

T-288-19

DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL Y A LA VIDA-Deberes mínimos que deben cumplir las autoridades para la protección

DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL-Niveles de riesgo

DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL Y A LA VIDA-Protección por tutela

PROGRAMA DE PROTECCION A VICTIMAS, TESTIGOS E INTERVINIENTES EN EL PROCESO PENAL DE LA FISCALIA GENERAL-Regulación y contenido

PROGRAMA DE PROTECCION A VICTIMAS, TESTIGOS E INTERVINIENTES EN EL PROCESO PENAL DE LA FISCALIA GENERAL-Orden a la Fiscalía General, reintegrar al accionante y su núcleo familiar al programa de protección y asistencia, y adoptar medidas para evitar la consumación de amenazas en su contra

Expediente T-6.899.349

Acción de tutela presentada por JDYD contra la Dirección Nacional de Protección de la Fiscalía General de la Nación

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por las magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger y el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de

Santa Marta, Magdalena, en primera instancia, y por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Magdalena, en segunda instancia, dentro de la acción de tutela promovida por JDYD contra Dirección Nacional de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación.

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Ocho, mediante Auto proferido el 16 de agosto de 2018.

Atendiendo al hecho de que el actor estuvo vinculado al Programa de Protección y Asistencia a Víctimas de la Fiscalía General de la Nación, el cual, de conformidad con el artículo 4 de la Resolución 0-1006 de 2016, se encuentra sometido al principio de reserva de la información, advierte esta Sala la necesidad de suprimir de esta providencia y de cualquier otra publicación el nombre del accionante así como de aquella información que permita su identificación o de su núcleo familiar. Esta medida se adopta como mecanismo de protección a la vida, a la seguridad e integridad personal y a la intimidad del demandante y su familia[1].

II. ANTECEDENTES

1. Reseña fáctica[2]

1.1. El demandante fue miembro del Bloque Resistencia Tayrona, del grupo armado Autodefensas Unidas de Colombia; desmovilizándose del mismo en el año 2006. Fue capturado en 2012 por extorsión en la ciudad de Santa Marta, proceso en el cual colaboró con la justicia. En virtud de tal colaboración, hizo parte del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos e Intervinientes en el Proceso Penal (en adelante Programa de Protección y Asistencia) de la Fiscalía General de la Nación hasta el año 2016, concluyendo con la medida de reubicación definitiva.

1.2. En 2017, regresó a la zona de riesgo para buscar documentación de sus hijos. En esa oportunidad se encontró con integrantes de la organización delictiva XX, quienes le ofrecieron participar en el cobro de extorsiones a establecimientos comerciales. Aceptando dicha oferta y participando en actos ilegales, pudo conocer a los cabecillas de la organización, así como su actuar delictivo. El accionante, en calidad de informante de la Policía Nacional, se infiltró en la banda criminal XX e intervino en operaciones, realizadas en

el año 2017, con el fin de colaborar en la desarticulación efectiva de dicha banda. Los agentes de la Policía le manifestaron que realizarían la solicitud de inclusión al Programa de Protección y Asistencia de él y su núcleo familiar, dada la importancia de la información que iba a aportar como testigo en el proceso penal.

1.3. Como resultado de la infiltración, el accionante, en entrevista con agentes de la Policía, informó los detalles de las reuniones realizadas, lo que condujo a la captura de 23 integrantes de la banda XX el 23 de junio de 2017.

1.4. El demandante manifestó que, el 26 de julio de 2017, recibió amenazas por parte de familiares de las personas que fueron capturadas gracias a la información que él entregó, declarando que: “se me acercaron donde mi abuela y me enrostraron mi actuar y llegó una moto, posteriormente y a su vez me han llamado por teléfono y me dicen que me van a matar y a picar”[3]. En virtud de lo anterior, el 26 de julio de 2017, presentó solicitud de medida de protección ante la Unidad de Alertas y Clasificación Temprana de Denuncia.

1.5. En virtud de dichas amenazas, la SIJIN requirió en dos oportunidades, ante la Fiscalía 12 Especializada de BACRIM en Barranquilla, la inclusión del accionante en el Programa de Protección y Asistencia. El 28 de septiembre de 2017, luego de haber sido remitida la solicitud por la Fiscalía 12 Especializada, se dispuso la no vinculación del accionante y su núcleo familiar por no cumplirse con el principio de conexidad, principio rector indispensable para el acceso al programa.

1.6. Dada la negativa de la Dirección Nacional de Protección y Asistencia, el accionante acudió a la Procuraduría 20 Judicial II de Apoyo a Víctimas solicitando la intervención de dicho ente para que le fuera brindada protección y así amparar sus derechos a la vida, a la integridad física, a la protección de colaboradores con la justicia y la eficacia en cooperación con la justicia. En noviembre de 2017, se libraron oficios dirigidos tanto a la Fiscalía 12 Especializada de la Unidad de BACRIM, como a la Dirección del Programa de Protección de la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que, en caso de no haberse materializado, se procediera inmediatamente a la inclusión del accionante en el ya mencionado programa.

1.7. El día 4 de diciembre de 2017, la Procuraduría solicitó al director del Programa de Protección —Jaime Enrique Pinillos Ramírez— que revisara la inclusión del aquí accionante

por “ser objeto de amenazas de muerte, tanto para él como para su familia, por sujetos de la organización delincriminal XX”[4].

1.8. Mediante comunicación del 19 de enero de 2018, la Dirección Nacional de Protección y Asistencia reiteró la no vinculación al accionante y a su grupo familiar al Programa de Protección y Asistencia porque “no se presentaron los principios rectores indispensables para efectuar la incorporación como beneficiarios, según lo establecido en el literal a, artículo 52 de la Resolución 0-1006 de 2016: en lo que se refiere al principio de conexidad”[5].

1.9. En entrevista con la Dirección de Protección y Asistencia, el accionante manifestó que el 1 de abril de 2018 lo contactó un miembro de la organización criminal —cuyo padrastro es el padre del solicitante— a pedir que se retractara de sus declaraciones, a cambio de lo cual recibiría dinero. Ante la negativa del accionante, dicho miembro le manifestó que la orden estaba dada para que lo asesinaran[6].

1.10. En virtud de lo anterior, el accionante interpuso acción de tutela al considerar que la Dirección Nacional de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación vulneró sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a la protección de colaboradores con la justicia, a la eficacia en colaboración con la justicia, al negar su inclusión en dicho programa.

2. Pretensiones

El accionante pretende que, por medio de la acción de tutela, le sean amparados sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a la protección de colaboradores con la justicia, a la eficacia en colaboración con la justicia. En consecuencia, solicitó que se ordene a la Dirección Nacional de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación, para que él y su núcleo familiar sean incluidos en el Programa de Protección y Asistencia.

3. Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente

Obran en el cuaderno 1 del expediente, copia de los siguientes documentos:

-Auto del 16 de agosto de 2018, por medio del cual se seleccionó para revisión el

expediente de tutela bajo análisis (folios 3-12).

- Auto del 27 de noviembre de 2018 por medio del cual se requirieron pruebas y se suspendió el término para fallar (folios 15-17).

- Oficio No. 20181100153081 del 6 de diciembre de 2018, proferido por el Programa de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación (folios 27-34).

- Memorando No. 314 del 29 de agosto de 2017, constitutivo de Evaluación Técnica de Amenaza y Riesgo a Víctimas, Testigos e Intervinientes en el Proceso Penal, proferido por la Dirección de Protección y Asistencia (folios 35-49).

- Informe de seguimiento a la incorporación al programa de la Dirección Nacional de Protección y Asistencia (folios 50- 59).

- Proyecto de reubicación definitiva No. 210315 del 23 de noviembre de 2016 (folios 60-68).

- Acta de reubicación definitiva de JDYD, emitida el 5 de diciembre de 2016 (folios 68-76).

- Memorando No. 061-1 del 9 de marzo de 2018, proferido por el director del Programa de Protección y Asistencia (folios 77-78).

- Concepto de del Comité de Riesgo e Ingreso y Recomendación de Medidas de Protección del caso No. 07308E (folio 79).

- Acta de no vinculación del 6 de junio de 2018, emitida por el director de Protección y Asistencia (folios 80-81).

- Oficio del 7 de diciembre de 2018 proferido por el Departamento de Policía de Magdalena (folios 83-84).

- Oficio No. S-2018.043753-REGIN-SIJIN1.10 del 8 de diciembre de 2018 proferido por Seccional de Investigación Criminal MESAN (folios 85-87).

- Oficio No. 239 del 5 de diciembre de 2018 proferido por la Procuraduría 20 Judicial II de

Apoyo a Víctimas (folios 89-98).

- Comunicación del 16 de enero de 2019 de la Secretaría General de la Corte Constitucional (oficio 145).

Obran en el cuaderno 2 del expediente, copia de los siguientes documentos:

- Decisión de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala de Decisión Penal en tutela, del 18 de abril de 2018 (folios 3- 22).
- Respuesta de la Dirección del Programa de Protección y Asistencia, emitida el 27 de mayo de 2018 mediante el Oficio No. 210315 (folios 39-48).

Obran en el cuaderno 3 del expediente, copia de los siguientes documentos:

- Acción de tutela interpuesta por el demandante (folios 1-5).
- Oficio 170 del 27 de noviembre de 2017, proferido por la Procuraduría 20 Judicial II de Apoyo a Víctimas (folio 7).
- Oficio 172 del 4 de diciembre de 2017, emitido por la Procuraduría 20 Judicial II de Apoyo a Víctimas (folio 6).
- Oficio 171 del 4 de diciembre de 2017, remitido por la Procuraduría 20 Judicial II de Apoyo a Víctimas (folio 7).
- Declaración juramentada sobre la unión marital de hecho entre el señor JDYD y la señora SJHC, ante la Notaria Segunda del Círculo de Santa Marta (folio 10).
- Solicitud de medida de protección presentada por el accionante el 26 de julio de 2017 (folio 11).
- Oficio No. 210315 proferido por el director de Protección y Asistencia, Jaime Enrique Pinillos Ramírez, resolviendo la solicitud de protección (folio 12).
- Documentos de identificación del accionante y su núcleo familiar (folios 15-20).
- Oficio No. S-2018-008451, del 16 de marzo de 2018, proferido por el Comandante de la

Policía Metropolitana de Santa Marta (folios 27-31).

- Decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta, Magdalena, el 23 de marzo de 2018 (folios 32-37).
- Acta individual de reparto de la Rama Judicial, impugnación de la acción de tutela presentado por JDYD (folio 47).

4. Respuesta de la entidad accionada y de las entidades vinculadas

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta, mediante providencia del 08 de marzo de 2018, admitió la acción de tutela y vinculó al Departamento de Policía Nacional del Magdalena, a la Procuraduría 20 Judicial II de Apoyo a las Víctimas y a la Fiscalía 12 Especializada BACRIM. En el mismo proveído se corrió traslado a la entidad demandada y a las vinculadas para que ejercieran su derecho de defensa y se pronunciaran sobre los hechos de la tutela.

4.1. Comando Policía Metropolitana de Santa Marta.

El comandante de Policía —Coronel Gustavo Berdugo Garavito—, mediante auto del 16 de marzo de 2018, se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta por JDYD en dos sentidos. En primer lugar, solicitó la desvinculación de la acción constitucional bajo estudio en tanto el Comando de la Policía Metropolitana no tiene potestad alguna para vincular sujetos al Programa de Protección y Asistencia. En segundo lugar, manifestó que la entidad a la que representa ha implementado las medidas de prevención y protección, contempladas en el Decreto 1066 de 2015, a favor del señor JDYD en aplicación del Memorando No. 868 de 2017, en tanto sobre los hechos narrados ya se había solicitado medidas de protección. En particular, mencionó la realización de “cursos de autoprotección, patrullajes, rondas policías, incluido el intercambio de abonados telefónicos con la patrulla del cuadrante con el fin de tener comunicación constante y directa con el accionante y su familia”[7].

5. Decisiones judiciales que se revisan

5.1. Primera Instancia

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta, Magdalena, mediante fallo proferido el 23 de marzo de 2018, negó el amparo impetrado por considerar, con fundamento en el material probatorio aportado que, si bien hubo una negativa de inclusión en el Programa de Protección y Asistencia, la Policía Nacional sí está cumpliendo con la protección del accionante y su núcleo familiar:

“La Policía Nacional Metropolitana de Santa Marta le ha venido prestando la protección de que trata el Decreto 1066 del 26 de mayo de 2015, en razón de que la Dirección de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación, concluyó basándose en la Resolución No. 0-1006 de 2016, Literal a, artículo 52, por no haber conexidad”[8].

Finalmente, conminó al Comandante de la Policía Nacional Metropolitana de Santa Marta, a continuar con las medidas de seguridad que se venían aplicando a la situación del señor JDYD de manera permanente, constante y oportuna, con el fin de amparar los derechos fundamentales a la vida, integridad física y a la eficacia en colaboración con la justicia del accionante y de su núcleo familiar.

5.2. Impugnación

El día 2 de abril de 2018, el accionante impugnó la decisión de primera instancia[9].

5.3. Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala de Decisión Penal en tutela, mediante fallo proferido el 18 de abril de 2018, profirió decisión de segunda instancia revocando el fallo del 23 de marzo, amparando el derecho de petición del accionante contra la Dirección Nacional de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación.

Para el ad quem, el caso sub examine está directamente relacionado con la vulneración al derecho de petición, el cual encuentra fue vulnerado por la institución demandada, hecho que no fue tenido en cuenta por el juez de primera instancia. Así, el problema jurídico resuelto en esta oportunidad fue si el Programa de Protección, al negar la incorporación de los sujetos, no dio una respuesta debidamente motivada frente al derecho de petición elevado por el accionante[10].

Manifestó el juez de instancia que, si bien el demandante no invocó el amparo del derecho

de petición, la Sala advirtió que este ha sido vulnerado “por parte de la entidad accionada por cuanto la respuesta dada por la misma frente a la petición presentada, no cumple con los requisitos de ser clara, congruente, precisa y no da una respuesta de fondo frente a lo peticionado por el actor”[11].

En conclusión, el ad quem, al amparar el derecho de petición, ordenó a la Fiscalía General de la Nación que dentro de las 48 horas siguientes desde la notificación del fallo, se diera una respuesta clara, congruente y de fondo a la petición presentada por el accionante, frente a la inclusión al Programa de Protección y Asistencia.

En cumplimiento a dicha orden, la Dirección del Programa de Protección informó, mediante Oficio No. 210315 del 27 de mayo de 2018, que el 26 de septiembre de 2017, mediante el Oficio No. 20171100105961, se comunicó al señor JDYD de la decisión de su no incorporación al Programa se debía al incumplimiento de los requisitos establecidos en la Resolución No. 0-1006 de 2016. Igualmente, manifestó que, mediante Oficio No. 20181100056681 del 27 de mayo de 2018, se resolvió nueva petición de protección reafirmando los motivos que generaron su desvinculación al ya mencionado programa.

III. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. Con el propósito de clarificar los supuestos de hecho que motivaron la presente acción de tutela y para un mejor proveer en el presente asunto, mediante auto del 27 de noviembre de 2018, se requirió:

1.1. Al demandante que informara: (i) ¿Cuál es su residencia actual y si en los últimos 6 meses ha cambiado de residencia?; (ii) ¿Quién compone su núcleo familiar?; (iii) ¿Cree que existe una relación entre las amenazas de las que ha sido víctima y su participación como testigo dentro del proceso penal contra la banda criminal XX?; y (iv) ¿Cuáles han sido las medidas otorgadas por el Estado para su protección?

Por medio de comunicación del 16 de enero de 2019, la Secretaría General de esta Corporación informó que los oficios OPT-A-3509/2018 del 30 de noviembre y OPT-A-3572/2018 del 7 de diciembre de 2018, librados en virtud del auto 27 de noviembre de 2018, a nombre del señor JDYD, fueron devueltos por la Oficina de Correo 472 con las anotaciones No Existe y No Reside.

1.2. Al director de la Dirección Nacional de Protección y Asistencia de la Fiscalía de la Nación que informara sobre: (i) criterios para la inclusión de personas al Programa de Protección; (ii) los criterios para que se configure el requisito de conexidad, al momento de decidir la incorporación de una persona al Programa de Protección y Asistencia; (iii) en el caso particular de señor JDYD, cuáles fueron las razones por las cuales no se configuró el requisito de conexidad ni los requisitos dispuestos en el artículo 53 de la Resolución 0-1006 de 2016, para su inclusión en el programa previamente referenciado; (iv) las medidas de protección que se le han brindado al señor JDYD; (v) la diferencia entre beneficiario y vinculado a un programa de protección.

“Calificar el nivel de riesgo, amenaza que soporten los ciudadanos y evaluar con autonomía, las medidas de protección o asistencia social, el nexo causal entre riesgo y participación del testigo o la víctima dentro de la indagación, investigación o proceso penal, así como decidirá con autonomía, la vinculación, desvinculación o exclusión de los beneficiarios de Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso”[12].

Frente al caso en particular, manifestó que se realizó la Evaluación de Amenaza y Riesgo del accionante, mediante Informe No. 20188420006001 del 4 de mayo de 2017, en el que se concluyó que el riesgo o peligro que corre el señor JDYD está íntimamente relacionado con su actuar como testigo en la investigación contra la banda criminal XX y se informó que hizo parte de la organización delictiva. En virtud de lo anterior, el aquí accionante fue vinculado al Programa de Protección el 30 de abril de 2012, siendo reubicado el 04 de noviembre de 2016.

Para el 4 de octubre de noviembre de 2016, el Fiscal de Conocimiento, consideró viable la culminación normal del proceso protectivo del peticionario, reubicándolo en compañía de su núcleo familiar, “toda vez que no había diligencias pendientes por realizar dentro de la investigación correspondiente y no lo iba a requerir para nuevas diligencias”[13]. De manera tal que el 23 de noviembre de 2016 se presentó el estudio de proyecto productivo, mediante el cual se resolvió dar reubicación definitiva al momento de desvinculación del señor JDYD, para lo cual se le entregó la suma de veintidós millones ciento sesenta y seis mil pesos (\$22.166.000.00), proceso que se llevó a cabo el 5 de diciembre de 2016[14]. En dicha acta se declaró que el titular de la medida será el directamente responsable de la observación de las medidas de seguridad y precauciones encaminadas a proteger su vida e

integridad personal, y la de su núcleo familiar.

Más aún, informó que adicionalmente a su labor prestada, el accionante participó en una nueva investigación contra la misma banda criminal en el cual sería tenido en cuenta como testigo a cargo de la Fiscalía General. Sobre la importancia de la participación del accionante, en respuesta del 16 de abril de 2018, la Fiscalía manifestó:

“El proceso radicado bajo el Spoa No. 080016099031201700005, se encuentra en etapa de investigación y dentro de esta noticia criminal fueron capturados el 8 de junio de 2017, 27 personas a las cuales le fueron imputados los delitos de concierto para delinquir agravado art. 340 inciso 2, Porte, Tráfico o Tenencia de Armas de Fuego y Homicidio. Aunado a lo anterior se solicitó protección al señor JDYD, quien rindió declaración juramentada y realizó reconocimiento fotográficos de todas las personas que han sido capturadas dentro de este proceso”[15].

Sin embargo, comunicó que el accionante incumplió con sus obligaciones derivadas de la reubicación social definitiva en tanto retornó con su familia a la zona de riesgo ubicada en Santa Marta, Magdalena, más aún, recayó en las actuaciones delictivas con organizaciones criminales. Por tanto, son causas ajenas al Programa de Protección la imposibilidad de incluirlo nuevamente; peor aún, el hecho de que los dineros entregados al titular no fueran destinados y utilizados para los fines explícitamente dispuestos para ello, daría lugar a la comisión del delito fraude de subvención, tipificado en el artículo 403A del Código Penal. En virtud de lo anterior, desvirtuó que procediera la solicitud de inclusión elevada por el actor, pues su comportamiento “generó riesgos innecesarios sin tomar conciencia de la responsabilidad que era su obligación [...] sin guardar el debido cuidado y control, desacatando las indicaciones y recomendaciones que de manera amplia se le formularon en cuanto al tema de seguridad, entorpeciendo el normal curso de la reubicación implementada a su favor”[16]. Reiteró así la improcedencia de la medida de protección al aquí accionante.

Finalmente, afirmó que el Programa de Protección ostenta autonomía suficiente, lo que implica que el juez de tutela no puede intervenir en las decisiones cuando se sujetan a derecho, pues de lo contrario se desbordaría su papel constitucional, como se ha plasmado en sentencias de la Corte Constitucional.

En los anexos presentados, se incorporó el Memorando No. 314 de 29 de agosto de 2017, en el que la Dirección de Protección y Asistencia realizó Evaluación técnica de amenaza y riesgo a víctimas, testigos e intervinientes en el proceso penal del señor JDYD, concluyendo que el solicitante y su núcleo deben ser incorporados en el Programa de Protección “ya que cumple con todos los requisitos exigidos por la Resolución 1006/2016, como es el de la Libertad en el Consentimiento establecido en el inciso 3 párrafo único del Art.2 Capítulo I de dicha Resolución. Además existe la relación causal exigida por el Art. 52 literal A (Conexidad) de la citada Resolución”[17]. Afirman es necesario una medida de protección denominada “Protección Física” con un nivel de seguridad mediana.

Igualmente se encontró informe del Comité de Riesgo e Ingreso y Recomendación de Medidas de Protección, del 23 de mayo de 2018, en el que señala no se estaba de acuerdo con el concepto del evaluador pues no es claro en argumentar el riesgo actual cuando las amenazas se presentaron en junio de 2017; más aún cuando luego de la reubicación, retornó en enero de 2017 a la zona de riesgo sin ninguna justificación, tan solo 2 meses luego de haber sido reubicado en el municipio de Soacha[18]. Dicho concepto sirvió de fundamento para proferir el Acta de no Vinculación del 6 de junio de 2018, en la que se resolvió:

“Empero al acatamiento de las normas y principios que regulan el Programa de Protección y Asistencia, de forma explícita se da cumplimiento al artículo 135 inciso segundo de la resolución 0-1006 de 2016, norma reguladora del ente protector que estipula: “... con la reubicación definitiva del beneficiario, no podrá regresar a la zona de riesgo sin previa autorización del Director Nacional DE Protección y Asistencia, el incumplimiento de esta obligación implicara que no pueda ser incorporado de nuevo al Programa de Protección y Asistencia n el futuro” [...] De acuerdo al principio de razonabilidad y proporcionalidad, se consideró no implementar medidas de protección a favor del evaluado ni a su núcleo familiar”.

En Oficio del 7 de diciembre de 2018, el Departamento de Policía de Magdalena manifestó que corrió traslado de la solicitud de información a la Seccional de Investigación Criminal de la Policía Metropolitana de Santa Marta, mediante comunicación oficial No. S-2018-051279-DEMAG.

Por su parte, la Seccional de Investigación Criminal MESAN, informó, mediante oficio del 8 de diciembre de 2018, a través de su subjefe —Subteniente Liliana Carolina Lombana Puentes— que: (i) el señor JDYD colaboró en el desmantelamiento de la organización criminal XX; (ii) la Fiscalía 12 Especializada BACRIM, el 28 de julio, solicitó protección y asistencia al aquí petionario en virtud de denuncia interpuesta por presuntas amenazas contra su vida, por lo cual la Policía Metropolitana ordenó a la Oficina de Derechos Humanos la realización del estudio de riesgo; (iii) varias solicitudes de protección fueron presentadas, la primera el 16 de marzo de 2017 —resuelta negativamente por considerar que el sujeto no cumplió con los compromisos de reubicación al retornar a la zona de riesgo— y dos posteriores, una el 6 de agosto de 2017 y otra el 21 de noviembre de 2017, las cuales fueron resueltas de forma negativa; (iv) las visitas y patrullajes se realizaron en la dirección de residencia manifestada por el accionante, en Barranquilla; (v) la denuncia instaurada se encuentra ante la Fiscalía, sin que se conozcan los avances generados por esta.

1.4. A la Fiscalía 12 Especializada de la Unidad BACRIM de Barranquilla que informara: (i) ¿En qué etapa se encuentra el proceso penal con radicado 080016099031201700005, contra los integrantes de la organización XX, capturados en junio de 2017?; (ii) ¿Cuál fue la participación del señor JDYD, en la captura de 23 miembros de dicha organización?

Por medio de comunicación del 16 de enero de 2019, la Secretaría General de esta Corporación informó que el oficio OPT-A-3575/2018 del 7 de diciembre de 2018, librado en virtud del auto 27 de noviembre de 2018, a nombre de la Fiscalía 12 Especializada de la Unidad de BACRIM, fue devuelto por la Oficina de Correo 472 con las anotaciones No Existe y No Reside.

1.5. A la Procuraduría 20 Judicial II de Apoyo a Víctimas para que informara: (i) ¿En qué elementos fundamentó la solicitud de inclusión del señor JDYD y su núcleo familiar al Programa de Protección?; y (ii) ¿cuáles considera son las medidas de protección efectivas para garantizar su seguridad del señor JDYD?

Por medio de Oficio No. 239 del 5 de diciembre de 2018, la Procuraduría 20 Judicial II de Apoyo a Víctimas procedió a manifestar la solicitud de acompañamiento del señor JDYD, y sus anexos:

“El día 15 de octubre de 2017 se acercó a las instalaciones de la Coordinación de

Procuradores Judiciales Penales del Magdalena el señor JDYD, para solicitar intervención ante la Dirección Nacional de Protección y asistencia de la FGN, por cuanto sentía que tanto él como su grupo familiar corrían peligro, por las actividades de colaboración que se encontraba prestando a la Fiscalía 12 Especializada de BACRIM, con sede en la ciudad de Barranquilla”.

1.6. Adicionalmente, la Sala ordenó al Director, o quien haga sus veces, de la Dirección Nacional de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación para que otorgara de manera transitoria, al señor JDYD y a su núcleo familiar, protección física, según lo dispuesto en el artículo 42 de la Resolución 0-1006 de 2016, durante el curso de este proceso, hasta el momento en que se profiera sentencia de revisión por parte de la Corte Constitucional. En Sede de Revisión, dicha entidad informó que se corrió traslado a la Unidad Operativa del Programa de Protección, con el fin de extraer de la zona de riesgo al señor JDYD y a su familia.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

La Corte Constitucional, por conducto de esta Sala de Revisión, es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la tutela

2.1. Legitimación por activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales ante riesgo o concreción de amenaza. En el Decreto 2591 de 1991 se establecieron los escenarios en los que se ha determinado que se cuenta con legitimación para presentar una acción de tutela: (i) en ejercicio directo de la acción; (ii) por medio de representantes (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); (iii) a través de apoderado judicial; y (iv) utilizando la

figura jurídica de la agencia oficiosa.

En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por JDYD, quien solicita la inclusión en el Programa de Protección y Asistencia ante las amenazas recibidas contra su vida por su colaboración en las investigaciones llevadas a cabo contra la banda XX, como medida de defensa a sus derechos a la vida y a la integridad física. Por consiguiente, al haberse presentado en ejercicio directo de la acción, el demandante se encuentra legitimado por activa para interponer la acción de tutela en el caso sub examine.

2.2. Legitimación por pasiva

En ejercicio de la acción de tutela, según lo señalado por la ley y la jurisprudencia constitucional, la legitimación por pasiva hace referencia a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, para determinar si puede ser llamada a responder por la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales. El inciso primero del artículo 86 señala que procede la acción de tutela cuando los derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública”. Por lo tanto, el amparo procede en contra de autoridades públicas y, de manera excepcional, en contra de particulares.

La Dirección Nacional de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación, entidad contra la cual se dirige la presente acción de tutela por la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados, es una entidad de naturaleza pública, por lo que es susceptible de demanda de tutela (C.P. 86°, Decreto 2591 de 1991 art. 1° y art. 13°)[19]. La accionada se encuentra entonces legitimada en la causa por pasiva dentro del proceso de la referencia en concordancia con los artículos 86 Superior y el 5° del Decreto 2591 de 1991.

2.3. Inmediatez

Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de sus derechos fundamentales.

En el caso concreto, si bien la Resolución mediante el cual se denegó la inclusión del

accionante en el Programa de Protección fue proferida en septiembre de 2017, encuentra esta Sala que las amenazas contra la vida del demandante han persistido hasta la actualidad. Tanto así que el señor JDYD, en entrevista llevada a cabo el 16 de abril de 2018, manifestó que el 1 de abril de 2018 recibió amenazas por parte de un miembro de la banda y hermanastro del accionante— quien “le dijo que se entrevistara con el abogado de ellos para que se retractara y por eso le iban a dar un dinero y como le manifestó que no, dijo que ya la orden estaba dada, que [...] cuando lo viera lo iba a matar”[20].

Dada la negativa ante la inclusión al Programa de Protección y las constantes amenazas que contra él y su familia se estaban presentando, el demandante interpuso acción de tutela el día 28 de febrero de 2018[21], transcurrido menos de 1 mes luego de haber recibido las últimas amenazas; por lo que encuentra esta Sala superado el requisito de inmediatez.

2.4. Subsidiariedad

De los fundamentos fácticos del caso concreto se evidencia, prima facie, que el asunto que ocupa a la Sala podría ser resuelto a través de un mecanismo ordinario de defensa judicial, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho pues la resolución por la cual se resolvió negar la reincorporación del demandante y su núcleo al Programa de Protección puede ser demandada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo particular, para que le sean reparados los daños causados.

No obstante, un proceso en la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede requerir un tiempo prolongado para su definición, por lo que la acción de tutela, como mecanismo principal, procede en casos que versan sobre la protección del derecho a la vida y a la seguridad de las personas que, en virtud de colaboración con la administración de justicia, son objeto de amenazas o peligros que suponen un riesgo o graves afectaciones a su vida y/o a la de su familia. Así, esta Corporación ha determinado que “en estos casos, el procedimiento preferente y sumario que caracteriza a la acción de tutela, así como el principio de informalidad que la rige, desplaza de manera excepcional al medio judicial ordinario, a fin de garantizar la protección inmediata o cesar la amenaza de los derechos fundamentales que se ven comprometidos en esta clase de situaciones”[22].

En el caso concreto, el accionante si bien cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, esta no es idónea para que pueda reclamar la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a la seguridad personal, ya que los recursos ordinarios no se han agotado, por el contrario, las amenazas que contra él se han presentado de manera continua y reiterada, hace evidente la necesidad de una pronta protección para él y para su familia, sin que se pueda permitir el paso de un tiempo si quiera prudencial para aplicar medidas de protección pues lo que está en juego es la vida del señor JDYD y de su núcleo familiar, derecho fundamental consagrado en el artículo 11 Constitucional.

3. Problema jurídico y esquema de solución

Corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar si la negativa de incorporación del accionante y su núcleo familiar en el Programa de Protección a Víctimas, Testigos e Intervinientes en el Proceso Penal de la Fiscalía General de la Nación vulnera sus derechos fundamentales a la vida y a la seguridad personal, a pesar de que este no cumplió con los compromisos adquiridos en el momento de su reubicación social definitiva.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala de Revisión abordará brevemente los siguientes temas: (i) Derecho constitucional a la vida y la seguridad, obligación del Estado de protegerlos. Reiteración de jurisprudencia; (ii) Niveles de amenaza y solicitud de protección ante las instituciones estatales. Reiteración de la jurisprudencia; (iii) Regulación del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos e Intervinientes en el Proceso Penal de la Fiscalía General de la Nación. Reiteración de jurisprudencia; (iv) Análisis del caso concreto.

3.1. Derecho fundamental a la vida y la seguridad, obligación del Estado de protegerlos. Reiteración de jurisprudencia

En el ordenamiento colombiano, la vida ha sido determinada como un derecho no solo de carácter fundamental, sino también inviolable, cuya protección ha sido declarada como un imperativo máximo tanto para todos los residentes como para todas las autoridades de la República; obligación consagrada en la Constitución Política —artículos 2 y 11— así como en tratados internacionales relativos a los derechos humanos, y por tanto, pertenecientes al ordenamiento constitucional en virtud del artículo 93 Superior[23].

Jurisprudencialmente, se ha señalado que el desarrollo del derecho a la vida tiene dos ámbitos vinculantes para el Estado: respeto y protección[24]. En desarrollo de estos deberes “el Estado debe responder a las demandas de atención de manera cierta y efectiva, pues ante la amenaza que se tiende sobre la existencia y tranquilidad de individuos o grupos que habitan zonas de confrontación o que desarrollan actividades de riesgo en los términos del conflicto, es inexcusable que el Estado pretenda cumplir con sus deberes limitándose a señalar su imposibilidad para prestar la ayuda requerida”[25].

De manera tal que el juez constitucional ha sido claro y enfático en señalar que, sin importar el sujeto o situación, es deber del Estado proteger a todos los residentes, particularmente a aquellos que se encuentran sometidos a situaciones de riesgo con el fin de asegurar la inviolabilidad de la vida y, por tanto, la seguridad personal: “Es claro, entonces, que la finalidad perseguida a través de una acción de tutela es proteger el derecho fundamental de quien la incoa y que, tratándose del más importante de todos los derechos, la vida humana, ésta debe defenderse sin importar quién sea la víctima potencial, ni de dónde provenga la amenaza”[26].

Igualmente, esta Corporación ha señalado en reiterada jurisprudencia, que la seguridad es un principio rector de la Constitución compuesto por tres dimensiones: “La primera como valor, pues es un fin del Estado que permea la totalidad del texto constitucional, la segunda como un derecho colectivo, y la tercera como un derecho individual derivado de las garantías previstas en la Carta contra los riesgos extraordinarios a los que se ven enfrentadas las personas”[27]. Principio que ha sido definido “como ‘aquel que faculta a las personas para recibir protección adecuada por parte de las autoridades cuando quiera que estén expuestas a riesgos excepcionales que no tienen el deber jurídico de tolerar, por rebasar éstos los niveles soportables de peligro implícitos en la vida en sociedad’”[28].

Por tanto, cuando se evidencia una amenaza extraordinaria de un sujeto y/o su núcleo familiar, la intervención del juez de tutela se hace imperiosa por evidenciarse un riesgo a la protección de los derechos fundamentales. Así lo ha determinado la jurisprudencia constitucional:

“La vulneración y la amenaza de los derechos fundamentales son dos causales claramente distinguibles: la primera requiere de una verificación objetiva que corresponde efectuar a

los jueces de tutela, mediante la estimación de su ocurrencia empírica y su repercusión jurídico-constitucional; la segunda, en cambio, incorpora criterios tanto subjetivos como objetivos, configurándose no tanto por la intención de la autoridad pública o el particular, cuando sea del caso, sino por el resultado que su acción o abstención pueda tener sobre el ánimo de la persona presuntamente afectada. [...] El juez de tutela debe tener una especial sensibilidad por los derechos fundamentales y su efectiva protección, para lo cual, no basta limitarse a argumentos lógicos o probabilísticos. Debe apreciar las circunstancias del caso en su temporalidad e historicidad concretas para concluir si la acción de la autoridad podría racionalmente percibirse como amenazante para una persona colocada en condiciones similares”[29].

En conclusión, es deber del Estado proveer de protección a cualquier sujeto que encuentre amenazada su vida e incluso su integridad personal. Si bien las entidades cuentan con autonomía para determinar el tipo de medidas de protección a impartir, el juez de tutela tiene cabida cuando evidencia que estas son insuficientes para garantizar principios rectores en la Constitución, como lo son la vida y la seguridad personal.

3.2. Niveles de amenaza y solicitud de protección ante las instituciones estatales. Reiteración de la jurisprudencia

Para diferenciar los casos en los que realmente exista un riesgo excepcional y, por tanto, una necesidad de protección al sujeto, la jurisprudencia ha determinado criterios para definir la obligación del Estado de adoptar medidas especiales de protección los derechos fundamentales a la vida y a la seguridad personal. Los diferentes niveles de riesgo han sido determinados de la siguiente manera:

“Nivel de riesgo mínimo. En este nivel se encuentran todas las personas, por el solo hecho de nacer. El riesgo al que se enfrenta es a la muerte y a las enfermedades.

Nivel de riesgo ordinario. Se trata de todos aquellos riesgos causados por el hecho de vivir en sociedad. La amenaza no es causada por factores individuales, como en el nivel anterior, sino que se produce por factores externos, tales como la acción del Estado y la convivencia con otras personas. La población que se encuentra en este nivel de riesgo no puede solicitar medidas especiales de protección, por cuanto el Estado, dentro de su finalidad, debe establecer medidas ordinarias y generales encaminadas a proteger a los asociados en

relación con este tipo de riesgo. Los derechos fundamentales que puedan verse amenazados se protegen de la manera indicada.

Nivel de riesgo extraordinario. Cuando la persona se encuentra en este nivel de riesgo, es necesario que el Estado adopte medidas especiales y particulares para evitar que se vulneren los derechos fundamentales amenazados. El riesgo extraordinario, según la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe presentar las siguientes características:

(ii) debe ser concreto, es decir, estar basado en acciones o hechos particulares y manifiestos, y no en suposiciones abstractas.

(iii) debe ser presente, esto es, no remoto ni eventual.

(iv) debe ser importante, es decir, que amenace con lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos para el sujeto, por lo cual no puede tratarse de un riesgo menor.

(v) debe ser un riesgo serio, de materialización probable por las circunstancias del caso, por lo cual no puede ser improbable.

(vi) debe tratarse de un riesgo claro y discernible, no de una contingencia o peligro difuso.

(vii) debe ser un riesgo excepcional, en la medida en que no es uno que deba ser soportado por la generalidad de los individuos.

(viii) debe ser desproporcionado, frente a los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo.

Cuando confluyen las características anteriores, la persona se encuentra frente a un riesgo extraordinario, que no tiene el deber jurídico de soportar, por lo cual puede invocar una protección especial por parte del Estado. Las medidas deben estar encaminadas a garantizar los derechos fundamentales amenazados en este evento, la vida y la integridad personal.

Nivel de riesgo extremo. Este es el nivel de riesgo más alto. En esta categoría también se

ponen en peligro derechos fundamentales como la vida y la integridad personal. Para que el individuo pueda obtener una protección especial por parte del Estado en este nivel, el riesgo debe reunir las características indicadas en relación con el nivel anterior y, además, debe ser grave e inminente. Es grave aquel riesgo que amenaza un bien jurídico de mucha entidad o importancia. La inminencia se predica de aquello que o está para suceder prontamente. Así, el riesgo extremo es aquel del que se puede decir que en cualquier instante puede dejar de ser una amenaza y materializarse en una vulneración de los derechos a la vida o a la integridad personal, que son evidentemente primordiales para el ser humano”[30].

Con fundamento en lo anterior, una persona podrá invocar su vinculación al Programa, como medida de protección especial, cuando esta se encuentre sometida a una situación que amenace su integridad personal o su vida como conclusión de su participación en un proceso penal, ya sea como víctima, testigo o interviniente; para lo cual será necesario evaluar el nivel de riesgo descrito para determinar la acción a implementar.

3.3. Regulación del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos e Intervinientes en el Proceso Penal de la Fiscalía General de la Nación. Reiteración de jurisprudencia

El Estado ha reconocido que la participación de personas en calidad de testigos en los procesos penales puede generar una afectación a la seguridad personal, por lo que se vuelven merecedores de protección especial “en virtud del interés superior de sus derechos fundamentales y en razón de una clarísima obligación del Estado por cuyo cumplimiento es responsable, entre otras autoridades, la Fiscalía General de la Nación, ante el riesgo en que pueda quedar por virtud de su testimonio”[31].

En virtud de lo anterior, y por mandato constitucional —numeral 7 del artículo 250 de la Carta Política—, la Fiscalía General de la Nación ha fungido como ente encargado de la seguridad y protección de víctimas, testigos e intervinientes en el proceso penal. En ejercicio de dicha labor, mediante la Ley 418 de 1997, artículo 67, se creó el “Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso y Funcionarios de la Fiscalía” a cargo del ente investigador, cuyo fin era otorgar protección integral y asistencia social para aquellas personas que funjan como testigos, víctimas e intervinientes en procesos penales,

así como a sus familiares —hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil y al cónyuge, compañera o compañero permanente—. Dicho artículo, prorrogado y modificado por múltiples leyes (Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1738 de 2014, entre otras), fue regulado inicialmente mediante la Resolución 0-5101 de 2008, la cual fue derogada por el artículo 184 de la Resolución 1006 de 2016, normativa que rige actualmente la aplicación del ya mencionado programa.

Se determinó que dicho programa estaría a cargo de la Dirección Nacional de Protección y Asistencia, la cual debería adoptar como principios transversales a todo el actuar la dignidad humana, la igualdad, libertad en el consentimiento, la celeridad, la reserva de la información, la eficacia, la necesidad, la protección integral, la validez probatoria, la prevalencia del interés general, el factor diferencial y de género y la autonomía, entre otros. En relación con los principios fundantes del Programa, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que este no puede tornarse en un instrumento que avale la comisión de delitos, toda vez que “aquellas personas que son parte del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos e Intervinientes en el Proceso Penal y Funcionarios de la Fiscalía, deben abstenerse de incurrir en cualquier conducta típica, so pena de perder las medidas adoptadas a su favor. Esto se debe a que no es razonable que el Estado sea el garante o proporcione auxilio a un agresor de los bienes jurídicos que este protege”[32].

Lo anterior resulta de la mayor importancia en la medida en que el programa funge como una herramienta para la correcta y efectiva administración de justicia, donde a partir de la protección de aquellos sujetos que se vean vinculados por diferentes razones a los procesos penales, se podrá recolectar mayores insumos que permitirán no solo mayor profundidad en las investigaciones, sino que además las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales sean proferidas con mayor sustento y por tanto, respetando el derecho al debido proceso.

En conclusión, frente a la incorporación, se debe verificar que exista:

“(i) un riesgo extraordinario que amenace la seguridad personal, al punto que éste sea específico e individualizable, concreto, presente, importante, serio, claro y discernible, y desproporcionado; (ii) un nexo causal directo entre participación procesal eficaz para la administración de justicia y los factores de amenaza y riesgo derivados de esa colaboración;

(iii) se compruebe que la solicitud de vinculación al programa no está motivada por interés distinto que el de colaborar oportuna y espontáneamente con la Administración de Justicia; (iv) las medidas de seguridad necesarias correspondan a las que prevé el Programa; (v) que la protección del peticionario no constituya un factor que afecte en forma insuperable la seguridad de la estructura del Programa o de la Fiscalía General de la Nación; y, (vi) los beneficiarios hayan manifestado su voluntad de ingresar al Programa”[33].

Por tanto, la labor del Programa es el determinar, con fundamento en los lineamientos previamente mencionados, las medidas de protección requeridas por los sujetos solicitantes de manera tal que su vida y su seguridad personal se vean resguardadas de cualquier amenaza declarada como extraordinaria.

En los diferentes instrumentos que han regido el Programa de Protección se ha determinado que el incumplimiento de los compromisos adquiridos por un beneficiario en el acta de compromiso o en la Resolución 0-1006 de 2016, ha de resultar en la exclusión del mismo. “Sin embargo, la entidad no está facultada para disponer la exclusión del programa a priori, sino que en su lugar debe tender a mantener la protección si las condiciones de riesgo no han variado. Por tanto, en primera medida corresponde adoptar las medidas necesarias para remediar y prevenir nuevas infracciones y como último recurso disponer el retiro”[34].

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en ponderar la necesidad de proteger el derecho a la vida con el ejecutar medidas ante el incumplimiento, accediendo en diferentes casos el reintegro de los beneficiarios cuando las situaciones de peligro y amenaza siguen siendo recurrentes, situaciones que se generaron en virtud de la colaboración con la justicia[35].

4. Análisis del caso concreto

4.1. Presentación del caso

El solicitante fue vinculado al Programa de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación el 30 de abril de 2012 mediante Acta No.0665, por su participación en la investigación criminal No. 1100160012762011-00113 contra la banda XX. Lo anterior, ante

la posibilidad de beneficios por eficaz colaboración con la justicia para personas investigadas, juzgados o condenadas.

En 2016, el Fiscal de conocimiento, mediante formato FGN-25-F-32, sugirió la desvinculación del beneficiario para iniciar el proceso de reubicación definitiva. Mediante Oficio No. 20161100065713 del 5 de mayo de 2016, se ordenó la reubicación definitiva del señor JDYD y de su núcleo familiar. Producto de dicho proceso, llevado a cabo el 4 de noviembre de 2016, el accionante ejecutó como acción productiva el montaje de un restaurante, para lo que recibió una entrega única de \$22.166.000.00 por concepto de manutención, auxilio para arriendo/vivienda, auxilio de capacitación y para compra y/o traslado de muebles. Al momento de llevarse a cabo la reubicación, el peticionario aceptó las obligaciones a su cargo, en los términos dispuestos en el artículo 72 y 135 de la Resolución 0-1006 de 2016. En dicho Oficio se señaló que “con la reubicación definitiva se da por terminada la vinculación del titular con el Programa”[36].

El accionante y su núcleo familiar retornaron a Santa Marta, a la zona de riesgo, según él “para buscar documentación de sus hijos, en especial de uno que se quería llevar a vivir con él, pero que su mamá se negaba a dárselo (SIC)”[37]. En virtud de su retorno, el señor YMCD se vinculó con líderes de la organización XX en el cobro de extorsiones a establecimientos comerciales y “ollas de vicio”. En virtud de lo anterior, el accionante tenía información fundamental para la desintegración de la banda XX, por la cual participa como testigo en una nueva investigación.

En particular, en el escrito de acusación de fecha del 6 de octubre de 2017 contra los miembros de la organización criminal XX que fueron capturados, la Fiscalía General de la Nación tuvo como prueba la declaración jurada rendida por el accionante. En informe del 16 de abril de 2018, se comunicó que dentro del proceso penal radicado SPOA No. 080016099031201700005 “el señor YMCD rindió declaración juramentada y realizó reconocimientos fotográficos de todas las personas que han sido capturadas dentro de este proceso”[38]. Igualmente, ante entrevista con el Policía Judicial del caso se informó sobre el accionante:

“Rindió una declaración jurada y adelantó varios reconocimientos fotográficos y que con base en esta información se logró la captura de más de 20 integrantes de la organización

delictiva que se investiga. Es muy conocido por esta estructura por ello recibe amenazas constantes para que se retracte de sus declaraciones. Su riesgo es alto y por ello se solicita su incorporación al Programa”.

En Informe No. 20188420006001 del 4 de mayo de 2018, el investigador realizó entrevista al solicitante, quien informó que en múltiples oportunidades ha sido víctima de amenazas contra su vida. En primer lugar, el 25 de julio de 2017, se acercaron a la casa de su abuela, familiares de miembros de la banda, afirmando que conocían que él había sido quien los había entregado, por lo que habría consecuencias. En un segundo momento, recibió llamadas de personas vinculadas a la banda, advirtiéndole que en caso de no retractarse, ya se tenía la orden para que lo asesinaran.

El Investigador a cargo de la Evaluación de Amenaza y Riesgo conceptuó, el 4 de mayo de 2018, el deber de incorporar al señor YMCD por encontrar que existía probabilidad objetiva de que un peligro se materialice en daño o agresión en contra del peticionario y/o su núcleo familiar en los términos del artículo 52 de la Resolución 0-1006 de 2016:

“CONEXIDAD: El riesgo o peligro que presume tener el Candidato se deriva en primera instancia de su actividad proclive al delito y se incrementa por tu participación procesal actual, ya que con base en esta información aportada [...] solicitó capturas, elevó escrito de acusación y ya varios de estos pre-acordaron.

MOTIVACIÓN: Estos actos intimidatorios que ejerce el grupo agresor contra el Evaluado tiene como único fin, que el Titular calle o falte a la verdad total o parcialmente o que no comparezca ante las autoridades para ratificarse de su dicho, todo con el objeto de lograr impunidad dentro de la investigación que se adelanta.

CORRESPONDENCIA: [...] siendo la Protección Física la que más se ajusta a su necesidad [...]

SUBSIDARIEDAD: Como quiera que el señor JDYD es testigo dentro de un caso que investiga la Fiscalía 154ª Especializada contra Organizaciones Criminales, es objeto poblacional del Programa de Protección [...]

ULTIMA RATIO: Es la medida de protección pertinente al caso del Evaluado, la última opción

que tiene para salvaguardar su vida, y al Estado confirmar o ratificar el derecho a la seguridad personal del Candidato [...]

ZONA DE RIESGO: [...] la ciudad de Santa Marta y todo el corredor turístico del departamento de Magdalena.

Una vez llevado a cabo el estudio de nivel de riesgo y amenaza del señor JDYD es incuestionable que su vida corre peligro, el grupo agresor sabe que el Candidato se encuentra de regreso en la zona que se le calificó como de alto riesgo para su eventual incorporación al Programa y lo buscan incesantemente para que se retracte de las acusaciones que realizó contra la organización delictiva XX, por esta razón su vida y la de su núcleo familiar corre alto peligro. Por estas razones califico el nivel de riesgo del Candidato como EXTRAORDINARIO, el cual a la luz del artículo 57 de la Resolución en comento reúne las siguientes características:

PROBABILIDAD: Existe alta probabilidad de que el grupo agresor puedan atentan en cualquier momento contra el Candidato [...] la logística y los numerosos miembros que poseen dan a entender que son grupos delictivos de mucho cuidado y que como descuide su seguridad pueden atentar contra su seguridad física.

ESPECIFICIDAD: El daño a causarse al Candidato va dirigido exclusivamente a segar su vida [...].

CONCRECIÓN: Es de conocimiento que esta organización delincuencial ha cometido muchos homicidios tanto en particulares como en integrantes de la misma organización que en algún momento torcieron su camino para con la misma, sea colaborando con la justicia o abandonando las filas de la misma como es en este caso.

ACTUALIDAD: [...] es actual, presente, la organización XX lo busca en la actualidad para que se retracte de sus declaraciones hechas ante la Fiscalía contra la organización delictiva en comento.

CLARIDAD: El riesgo que correr el Candidato está claro, no está basado en suposiciones, se trata de una organización criminal de mucho cuidado [...].

EXCEPCIONALIDAD: El riesgo que pesa en la actualidad sobre el señor JDYD se deriva en

primer medida de su conducta proclive al delito y se incrementa por su colaboración con la justicia, por ello no se encuentra en la obligación jurídica de soportar tal riesgo y el Estado se encuentra en la obligación legal de brindarle protección, con el objeto de guardar su vida y asegurar la prueba.

PROPORCIONALIDAD: La situación económica y familiar del valorado lo deja en estado de vulnerabilidad y desventaja en relación a su potencial agresor, que cuenta con suficiente logística para atentar en su contra o la de su núcleo familiar”.

En conclusión, en el análisis de riesgo se determinó que sobre el accionante y su núcleo familiar procedía la incorporación al Programa de Protección y Asistencia, por cumplir con todos los requisitos exigidos por la Resolución 0-1006 de 2016. En virtud de lo anterior se recomendó dar a los solicitantes medida de protección física e implementar un nivel de seguridad mediana.

Contrario a la evaluación previamente mencionada, el Comité de Evaluación de Riesgo e Ingreso y Recomendación de Medidas de Protección (CERIR), en sesión No.18 del 23 y 24 de mayo de 2018, deliberó y recomendó la no vinculación de solicitante y su familia en virtud de lo dispuesto en el artículo 135 de la Resolución 0-1006 de 2016, según el cual el retorno a la zona de riesgo sin previa autorización del Director Nacional de Protección y Asistencia genera la imposibilidad de incorporación al Programa de Protección en el futuro.

En virtud de lo anterior, la Dirección del Programa de Protección y Asistencia resolvió negar la incorporación del sujeto y por tanto la imposibilidad de otorgar nuevamente una medida de protección, reafirmando que dicha negativa se debe a aspectos que son única y exclusivamente responsabilidad del accionante.

4.2. Vulneración de los derechos invocados por el accionante

Con el fin de identificar si procede la protección del accionante y su núcleo familiar, es necesario poner de presente las dos situaciones que han generado una contraposición entre el deber de protección y la posibilidad de ejercerla. En primer lugar, el accionante alegó que tanto él como su familia han sido víctimas de amenazas que suponen un riesgo a su vida y a su seguridad personal. En segundo lugar, el accionante incumplió con los compromisos adquiridos en virtud de su reubicación definitiva en 2017, por lo que, prima facie, está

imposibilitado para ser vinculado nuevamente al Programa de Protección y Asistencia.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional —determinación de los riesgos— y con el material probatorio aportado, encontró esta Sala que el accionante está en una situación de riesgo extraordinario como lo planteó el agente de la Fiscalía General de la Nación al momento de realizar la evaluación del riesgo, pues ha recibido visitas y llamadas en las cuales miembros de la banda investigada, le manifiestan que de continuar con su colaboración con la justicia y no acatar sus órdenes, él será asesinado. Atendiendo a lo expuesto en la Evaluación Técnica de Amenaza y Riesgo de Víctimas, el tamaño de la banda como sus actuaciones criminales, aumenta la gravedad de las amenazas de que ha sido víctima el aquí accionante.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación en la materia, se ha determinado que al tratarse de personas expuestas a riesgos excepcionales es necesario activar una protección adecuada por parte de las autoridades con el fin de que los derechos a la vida y a la seguridad personal sean protegidos por el Estado, pues no tiene el deber jurídico de tolerar esos riesgos excepcionales. Por ende, es necesario que tanto el solicitante como su núcleo familiar sean titulares de medidas de protección que efectivamente conduzcan a evitar la concreción de daños a su integridad, e incluso a su vida; de manera tal que encuentra esta Sala que es necesaria la inclusión de ellos en el Programa de Protección, para que la Fiscalía General de la Nación proceda a implementar las medidas que encuentren como necesarias para proteger al accionante. Cabe resaltar que siendo que las amenazas alegadas se deben a la participación del accionante como testigo en un proceso penal, la responsabilidad de las autoridades de implementar y desplegar su actuar para protegerlo debe derivar en acciones concretas y específicas, de manera que amparen efectivamente el goce de sus derechos fundamentales.

El Comité de Riesgo e Ingreso y Recomendación de Medidas de Protección del caso resolvió negar la vinculación porque el solicitante incumplió con los compromisos de reubicación total, al retornar a la zona de riesgo tan solo dos meses después de haber sido reubicado. Si bien, bajo proceso investigativo iniciado en 2012, el demandante y su familia ya fueron amparados por diferentes medidas de protección en los términos del artículo 135 de la Resolución 0-1006 de 2016, proceso que culminó con su traslado; no debería influir en la nueva solicitud elevada por el accionante toda vez que versa sobre un nuevo proceso penal

y, por tanto, de diferentes amenazas en contra del accionante y su familia[39].

Advierte esta Sala, que dado que se trata de nuevos actos y nuevas denuncias que no tratan sobre la petición de protección de 2012, sino un nuevo proceso, no puede el Comité Evaluar de facto rechazar la inclusión del solicitante, más aún cuando se cuenta con una Evaluación Técnica de Amenaza y Riesgo en la que se recomienda la inclusión del accionante en virtud del tipo de amenazas, del grupo armado que las realiza, y de la importancia de la contribución del testimonio al proceso penal, razones por las cuales no se comparte la decisión del Comité de no permitir la inclusión del accionante por haber incumplido uno de los compromisos al momento de la reubicación. Ya se ha dicho, en basta jurisprudencia, que el derecho a la vida y a la seguridad personal de una persona es una carga que tiene el Estado como garante de los derechos fundamentales de sus amparados. No pueden entonces suspenderse las acciones conducentes a la protección de la vida de sus residentes, pues eso desconocería los elementos más esenciales del Estado Social de Derecho, esto es, la vida y su requerida protección. Colombia se ha propugnado la salvaguarda de los derechos fundamentales, por lo que es apenas necesario que las autoridades dotadas de poder para ello, ejecuten todas las labores encaminadas no solo a luchar contra acciones ilegales, sino además, proteger todas aquellas personas que se encuentren en una situación de peligro con el fin de contribuir a la justicia, más cuando las condiciones de riesgo persisten y pueden derivar en afectaciones irremediables para la integridad de una persona y su familia.

En virtud de lo anterior, se encuentra que en el caso sub examine se deben realizar todas las acciones conducentes por parte de las respectivas autoridades para la protección del señor JDYD, esto es, la incorporación en el Programa de Protección y Asistencia a Testigos, Víctimas e Intervinientes en el proceso penal de la Fiscalía General de la Nación y la aplicación de medida de protección denominada “Protección Física”, de conformidad con lo determinado en la Evaluación Técnica de Amenaza[40].

Cabe aclarar que la decisión emitida en esta sede no supone de manera alguna desconocer el incumplimiento de las condiciones pactadas para la reubicación definitiva por parte del señor JDYD; sin embargo, sí se considera desproporcionado que, con el fin de sancionar al solicitante por volver a la zona de riesgo, se desproteja totalmente a él y a su familia, aumentando el riesgo de las amenazas, las cuales podrían concluir incluso con la muerte del

petionario. Por ende, la desprotección del solicitante resulta desproporcionada, toda vez que ante la ponderación de (i) las exigencias del Programa y (ii) el derecho a la vida y a la integridad del accionante, se hace evidente la prevalencia del segundo. Una interpretación contraria desconocería el carácter inviolable del derecho a la vida (art. 11 C.P.). Sin embargo, es menester señalar que la prevalencia de los derechos a la vida y a la integridad no supone una suerte de excepciones al cumplimiento de las obligaciones contraídas por las personas beneficiarias del programa. Por el contrario, se reconoce que el deber de cumplir con los compromisos adquiridos atiende a los principios y valores del Programa.

De manera tal que existe una prohibición, prima facie, de protección de aquellos que han incumplido con sus obligaciones; empero, se entiende que el incumplimiento de deberes adquiridos en el marco del Programa debe conllevar otro tipo de consecuencias, no la desprotección por parte del Estado cuando existiera un riesgo al derecho fundamental a la vida. Por lo tanto, corresponde a la Fiscalía General de la Nación como entidad responsable de iniciar las investigaciones procedentes, que, de no encontrar justificado el retorno, procedan, inclusive por el eventual delito de fraude a subvenciones, de conformidad con las recomendaciones del Comité de Riesgo e Ingreso y Recomendación de Medidas de Protección.

V. DECISIÓN

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR tanto el fallo proferido el 18 de abril de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Magdalena y como la sentencia del 23 de marzo de 2018 del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Marta, Magdalena; para, en su lugar, AMPARAR los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad personal y a la integridad física del señor JDYD.

SEGUNDO. ORDENAR, por conducto de Secretaría, a la Fiscalía, para que dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de este fallo: (i) reintegre al señor JDYD y a su núcleo familiar al Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos e Intervinientes en el Proceso Penal y Funcionarios y (ii) adopte todas las medidas necesarias para evitar una eventual consumación fatal de las serias amenazas contra el actor y/o su familia.

TERCERO. ORDENAR al señor JDYD y los miembros de su familia que se beneficien de la protección de la que es titular, acatar todas y cada una de las normas, obligaciones y recomendaciones de seguridad que le imponga el Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos e Intervinientes en el Proceso Penal y Funcionarios de la Fiscalía; y, abstenerse de asumir conductas que pongan en peligro su vida y la de los integrantes de su núcleo familiar.

CUARTO. Por Secretaría General, LÍBRESE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[2] El presente capítulo resume la narración hecha por el actor, así como otros elementos fácticos y jurídicos obrantes en el expediente, los cuales se consideran relevantes para comprender el caso.

[3] Cuaderno 3, folio 2.

[4] Cuaderno 3, folio 8.

[5] Cuaderno 3, folio 12.

[6] Cuaderno 1, folio 44.

[7] Cuaderno 3, folio 28.

[8] Cuaderno 3, folio 37.

[9] Cuaderno 3, folio 37.

[10] Cuaderno 2, folio 19.

[11] Cuaderno 2, folio 20.

[12] Cuaderno 1, folio 28.

[13] Cuaderno 1, folio 29.

[14] La distribución de los montos entregados fue así: (i) Entrega de \$7´898.00 como capital semilla para el montaje o compra de un restaurante; (ii) entrega por única vez de 5´629.00 como cuota de manutención proyectado para 3 meses; (iii) entrega por única vez de 1´667.00 como auxilio para arriendo/vivienda, proyectado para 3 meses; (iv) entrega por única vez de 1´489.00 como auxilio de capacitación para que el titular logre dar continuidad a los estudios de sus hijos; (v) entrega por única vez de 5´483.000 como auxilio para compra y/o traslado de muebles.

[15] Cuaderno 1, folio 29.

[16] Cuaderno 1, folio 32.

[17] Cuaderno 1, folio 48.

[18] Cuaderno 1, folio 79.

[19] Corte Constitucional, Sentencia T-511 de 2016.

[20] Cuaderno 1, folio 44.

[21] Cuaderno 3, folio 21.

[22] Corte Constitucional. Sentencia T-511 de 2016.

[23] Entre otros la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

[25] Corte Constitucional. Sentencia T-981 de 2001.

[26] Corte Constitucional. Sentencia T-184 de 2013.

[27] Corte Constitucional. Sentencia T-399 de 2018.

[28] Corte Constitucional. Sentencia T-184 de 2013.

[29] Corte Constitucional. Sentencia T-439 de 1992.

[30] Corte Constitucional. Sentencia T-184 de 2013.

[31] Corte Constitucional. Sentencia T-532 de 1995.

[32] Corte Constitucional. Sentencia T-355 de 2016.

[33] Corte Constitucional. Sentencia T-355 de 2016.

[34] Corte Constitucional. Sentencia T-355 de 2016.

[35] Entre otras, la sentencias T-184 de 2013 y la T-355 de 2016.

[36] Cuaderno 1, folio 76.

[37] Cuaderno 1, folio 40.

[38] Cuaderno 1, folio 29.

[39] En efecto, las amenazas alegas en 2012 parecieran haber sido superadas por haberse implementado el proceso de reubicación definitiva, proceso que se aplicó por encontrarse configurado el literal b) del artículo 127 de la ya referenciada Resolución — esto es que el beneficiario no era requerido nuevamente por la autoridad judicial—.

[40] Cuaderno 1, folio 48.