



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

Montería, Córdoba, junio veinticuatro (24) de dos mil veintiuno (2021)

Doctores (a):

HONORABLES MAGISTRADOS (a)
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Bogotá D.C.
E.S.M.

Apreciado(S) doctor (s).

Referencia:

ACCION DE TUTELA contra
Auto de fecha 25 de Mayo de 2021
Conjuez Ponente: Nilson Rafael Coavas Hoyos.
Asunto: Apelación sentencia condenatoria
Delito Peculado por apropiación y otros
Condenados: ROBERT DE JESUS MONTES LOPEZ Y
DANIEL EDUARDO LOPEZ PALENCIA
Radicación: 23-001-60-00000-2013-00124

CARMELO RAMÓN ANICHIARICO MONTOYA, Procurador 133 judicial II penal de Montería © esta ciudad, actuando como agente del Ministerio Público y en cumplimiento al deber funcional consagrado en el artículo 277 de la Constitución Nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el Art. 86 de la Constitución Política, me permite presentar **ACCIÓN DE TUTELA** contra el TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA - CÓRDOBA, sala de con jueces, con la finalidad que, a través del trámite expedito establecido para este tipo de acción, se tutele el derecho fundamental al debido proceso, al orden jurídico, y respeto del precedente conculado por parte del aquí accionado, dentro del trámite de las actuaciones de segunda instancia, recurso de apelación, en lo resuelto en providencia de fecha 25 de mayo de 2021 de decretar la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia condenatoria de fecha junio 09 del dos mil veinte (2020) proferida por el juzgado cuarto (4) del circuito de Montería. en el proceso radicado con el numero 23-001-60-00000-2013-00124



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

HECHOS

1. El día veinte (20) de junio del año dos mil veinte (2020) fue emitido el fallo condenatorio en el proceso distinguido con el número de SPOA 23-001-60-00000-2013-00124 surtido contra ROBERT DE JESUS MONTES LOPEZ y EDUARDO LOPEZ PALENCIA y otros por el delito de Peculado por apropiación, prevaricato por acción y otros, decisión que se dio entendido de que los mencionados se habían allanado a cargos
2. Los hechos por los cuales se procesaba a los acusados se describieron así:

De lo descrito 'por la fiscalía se extrae que: " los procesados DANIEL EDUARDO PALENCIA Y ROBERT DE JESUS MONTES LOPEZ, como abogados litigantes se reunieron con el juez y el secretario del Juzgado promiscuo del circuito de Planeta rica para acordar la forma como se apoderarían de los recursos del FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, destinados a atender el pago de las prestaciones sociales de los docentes, acuerdo que consistía en FALSIFICAR PODERES, RESOLUCIONES, NOTIFICACIONES PERSONALES, CEETRIFICACIONES DE LA GOBERNACION DE CORDOBA, con las cuales presentarían demandas ejecutivas laborales, y el citado juez libraría mandamiento de pago ordenando el embargo de las cuentas del magisterio y el secretario del juzgado libraría y reiteraría a los bancos las medidas cautelares ordenadas por el juez"

Relatan los hechos que el señor **DANIEL EDUARDO LOPEZ PALENCIA**, tramo ante la secretaria de Educación Departamental de Córdoba 45 resoluciones de ajustes pensionales de docentes adscritos a esa dependencia, las que fueron expedidas por el señor JOSE MIGUEL CHICA CHICA, sin tener a la calidad de secretario de educación, y luego notificadas por la señora NANCY JIMENEZ.

Por su parte el señor **ROBERTO DE JESUS MONTES LOPEZ**, tramo ante el citado juzgado (sic) demanda ejecutiva laboral de reconocimiento de ajustes



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

pensionales a 45 docentes, la que se surtió bajo el radicado 2001-00087 en la que el mencionado juzgado libró mandamiento de pago y embargo de cuenta del fondo Nacional de Prestaciones sociales del magisterio y ordenó el pago por valor de \$ 14.085.825.445.34 a favor de Montes López, apoderándose de esta forma los acusados de los dineros del estado.

3. El día nueve (09) de junio de 2020 el juzgado profiere la sentencia condenatoria en contra de los señores ROBERT DE JESUS MONTES LOPEZ y DANIEL EDUARDO LOPEZ PALENCIA a la pena principal de 125 meses de prisión e interdicción de derechos públicos por el mismo término “en calidad de INTERVINIENTES por cuatro (4) delitos de peculado por apropiación agravados por la cuantía, a título de dolo; 1619 de falsedad en documento privado, 5828 de falsedad en documento público agravado; 12 delitos de prevaricato por acción a título de dolo como intervintente y 8 delitos de peculado por apropiación en favor de terceros agravado, en grado de tentativa
4. En el decurso de los hechos la providencia se deja claro que los acusados el día 23 de febrero de 2013, en la ciudad de Bogotá, se allanaron a los cargos y que después de un suceso de impedimentos fue radicado en el despacho Juzgado Cuarto Penal del Circuito el día 13 de junio de 2016 quien fijo fecha para la lectura del fallo en noviembre 02 de 2016 la que no se pudo realizar por la ausencia de la defensa y desde esa fecha, en forma sucesiva se fijó para esos efectos sin que se pudiera realizar por causa de la inasistencia de la defensa.

Efectivamente la Decisión del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Montería se deja claro que virtud al allanamiento de cargos se dicta la sentencia condenatoria, se hizo en el cuerpo un relato de los hechos, previa identificación de los acusados, fijo su tesis en al allanamiento , y fijo la pena argumentando en su proporcionalidad para el caso específico y culmino consignando en el resuelve proferir la sentencia condenatoria en contra de los señores ROBERT DE JESUS MONTES LOPEZ y DANIEL EDUARDO LOPEZ PALENCIA con monto de pena ya asignado. En los demás apartes se surtió



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

lo referente a la pena de multa, y se negaron los subrogados en favor de los procesados.

5. Contra esta decisión se presentó EL RECURSO DE APELACIÓN, cada parte en pro de interés diferentes. En lo que interesa de principal manera, la defensa en su recurso llama la atención que SE DICTÓ SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS YA PRESCRITOS lo que redunda, por esa omisión, en perjuicio de sus patrocinados amen que hacen otras alegaciones sobre la culpabilidad de los procesados solicitando la absolución de los procesados por la falta de tipicidad a pesar de haberse allanado a los cargos. Los demás sujetos en su orden alzan su voz de protesta judicial, mediante los recursos en razón de la pena asignada de manera principal.
6. En providencia de fecha 25 de mayo de 2021 el honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería, sala de con jueces, siendo ponente el Dr. NICOLAS COAVAS HOYOS decide la apelación, expone que hubo actuación errada del aquo, señala que el mencionado más de forzar el principio de razonabilidad para tomar la decisión de fondo pues existía allanamiento a cargos, actuó erradamente al dictar sentencia, existiendo la prescripción de unos delitos, sin convocar a la audiencia del art. 331 y siguientes del C. de P. P, por ello en aras de proteger el debido proceso sustancial que debe garantizar la segunda instancia por vía de apelación declara la nulidad de lo actuado como única forma de restaurar la garantía constitucional quebrantada que cobija no solo el debido proceso sino el derecho de defensa y ordena que rehaga “conforme se describe en el art. 331 y siguientes el C.P.P.” convocando a audiencia para que se rehaga el proceso y como consecuencia el juez de primera instancia emita “**nuevas decisiones**” y de la misma manera para que las partes, si a si lo desean, “puedan ejercer el derecho a **impugnar**”.

Así la nulidad es la decisión que asumió la sala de con jueces dejando claro que toma esa decisión extrema porque la sala no puede “arrogarse



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

competencia del juez de conocimiento, funciones propias de él, porque actuaríamos sin imparcialidad judicial; por eso el vicio es trascendente desde lo procesal y lo constitucional, ya que socava la estructura del proceso penal, es decir, por afectar el debido proceso y derecho de defensa por violación a garantías fundamentales, que corresponde a la causal de nulidad del artículo 457 del Código de Procedimiento Penal”.

7. Frente al cumplimiento de la decisión el pronunciamiento, providencia de fecha 25 de mayo de 2021, deja claro que no existe recurso alguno contra la misma. El día 17 de junio de 2021 se surtió el trámite administrativo de remisión al juzgado de origen, Juzgado 4 penal del circuito, para su obedecimiento por parte.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA PRESENTE ACCIÓN CONSTITUCIONAL

El Decreto 2591 de 1991 reguló inicialmente la acción de tutela expresando en su artículo 10 lo siguiente:

“Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.” (Negrilla y resalto propio)

Aunque la anterior norma estipuló que quienes también podrán ejercer la acción son el defensor del Pueblo y los Personeros Municipales, la Corte Constitucional ha decantado que esta facultad también la reviste la Procuraduría General de la Nación:



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

“Si bien el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, no menciona expresamente la posibilidad de que la Procuraduría General de la Nación, interponga acciones de tutela para proteger derechos ajenos abstractos, el artículo 277 de la Carta sí le otorga al Ministerio Público una amplia competencia para intervenir en cualquier proceso, con el fin de cumplir sus funciones constitucionales. En efecto, el artículo 277 Superior establece,

ARTICULO 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

- 1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.*
- 2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.*
- 3. Defender los intereses de la sociedad.*

(...)

7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

(...)

Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias.

De la norma constitucional transcrita surge con claridad que la Constitución no sólo otorgó a la Procuraduría General de la Nación un amplísimo conjunto de competencias, sino también la posibilidad de ejercerlas a través de la interposición de las acciones que considere necesarias. Por lo tanto, si desde el punto de vista del debido proceso constitucional, el Procurador o sus agentes pueden interponer las acciones judiciales que consideren necesarias para proteger los derechos ajenos o el interés público, no existe razón



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

constitucional para que no pueda hacerlo a través de la acción de tutela.”¹
(Negrilla y resalto fuera de contexto)

Sobre la configuración de la legitimación de la causa por activa, el alto órgano Constitucional expresó:

“Bajo esos parámetros, interpretando el alcance de los artículos 86 de la Constitución Política y 10° del Decreto 2591 de 1991, la jurisprudencia ha considerado que se configura la legitimación en la causa, por activa, en los siguientes casos: (i) cuando la tutela es ejercida directamente y en su propio nombre por la persona afectada en sus derechos; (ii) cuando la acción es promovida por quien tiene la representación legal del titular de los derechos, tal como ocurre, por ejemplo, con quienes representan a los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) también, cuando se actúa en calidad de apoderado judicial del afectado, “caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo”; (iv) igualmente, en los casos en que la acción es instaurada como agente oficioso del afectado, debido a la imposibilidad de éste para llevar a cabo la defensa de sus derechos por su propia cuenta, como sucede, por ejemplo, con un enfermo grave, un indigente, o una persona con incapacidad física o mental. Finalmente, (v) la acción de tutela puede ser instaurada a nombre del sujeto cuyos derechos han sido amenazados o violados, por el Defensor del Pueblo, los personeros municipales y el Procurador General de la Nación, en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales.”²

(Negrilla fuera de contexto)

Por su parte, el Decreto 262 de 2000 autoriza expresamente a los Procuradores Judiciales para que interpongan las acciones de tutela, sin condicionar dicha facultad a contar con autorización o poder de la Procuraduría delegada o el Procurador General de la Nación:

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-293 de 2013. Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa

² Corte Constitucional. Sentencia T-176 de 2011. Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

“ARTÍCULO 37. Funciones. Los procuradores judiciales ejercerán funciones preventivas y de control de gestión, disciplinarias, de protección y defensa de los derechos humanos y de intervención ante las autoridades administrativas y judiciales, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política, las leyes y en este capítulo cuando lo determine el Procurador General en virtud de las facultades contenidas en el artículo 7 de este decreto.

Inciso adicionado por el art. 4, Ley 1367 de 2009. Además de las funciones disciplinarias, de control de gestión y preventivas, los procuradores judiciales en lo Contencioso Administrativo tendrán funciones de conciliación en los términos señalados por las leyes que regulan esta materia

ARTÍCULO 38. Funciones preventivas y de control de gestión. Los procuradores judiciales tienen las siguientes funciones preventivas y de control de gestión:

1. Interponer las acciones populares, de tutela, de cumplimiento, de nulidad de actos administrativos y nulidad absoluta de los contratos estatales, y las demás que resulten conducentes para asegurar la defensa del orden jurídico, en especial las garantías y los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente o el patrimonio público.

(...)" (Negrilla y resalto fuera de contexto)

La decisión de esta delegada en acudir al presente medio de defensa constitucional, no es otro diferente a garantizar el respeto a los derechos fundamentales, en esta instancia, el del debido proceso, con especial atención, cumplir ese deber constitucional que recae sobre el Ministerio Público en la garantía del orden jurídico, tal como lo detallaré más adelante.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

La acción de Tutela es considerada como la más efectiva herramienta en defensa de los derechos fundamentales, originada por la Asamblea Constituyente y consagrada en la Constitución Política de Colombia de 1991, en palabras del ex Magistrado de la Corte Constitucional, Manuel José Cepeda: “(...) *la tutela se convirtió en un puente entre la realidad y la Constitución que va más allá de un mecanismo jurídico, para convertirse en una fuente material de goce efectivo de derechos*”.

Teniendo en cuenta que el presente mecanismo de defensa de derechos fundamentales va encaminada a atacar una providencia dentro de una actuación decisión judicial como un acto procesal que produce consecuencias jurídicas, es permitente analizar su procedencia, la cual, sabemos ha sido catalogada como excepcional, con la finalidad de no afectar la seguridad jurídica y respetar la autonomía judicial que garantiza la Carta política:

“(...) *La eventual procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales y otras providencias que pongan fin al proceso tiene connotación de excepcionalísima, lo cual significa que procede siempre y cuando se cumplan unos determinados requisitos muy estrictos que la jurisprudencia se ha encargado de especificar.*”³

Así mismo se ha dispuesto que en tratándose de un auto, en le caso de la nulidad decretada lo siguiente:

“*El concepto de providencia judicial en el marco de la doctrina de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales.*

Sin embargo, en materia de decisiones adoptadas en autos, la Corte ha señalado

³ Corte Constitucional. Sentencia T-780 de 2006. Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

que éstas, por regla general, deben ser discutidas por medio de los recursos ordinarios que el legislador ha dispuesto para el efecto. La acción de tutela procederá solamente i) cuando se evidencie una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de las partes que no puede ser reprochada mediante otros medios de defensa judicial. Por tanto, la acción constitucional no será procedente cuando han vencido los términos para interponer los recursos ordinarios y la parte afectada no hizo uso de ellos, o cuando fueron utilizados, pero en forma indebida; ii) cuando a pesar de que existen otros medios, éstos no resultan idóneos para proteger los derechos afectados o amenazados; o iii) cuando la protección constitucional es urgente para evitar un perjuicio irremediable. En el primer caso, para que proceda la tutela, deberán reunirse los requisitos generales de procedencia y presentarse al menos una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales que han sido fijados por esta Corporación.

La primera oportunidad en la que la Corte admitió una tutela contra un auto fue en la sentencia T-224 de 1992. En esta sentencia, la Corte consideró que el contenido y alcance de un auto interlocutorio pueden vulnerar o poner en peligro derechos fundamentales de las partes. En estos casos, los afectados deben acudir a los recursos ordinarios previstos en el ordenamiento contra la respectiva providencia; sin embargo, si la lesión de los derechos persiste, la Corporación indicó que es posible acudir a la acción de tutela.

Posteriormente, en las sentencias T-025 de 1997, T-1047 de 2003 y T-489 de 2006, aunque la Corte no concedió la tutela en sede de revisión, admitió la procedencia de la tutela contra autos interlocutorios; en el primer caso,



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

contra un auto del Consejo de Estado que denegó una solicitud de nulidad del tutelante en un proceso de reparación directa; en el segundo caso, contra un auto que negó la libertad provisional solicitada por un recluso; y en el tercer caso, contra un auto que en sede de apelación revocó otro auto que había decretado la nulidad de todo lo actuado por indebida notificación dentro de un proceso ejecutivo.” ³

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido un protocolo mínimo como requisitos de procedibilidad, por un lado, los de carácter general, y por otro, los de estirpe específicos⁴.

Sobre los requisitos de **CARÁCTER GENERAL** indicó:

“24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente **relevancia constitucional**. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.*
- b. Que se hayan **agotado todos los medios** -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iustusfundamental irremediable*[5]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias*

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

*c. Que se cumpla el **requisito de la inmediatez**, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.*

*d. Cuando se **trate de una irregularidad procesal**, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.*

*e. Que la parte actora **identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados** y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.*



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”⁵

En el cumplimiento de estos requisitos empezaremos un análisis en aras de concluir que si se dan o no en la presente acción, por el segundo de ellos como último eslabón por ser más extenso.

Frente al requisito de **AGOTAMIENTO DE LOS MEDIOS ORDINARIOS** como requisito de procedibilidad de la tutela es un requisito agotado en la presente actuación.

Efectivamente desde la sentencia T-296 de 2000 se dijo que “*para analizar cada uno de estos puntos, se tomara como parámetro la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la vía de hecho*”.

Por ello aceptándose que la tutela es vía excepcional y en el caso que nos ocupa y en ese obedecimiento se deben consultar no solo las diferentes etapas del proceso sino a determinar si en ella han existido errores o faltas en el proceso, aquí hemos señalado el debido proceso y el precedente judicial; para ello en este caso debe consultarse si hay carencia de otro medio de defensa judicial y se torna imperiosa la intervención del Juez constitucional.

Efectivamente para dar por sentado que se cumple este requisito de procedencia de la acción de tutela en el auto de fecha 25 de mayo de 2021, deja claro que “**no existe recurso alguno contra la misma**” y más a renglón seguido en fecha 17 de junio de 2021 se dio curso al trámite administrativo de rigor ordenándose la

⁵ Ibídem



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

remisión al juzgado de origen para su obedecimiento por parte del Juzgado 4 penal del circuito.

Es claro no existe otro mecanismo o instancia para corregir ese error trascendental con consecuencias de daño irremediable e imperiosa es la intervención del juez constitucional a fin de prever un daño mayor pues el indiscutible trascurso del tiempo en la decisión que ya tomo el juez del circuito permitiría que en con un nuevo pronunciamiento se habiliten términos y posibles y predecibles recursos que la ley autoriza, con anotaciones de los impedimentos que ya se conocen nivel de tribunal y consecuente asignación de una sala nueva de con jueces la que tendría y debe contar con un tiempo razonable para la nueva decisión, nótese que en este caso la segunda instancia tomo un (1) año decidir el recurso de apelación y esto en estricto rigor cuenta para términos prescriptivos de la acción penal de los delitos e los cuales aun no se ha surtido el fenómeno jurídico de la prescripción afectando, de darse este resultado, derechos fundamentales del proceso y de las víctimas.

En tanto al requisito de **INMEDIATEZ** como exigencia general para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, es claro que este igualmente se cumple a cabalidad en este caso.

Efectivamente Contando los términos desde la fecha de expedición del fallo de primera instancia atacado hasta la decisión de segunda instancia, **Providencia de fecha 25 de mayo de 2021**, al que se unió la remisión de la actuación al juzgado de origen, **17 de junio de 2021**, no ha transcurrido tiempo trasgresor de este principio fijado razonablemente en seis (6) meses; así se ha aceptado por vía jurisprudencial, como término moderado para ejercer la acción de tutela contra providencias judiciales o laudos arbitrales. (*Consejo de estado sección cuarta, sentencia 1100103150002015-0148001 de junio 08 de 2016*)

Frente a la exigencia de que deben existir **IRREGULARIDADES PROCESALES con connotación constitucional**, anotamos que existe afectación para el orden jurídico, al debido proceso por desconocimiento del precedente que se



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

desconoció al preferir lo extremo frente a lo moderado y autorizado Constitucional y procesalmente.

Se ha definido el precedente por la Corte Constitucional (sentencia T62 de 2011) como *“aquel conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que, por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerarse por el juez o una autoridad determinada al momento de dictar sentencia”*.

Para diferenciar demos señalar que si bien existe los precedentes que proyecta la Corte Constitucional, la Corte Suprema, los Tribunales y Juzgados también son tomados en cuenta para formar el mismo (*C-014 de 1.993 y C-836 de 2001- SU 354 de 2017*), sin que sea válido la discusión de si necesita un numero plural o importante de sentencias para construirlo , de si es horizontal o vertical (se verá más adelante que este es el más generoso por existir más de tres (3) pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que dentro de sus múltiples funciones tiene la de unificar la Jurisprudencia; tampoco es inconveniente si el precedente es vinculante o no , como adelante se mostrara, pero anticipamos que en este caso en estudio se da el precedente y es vinculante por la aplicación perentoria de principios básicos del derecho procesal como lo son los que rigen la materia de las nulidades que sin duda alguna son de obligatoria observancia por virtud de no solo provenir de una entidad encargada de la unificación de la Jurisprudencia nacional sino por atributo del principio de seguridad jurídica..

En efecto la providencia que se solicitara dejar si efectos contiene un análisis que aterriza en la nulidad porque realiza un análisis imperfecto e incompleto de la figura jurídica pues dejo de analizar aspectos fundamentales de los principios que rigen la nulidad procesal y por sobre todo sin apoyo del precedente jurisprudencial que lo hacía atendible frente a la definición del caso en el fondo de las inconformidades.



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

Nos explicamos, ha sido reiterada la jurisprudencia sobre lo principios de la nulidad así.:

*“En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que de acuerdo con dichos principios, solamente es posible alegar las **nulidades expresamente previstas en la ley** (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (trascendencia); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades pre establecidas en la ley para su producción -dado que las formas no son un fin en si mismo-, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervenientes en el proceso (instrumentalidad) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad). (SP 931 de 2016. Radicado 43356 de 03 de febrero de 2016 M.P. José Leónidas Bustos)*

El tribunal superior de distrito judicial, sala de con jueces, en el auto de fecha 25 de mayo de 2021 funda su decisión haciendo un análisis de los principios que rigen la nulidad; en especial, al referirse al principio de residualidad en la que cimento expresamente su decisión:

“Principio de residualidad. Compete al peticionario acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad.



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

Solo procede cuando no existe otro remedio procesal para subsanar el acto irregular.

En este caso no tenemos bases jurídicas a la cual aferrarnos para subsanar la irregularidad sustancial pregonada, es por ello que es viable jurídicamente, es decir la sola sentencia debe anularse.

No podría la sala arriesgarse a sacrificar el debido proceso vulnerado, a costas de la violación del mismo por parte de la sala, del principio de legalidad, del derecho de defensa y la violación al principio de la doble instancia; incluso, el propio procesado se vería afectado en esos derechos.

Con esta decisión se busca proteger el debido proceso sustancial agredido, que garantice el derecho a la segunda instancia por vía de la apelación. Este principio se concreta en el artículo 2o Constitucional, que pregoná que el Estado debe garantizar la efectividad de todos los derechos constitucionales y no solamente la vigencia de unos a costa de otros”.

Se concluyó que la nulidad de la sentencia “era la única forma”, comillas nuestras, de solución para el restablecimiento del debido proceso, derecho de defensa y principio de legalidad. Así, la nulidad de la sentencia de primera instancia es la decisión que aquí asume la sala.

Si somos consecuentes con estos principios la providencia de segunda instancia que declaró la nulidad hizo análisis de esos principios, pero no dio aplicación o mejor erró al aplicar el principio de **RESIDUALIDAD** de la figura de la nulidad.

Efectivamente partiendo de la regla genérica aplicable en estos casos de que no toda irregularidad comporta nulidad, de que se puede incluso parcial no se observó que nuestra normatividad procesal las reduce al mínimo y, en dicho de autores autorizados “reservándolas para las formalidades que se deben considerar como absolutamente esenciales e indispensables”-(Mazzini).

La corte suprema de justicia tiene reconocido esta directriz, con énfasis en el principio de residualidad así:



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

“No le asiste la razón al censor al afirmar que no es posible dentro del proceso Penal Colombiano la declaratoria de nulidad parcial oír no existir norma punitiva que así lo indique.

*“sobre el particular debe recordarse que ha sido reiterada y constante la doctrina que acepta el mecanismo de nulidad parcial, solución que se sustenta en el principio de que la nulidad ES UN REMDIO EXTREMO al que solo debe acudirse cuando el vicio sea de tal magnitud y trascendencia que desquicie el proceso en su estructura o eche por tierra sus garantías fundamentales en forma irreparable; y aun en tales **casos su declaratoria debe regirse por la idea de lo estrictamente necesario** procurando dejar vigente aquella parte del proceso que no adolece de vicio”. -Sala de Casación Penal, 12 de julio de 1989. M.P. Mantilla Jacome, Rodolfo)*

En este entendido la corte ha dado la solución al problema jurídico que declaró o mejor tomo la sala de con jueces en su decisión de segunda instancia que hemos cuestionado, es clara: dado el caso que existan conductas prescritas la segunda instancia puede, podía, declarar extinguida la acción penal de las conductas prescritas hasta ese momento.

Esa era a la luz del precedente jurisprudencial la formula correcta a aplicar y no la extrema de nulitar “toda”- comillas nuestras- la sentencia apelada como se hizo.

Efectivamente el cierre es diáfano cuando consultamos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para de esa manera restablecer ciertos o no, presuntos o no, derechos fundamentales vulnerados, en clara aplicación del principio de residualidad.

Este principio y su aplicación es de raigambre constitucional.

El precedente judicial obligaba a que el pronunciamiento reconociera el fenómeno de la extinción de la acción penal por prescripción en el momento procesal que se dé y en el mismo sentido tampoco era un obstáculo para decidir sobre los demás tópicos objeto de recurso de alzada, en este caso solicitud de absolución por atipicidad de la conducta, asignación de pena por el concurso de delitos, la pena de multa asignada etc., esto teniendo en cuenta que se trataba de un



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

allanamiento a cargos, verificado y con prohibición de retratación con lo cual se evitarían excesos contrarios a la función pública.

Dentro de los pronunciamientos que reconocen la solución podemos citar: los siguientes:

1. CSJ SP de 21 de agosto de 2013 con radicado 40587.
2. 40034 de fecha 05/11/ 2013 caso contra Luis Fernando Botero, Mg. Ponente Dra. María del Rosario González Muñoz
- 3.. AP 3905 con radicado 47998 de 22 de junio de 2016. Mg. Ponente PATRICIA SALAZAR CUELLAR
4. AP-290 de 2021, Radicado 58396, de fecha veintisiete (27) de enero de 2021, M.P. Eyder Patiño Cabrera
- 5- SP 352 de 2021 con radicado 52.857 de fecha 10 de febrero de 2021 M.P. Patricia Salazar Cuellar,
- 6.. CSJ, Sala de Casación Penal, radicado 54.660, SP- 2232 sentencia de fecha dos (02) de junio de 2021.

Sobre el punto, en uno de estos pronunciamientos, (Sentencia 40034 de fecha 05/11/2013 pagina 12 y siguientes M.P. María del Rosario González), es explícito:

“Frente a dichos planteamientos es necesario resaltar que la prescripción de la acción penal, como lo ha destacado la Corte Constitucional, es una institución de orden público por virtud de la cual, debido al simple transcurso del tiempo señalado en la ley, el Estado pierde su capacidad de investigación y juzgamiento, de suerte tal que una vez logrado o superado el lapso previsto por el legislador para el efecto, no hay opción distinta para el operador jurídico que decretar la prescripción, pues actuar en contravía del respectivo mandato, esto es, trascendiendo el límite cronológico máximo, implica desconocer las formas propias del juicio, sin que Corte Suprema de Justicia sea oponible para eludir el referido pronunciamiento, el que decisiones próximas a tomar puedan favorecer al procesado.



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

En eventos tales, ni siquiera la presunción de inocencia como garantía fundamental podría invocarse para justificar que debe emitirse la providencia liberatoria de responsabilidad (por ejemplo, por preclusión de la instrucción, cesación de procedimiento o aún sentencia absolutoria), por cuanto para proferirla se exige como requisito sine qua non que el Estado, a través del respectivo funcionario, detente la capacidad para adelantar una actuación penal, la cual desaparece ipso iure por virtud de extinguirse la acción penal, entendida ésta como el derecho-deber del Estado de investigar, juzgar o sancionar a una persona a quien se le imputa la comisión de una conducta definida como punible.

Y continua la Corte para indicar la obligación del juez de obedecer el precedente procediendo en alzada a reconocer la extinción de la acción Penal cuando esta ha nacido a la vida jurídica señalando las excepciones a esa regla jurisprudencial:

“Debe decirse que la anterior regla, esto es, aquella según la cual producida la prescripción debe procederse a su declaratoria, sólo tiene dos excepciones. La primera, cuando la sentencia de segundo grado es de carácter absolutorio, pues en ese caso un tal pronunciamiento se prefiere sobre el de la prescripción, como lo viene sosteniendo la Corte desde la sentencia del 16 de mayo de 2007 dictada dentro del radicación 24374”...(...).

(..)“La segunda excepción se presenta cuando el procesado, en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 85 del Código Penal, renuncia a la prescripción. En ese caso, empero, el aludido deberá atenerse a la decisión de la justicia, de manera que el fallo podrá ser absolutorio o condenatorio.

Queda entonces claro, una vez presentado el fenómeno jurídico de la prescripción lo propio era su reconocimiento expreso, independiente de que el fenómeno se de en primera o en segunda instancia claro esta salvo las excepciones atrás



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

consignadas y en ninguna de las agenciadas excepciones estuvo el caso que estudió y decidido la sala de conjueces del Tribunal accionado.

Queda entonces igual de diáfano que ninguna vulneración del derecho al debido proceso ni al derecho de defensa se daba o pronosticaba en el marco del proceso distinguido con el número de SPOA 23-001-60-00000-2013-00124 surtido contra ROBERT DE JESUS MONTES LOPEZ y EDUARDO LOPEZ PALENCIA y otros por el delito de Peculado por apropiación y otros **si se procedía conforme a lo destacaba el precedente anotado** y la perspectiva del debido proceso quedaba incólume como garantía procesal; sucede lo contrario cuando se constata que se desconoce el precedente, cuando se constata que lo debido lo pertinente, no se acató desconectando así los parámetros legales y sobre todo jurisprudenciales con el caso fracturándose la protección real del proceso pues contribuye a una franca desventaja sobre la protección del tiempo que trascurre con riesgo alto de prescripción de los delitos que aún quedan vigentes y por la cual ya existe una sentencia de condena con reparos, sí, pero aun ajustada a derecho.

Frente a los **REQUISITOS DE CARÁCTER ESPECÍFICO**, la Corte Constitucional los enmarcó en la existencia de los siguientes vicios o defectos:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.*
- b. Defecto procedural absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.*
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan*



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. *Error inducido*, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. *Decisión sin motivación*, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. *Desconocimiento del precedente*, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. *Violación directa de la Constitución.*⁶

De los hechos fácticos narrados en el presente líbelo introductorio se desprende con cierto grado de naturalidad que, de los supuestos traídos a colación en la sentencia anteriormente transcrita, se enmarca el vicio o defecto situado en los literal h denominados “**Desconocimiento del precedente**”, hipótesis que como quedó consignado “**se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado**

En relación con el defecto procedural absoluto, lo invoco como uno de los vicios presentes en la providencia atacada, teniendo en cuenta que, ese no corresponde al trámite adecuado para las finalidades perseguidas por parte de la allá parte activa de la acción no puede el Juez de alzada dar un trámite diferente

⁶ Ibídem



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

al invocado por el accionante, es decir, se presenta, desde nuestra perspectiva , un defecto procedural cuando se decretan de manera oficiosa nulidades sin el respeto del debido proceso y el respeto del precedente.

Por último, en relación con la violación directa a la constitución, encontramos infracción al Art. 29 que establece como derecho fundamental el debido proceso.

Frente al requisito desarrollado en el literal “a” del texto transrito, se hace necesario advertir que el reclamo ius fundamental que aquí se hace, claramente corresponde a aspectos que tienen **CONNOTACIÓN CONSTITUCIONAL**, estamos frente a la vulneración del derecho al debido proceso que arropa el obedecimiento del precedente, como garantía quebrantada, que se concretó en la declaratoria de una nulidad **CON EL UNICO OBETIVO** de que el aquo declárese la prescripción de conductas punibles, sin tener en cuenta o incluir el desarrollo temático y jurisprudencial que sobre la figura jurídica de la prescripción en recurso de alzada ya tienen depurada las altas cortes situación lo que de no corregirse, se repite, se noticia, con el transcurso del tiempo que apremia y con el riesgo de que las demás conductas punibles corran la misma suerte jurídica de prescripción, posible impunidad que hay que evitar, cuando lo propio y aconsejable era que el superior, en este caso el Tribunal de distrito judicial de Montería, sala de conjueces, declarara la extinción de la acción penal (art. 82 Nro. 4 del C.P.) para las conductas que por el transcurso del tiempo hicieron nacer a la vida jurídica la figura de la prescripción y acto seguido se pronunciara sobre los demás delitos y temas de controversia objeto del recurso de alzada incluida la oficiosa compulsa de copias.

Efectivamente de la actuación conforme se expuso, existió lesión al derecho fundamental, **EL DEBIDO PROCESO**, por violación de la **LÍNEA JURISPRUDENCIAL (PRECEDENTE)**, visible cuando se constata que se decreta **EN SEGUNDA INSTANCIA** una nulidad cuando lo procedente, se repite, en el caso de conductas prescritas, era una decisión diferente esto es proferir la sentencia declarando la extinción de la acción por prescripción y decidir sobre el



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

tema central de la apelación que se propuso tanto por la defensa como por la fiscalía y la representación de víctima que básicamente en su inconformidad con la sentencia de primera instancia atendía a principios de asignación de la pena.

En este caso la formula presentada por el tribunal, la nulidad, atenta contra el proceso mismo porque no solo irrespeto el precedente, como ya se dijo y ahora se reitera, sino que contribuye, como una verdad real, porque además del tiempo transcurrido en el despacho del aquo, ha transcurrido un (1) año para la decisión del caso en segunda instancia con el tiempo, que camina y ya corre, que ya produjo un daño irreparable, con pronóstico de posible daño a futuro pues la misma suerte del fenómeno prescriptivo pueden correr las conductas punibles aún vigentes y con aceptación de responsabilidad con grave perjuicio para las víctimas y el patrimonio público.

En cuanto a los requisitos generales de **ARGUMENTACIÓN** establecidos por la Corte Constitucional, el presente escrito de tutela ha sido claro al momento de relatar los hechos sobre el derecho conculado y sobre la que fundamenta la presente acción, fácilmente entendibles, y que se encuentran racionalmente conexos al derecho que aquí se alega vulnerado acápite correspondiente a los soportes sobre el derecho fundamental objeto de solicitud de amparo constitucional.

Por último, es absolutamente notorio que la providencia atacada **NO CORRESPONDE A UN FALLO DE TUTELA**, no obstante, al ser ésta una providencia que decide sobre la base de supuesta protección de derechos fundamentales no corresponde a la estirpe constitucional atendiendo su origen, proceso penal ordinario, por lo que su procedencia es más que justificable pues toca la violación o afectación al derecho al debido proceso, al respeto del precedente judicial pues no es posible que el ordenamiento jurídico permita que subsistan pronunciamientos judiciales que contribuyan a más dilación procesal pues debe primar el derecho fundamentales, con evidente violación de una garantía determinante del Estado Social de Derecho.



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

. PRETENSIÓN

1. Ruego Tutelar el derecho fundamental al debido proceso por violación a precedente judicial, al orden jurídico, conculcados por parte del TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MONTERIA, SALA DE CONJUECESSES, representado por el Magistrado conjuez Ponente NILSON RAFAEL COAVAS HOYOS ponente del pronunciamiento de fecha 25 de Mayo de 2021 que resolvió la apelación de la sentencia condenatoria proferida por el Juez 4 penal del circuito, por el delito de Peculado por apropiación y otros en contra de los señores ROBERT DE JESUS MONTES LOPEZ Y DANIEL EDUARDO LOPEZ PALENCIA, radicación 23-001-60-00000-2013-00124
2. Como consecuencia de lo anterior, dejar sin efectos el pronunciamiento de fecha 25 de mayo de 2021 que resolvió la apelación de la sentencia condenatoria proferida por el Juez 4 penal del circuito, por el delito de Peculado por apropiación y otros en contra de los señores ROBERT DE JESUS MONTES LOPEZ Y DANIEL EDUARDO LOPEZ PALENCIA, radicación 23-001-60-00000-2013.
3. En razón de lo anterior, Ordenar a la sala de conjueces representada por el honorable magistrado ponente Dr. NISON RAFAEL COVAS HOYOS que en un término prudencial y pronto **proceda conforme el precedente** a resolver de fondo el recurso de alzada y reconocer en el mismo la extinción de la acción penal por prescripción de las conductas punibles que cursaron este fenómeno.

PRUEBAS

1. Ruego, al Honorable magistrado sustanciador, de ser necesario, solicitar al despacho del Juzgado 4 penal del circuito, enviar en calidad de préstamo o copia electrónica de toda la actuación procesal del expediente que por el delito de Peculado por apropiación y otros en contra de los señores ROBERT DE JESUS MONTES LOPEZ Y DANIEL EDUARDO LOPEZ PALENCIA, radicación 23-001-60-00000-2013.

JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que, por los mismos hechos y derechos, no he presentado petición similar ante ninguna autoridad judicial.



PROCURADURIA 133 JUDICIAL II PENAL

NOTIFICACIONES

El suscrito representante del Ministerio Publico recibirá en la calle 25 Nro. 6-95 de Montería–Córdoba- correo electrónico institucional **Canichiarico@procuraduria.gov.co.**

El accionado, Tribunal superior de distrito judicial de Montería – Córdoba, Sala de conjueces, edificio Elite, Carrera 6 Nro. 61- 44 barrio La castellana, Montería-Cordoba.

ANEXOS

Carnet que me identifica como funcionario público adscrito a la procuraduría judicial de Montería- Córdoba.

Atentamente,

CARMELO ANICHIA RICO MONTOYA
Procurador 133 Judicial II Penal de Montería