Comando de Policía del Departamento de Arauca, a la Estación de Policía de Arauca y al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Arauca, con el fin de que estén prestos a aplicar las medidas necesarias para la prevención del COVID- 19 dentro de sus establecimientos, de conformidad con lo dispuesto por el Gobierno Nacional, la USPEC, las instituciones territoriales y autoridades sanitarias del nivel nacional, departamental y municipal, en virtud del estado de cosas de inconstitucional de la población penitenciaria y carcelaria y la condición de especial de sujeto de especial protección constitucional de las personas privadas de la libertad – PPL.

3.3. De la impugnación.

Mediante escrito la agente oficioso del señor RICARDO SARMIENTO reitera que se vulnera el derecho a la salud de su compañero permanente, pues lleva más de un año recluido en la Estación de Policía de Arauca bajo condiciones de hacinamiento.

Solicita por tanto conceder la sustitución de detención preventiva solicitada, en aras de evitar un perjuicio irremediable de sus derechos fundamentales.

5. CONSIDERACIONES.

5.1 Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer la presente acción de tutela, de conformidad con lo estipulado en el numeral 5° del artículo 1 del Decreto 1983 de 2017.

5.2. Exámen de procedencia de la acción de tutela

5.2.1 Legitimación activa

El inciso primero del artículo 86 Constitucional consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, **por sí misma o por quien actúe a su nombre**, la **protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados**, mediante un procedimiento preferente y sumario. Igualmente, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá ejercer la acción descrita por sí mismo o por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que **la agencia oficiosa se define como el mecanismo legal y admitido por la jurisprudencia, para que un tercero actúe en favor de otra persona, sin necesidad de poder** y orientado a “*garantizar la protección y eficacia de los derechos fundamentales del agenciado*”²², la cual se encuentra cimentada en tres principios constitucionales “(i) el principio *de eficacia de los derechos fundamentales*”²³, que como mandato vinculante tanto para las autoridades

²² Sentencia T-652 de 2008.

²³ Este principio se encuentra consagrado en el artículo 2º de la Constitución, sobre el enunciado del mismo se pronunció la Corte en sentencia T-011 de 1993 y afirmó que “Cuando la Constitución colombiana habla de la efectividad de los derechos (art., 2 C.P.) se refiere al concepto de eficacia en sentido estricto, esto es, al hecho de que las normas determinen la conducta ciudadana por ellas

públicas como para los particulares, impone la ampliación de los mecanismos institucionales para la realización efectiva de los contenidos propios de los derechos fundamentales; (ii) el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas,²⁴ principio que se encuentra en estrecha relación con el anterior y está dirigido a evitar que por razones de formalidad procesal se impida la protección efectiva de los derechos sustanciales; y (iii) el principio de solidaridad, el cual impone a los miembros de la sociedad velar por la defensa no sólo de los derechos fundamentales propios, sino también por la defensa de los derechos ajenos cuando sus titulares se encuentran en imposibilidad de promover su defensa”²⁵.

La misma corporación ha establecido como **requisitos normativos para la procedencia de la agencia oficiosa** que, *i) el agente oficioso manifieste que actúa como tal; (ii) del escrito de tutela se infiera que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer dicha acción, ya sea por circunstancia físicas o mentales; (iii) el titular del derecho debe ratificar lo actuado dentro del proceso y (iv) la informalidad de la agencia, es decir, no requiere que exista relación formal entre el agente y el agenciado*²⁶. *“Esta figura se encuentra limitada por la prueba del estado de vulnerabilidad del agenciado. Esto garantiza la autonomía de la voluntad de la persona que tiene la capacidad legal para el ejercicio sus derechos fundamentales por sí misma”*²⁷, advirtiendo que si dichos requisitos no convergen, no se perfecciona tal figura, como tampoco la legitimación en la causa por activa.

La jurisprudencia también ha dicho que cuando en el escrito de tutela no se pone de presente que el agente actúa oficiosamente es deber del funcionario judicial examinar las circunstancias que determinaron esa situación y decidir sobre ellas²⁸, en virtud del principio de eficacia de los derechos fundamentales, ya que existen casos excepcionales donde el juez debe moderar o examinar con menos rigor dichos requisitos con el fin de hacer efectivos los derechos fundamentales de las personas, *verbi gratia* en sentencia T-095 de 2005,

“cuando en el escrito de tutela no se manifiesta en forma expresa que se están agenciando derechos de personas que se encuentran

prescrita y, además logren la realización de sus objetivos, es decir, realicen sus contenidos materiales y su sentido axiológico”.

²⁴ En la Sentencia T-603 de 1992 esta Corte afirmó que la posibilidad del agenciamiento de derechos ajenos en materia de tutela constituye un desarrollo “lógico” del principio de prevalencia de los aspectos sustantivos sobre los aspectos formales. Así también en sentencia T-044 de 1996, la Corte afirmó que con la agencia oficiosa “Se trata una vez más de asegurar la vigencia efectiva de los derechos por encima de formalidades externas, en una manifestación de la prevalencia del derecho sustancial.”

²⁵ Ver sentencia T-029 de 1993.

²⁶ Sentencias SU-288 de 2016, SU-173 de 2015, T-467 de 2015, T-004 de 2013, T-109 de 2011, T-531 de 2002, T-452 de 2001, T-342 de 1994, T-414 de 1999, T-422 de 1993, T-421 de 2001, T-044 de 1996 y T-088 de 1999, entre otras.

²⁷ Sentencias T-700 de 2014 y [T-503 de 1998](#), entre otras.

²⁸ Sentencias T-275 de 2009, T-573 de 2008, T-299 de 2007 y T-843 de 2005, entre otras.

imposibilitadas para acudir a un proceso, pero del contenido mismo de la demanda de tutela se concluye que se actúa en nombre de otro, el juez constitucional debe interpretar la demanda y aceptar la procedencia de la agencia oficiosa”.

Como también deberá auscultar el por qué el agenciado se encuentra o no en imposibilidad de interponer directamente la tutela, observando los siguientes criterios:

“El ejercicio valorativo que implica definir si el agenciado se encuentra en incapacidad de interponer por sí mismo la acción, desborda el marco estricto de lo que legalmente constituye la capacidad²⁹ y ha de tener en cuenta también factores diferentes como, por ejemplo, el estado de salud del interesado. Se sigue ello de la expresión misma contenida en el inciso 2° del artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, que indica: “...cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa...”; generando de ésta manera una amplia órbita de hipótesis que se adecúan a lo preceptuado por la norma. Así pues, aunque quien crea lesionados sus derechos fundamentales sea mayor de edad y tenga pleno uso de sus facultades mentales, si se encuentra en un estado de postración tal que le impide movilizarse o por motivos de fuerza mayor (peligro de muerte, por ejemplo) no puede abandonar el lugar de su domicilio, se entenderá incapacitado para interponer por sí mismo la acción de amparo constitucional y un agente oficioso podrá hacerlo en su nombre”³⁰.

Frente a los casos de las personas privadas de libertad, considero que merecen una interpretación generosa no solo en atención a que el sistema penitenciario fue declarado en un estado de cosas inconstitucional³¹, sino porque los reclusos tienen limitados algunos de sus derechos fundamentales, lo cual los hace sujetos de especial protección y, por lo mismo, en algunos eventos, se encuentran incapacitados para solicitar el amparo de manera directa, tal como se analizó en sentencia **T-1168 de 2003**:

“La Corte ha explicado que los reclusos se encuentran en una situación de debilidad manifiesta³² que determina la obligación estatal de proteger y hacer efectivos sus derechos (C.P., artículo 13). Y, en este orden de ideas, el Estado es responsable de garantizar el goce de los derechos fundamentales de los reclusos que no hubieren sido suspendidos o limitados en razón de la pena impuesta, so pena de comprometer su responsabilidad patrimonial, disciplinaria o de cualquier otra índole³³”.

²⁹ Ver arts. 1503 y 1504 del Código Civil.

³⁰ Sentencias T-681 de 2004 y T-017 de 2014.

³¹ Sentencia T-153 de 1998.

³² Cfr. Sentencia T-958 de 2002.

³³ Cfr. sentencias T-347 de 1993, T-324 de 1994, T-420 de 1994 y T-705 de 1996.

La línea jurisprudencial admite el reconocimiento de procedencia de la agencia oficiosa, cuando se evidencia la imposibilidad del agenciado para interponer la acción de tutela. *Verbi gratia*, en sentencia **T-412 de 2009** se analizó el caso de la señora María de las Mercedes Barrios Torres quien interpuso tutela en representación de su hija que se hallaba privada de libertad y “*en situación de aislamiento*” al momento de presentar la acción, con la cual pretendía el traslado de centro penitenciario. En este evento se consideró que la madre de la reclusa tenía legitimación por activa para reclamar los derechos a la dignidad, a la vida, a la salud y a la unidad familiar de la hija que se hallaba incomunicada.

5.3 Examen del caso

En el caso que nos ocupa, con la información suministrada por las autoridades accionadas se constata la privación de la libertad del señor RICARDO SARMIENTO desde el 11 de abril de 2019 como consecuencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta dentro del proceso adelantado en su contra por la presunta comisión del delito de Acceso Carnal Violento Agravado, donde el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Arauca tiene programada audiencia preparatoria a celebrarse el próximo cuatro (4) de septiembre

Del contenido de la demanda, se advierte que si bien es cierto la accionante indicó que actuaba como compañera permanente del señor SARMIENTO, no ocurre lo mismo con el requisito de carácter probatorio relativo con la demostración de que el privado de la libertad se encuentra en imposibilidad para interponer, de manera autónoma y directa, la tutela.

En efecto, del análisis de las circunstancias fácticas del caso no se infiere la dificultad o imposibilidad del señor SARMIENTO para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados, por lo que está en capacidad de defender directamente sus derechos si los considera vulnerados, tarea que perfectamente pudo delegar en el profesional del derecho que asume su defensa técnica dentro del proceso penal, la asesoría jurídica del penal o la defensoría del pueblo, además, no se aportó medio de convicción alguno que permitiera

establecer que en esta oportunidad se hallaba imposibilitado para acudir directamente ante el juez constitucional, como tampoco existe ratificación de su parte respecto de la demanda de tutela interpuesta por su progenitora.

Siendo así, considera la Sala que los requisitos para la configuración de la agencia oficiosa no convergen en el asunto y, en esas circunstancias, no puede conocer el fondo de la acción de tutela por ausencia de una de las exigencias legales establecidas para ello, como es la legitimación por activa.

No obstante, si en gracia de discusión se admitiera que existe legitimación en la causa por activa de la señora REYES MUAJE, la acción de tutela en este caso tampoco resulta procedente para sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión, como tampoco se avendría estudiar la viabilidad de alguno de los beneficios que contempla el Decreto 546 del 14 de abril de 2020, porque la calidad de acusado que ostenta el señor SARMIENTO, legalmente lo obliga a presentar cualquiera de estas solicitudes ante los Jueces de Control de Garantías.

En tal sentido, resulta evidente que el actor no ha agotado los mecanismos ordinarios de defensa judicial con los que cuenta al interior del proceso penal que cursa en su contra, situación que torna improcedente el amparo pretendido.

En efecto, conforme lo normado en los artículos 153 y 154 *ibídem*, las solicitudes de sustitución de detención preventiva deberán adelantarse ante el Juez de Control de Garantías mediante audiencia preliminar; a saber:

“ARTÍCULO 153. NOCIÓN. Las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, se adelantarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías.

ARTÍCULO 154. MODALIDADES. Se tramitará en audiencia preliminar:

(...)

4. La que resuelve sobre la petición de medida de aseguramiento.

(...)

9. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores.”

Por tanto, es el proceso penal, a través de lo dispuesto en la normatividad arriba citada, el escenario pertinente para que el agenciado procure la defensa de sus derechos fundamentales, pues conforme lo reseñado por la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela es improcedente en los eventos que el juicio se encuentra en curso. Ello es así en razón al carácter residual y subsidiario del trámite de amparo, y además porque su intervención en tales eventos implicaría la vulneración de los principios de independencia y autonomía judicial, legalidad y juez natural:

“Particularmente, en cuanto a la primera causal en comento, la intervención del juez constitucional está vedada porque la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser analizados al interior del trámite procesal respectivo. De hecho, las etapas, recursos y procedimientos que conforman un proceso judicial son por excelencia los espacios en que se debe solicitar la protección a los derechos fundamentales, máxime cuando aún no existe una decisión definitiva por parte de la autoridad judicial que conoce la causa. En ese sentido, la sentencia SU-695 de 2015 destacó que “la jurisprudencia de este tribunal constitucional ha sido enfática y reiterativa en señalar que la acción de tutela no procede de manera directa cuando el asunto está en trámite, toda vez que se cuenta con la posibilidad de agotar los medios de defensa previstos en el ordenamientos”. Por consiguiente, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias y solo en caso excepcionales a través de la acción de tutela.

(...)

En este orden de ideas, la subsidiariedad y la excepcionalidad de la acción de tutela permiten reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Al existir esos mecanismos, se debe acudir a ellos preferentemente, razón por la cual quien invoca la protección de sus derechos a través del amparo tutelar

*debe agotar los medios de defensa que establece la legislación para tal efecto.*³⁴

Así mismo, resulta necesario señalar que para aplicar lo establecido en el Decreto 546 de 2020, tendiente a la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la detención en el lugar de residencia con el fin de evitar contagios por COVID-19, conforme lo dispuesto en el artículo 7° *ibidem*, el interesado deberá elevar la correspondiente solicitud³⁵ ante el Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales o quien haga sus veces, quien lo asignará por reparto al Juez de Control de Garantías, el cual, luego de solicitar al fiscal correspondiente la información y documentación necesaria, adoptará la decisión en un término de cinco (5) días mediante auto escrito, susceptible del recurso apelación en efecto devolutivo.

En tal sentido, el tutelante tampoco demostró haber agotado el mentado procedimiento, mismo que goza de idoneidad y eficacia suficiente para resolver su solicitud, pues la norma en comento contempla un término breve para adoptar la decisión correspondiente (5 días), y además otorga la garantía de apelar la decisión adoptada ante el superior jerárquico. Por tal razón, ante la omisión en el ejercicio de los mecanismos procesales pertinentes, resulta vedada cualquier intervención del juez de tutela al respecto, so pena de vulnerar el ámbito de competencia legalmente otorgado al juez natural del asunto.

Igualmente, en lo que respecta a la concesión transitoria del amparo en aras de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha puntualizado que en estos casos debe demostrarse la existencia de un daño inminente, cierto, evidente e irreparable, que requiere la adopción de medidas

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-016 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

³⁵ Acompañada de la cartilla biográfica digitalizada, y el certificado médico correspondiente, entregados por el Director General del INPEC.

prontas, urgentes e impostergables en aras de evitar su consumación:

*“En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha resaltado una serie de criterios a partir de los cuales debe evaluarse si, en un caso concreto, se está ante la presencia de un perjuicio irremediable que permita la procedencia del mecanismo de amparo constitucional. Tales presupuestos apuntan a que el perjuicio es aquel (i) que se produce de manera **cierta y evidente** sobre un derecho fundamental; (ii) que produce un **daño inminente**; (iii) que de ocurrir **no existiría forma de reparar** el daño producido; (iv) que resulta **urgente** la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y (v) que la gravedad de los hechos es de tal magnitud que **hace evidente la impostergabilidad de la tutela** como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.”³⁶ (Subrayas fuera de texto).*

En el presente caso, la accionante no aportó elemento de juicio alguno que permita a esta Colegiatura colegir que el agenciado se halle en una situación especial de salud, que por su gravedad requiera la adopción de medidas apremiantes para procurar la ocurrencia de un perjuicio irreparable, o que sean incompatibles con su reclusión en la Estación de Policía de Arauca, lo que torna improcedente el amparo transitorio.

Así las cosas, se confirmará la sentencia del 01 de julio de 2020, que declaró improcedente el amparo solicitado.

6. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

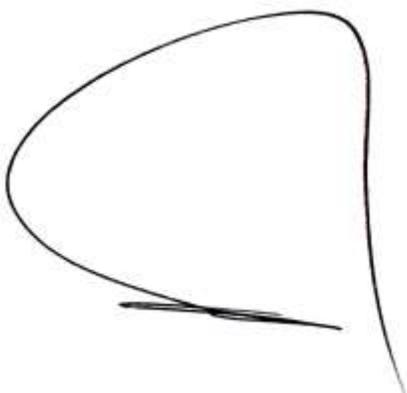
7. RESUELVE

³⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-695 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la decisión adoptada el 01 de julio de 2020 por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES MIXTAS DE ARAUCA, conforme las consideraciones *ut supra*.

SEGUNDO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase esta actuación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ

Ponente



MARTÍN FERNANDO JARABA ALVARADO

Magistrado



MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Magistrada