



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado Ponente

SEP 122-2024

Radicación N° 51630

CUI. 11001600010220160023901

Acta Ordinaria No.102

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

Acorde con el anuncio del sentido del fallo, procede la Sala Especial de Primera Instancia a decretar preclusión del proceso por los delitos de prevaricato por omisión, en concurso homogéneo y sucesivo, dictar sentencia de carácter condenatorio por el delito de prevaricato por acción, y absolver por el punible de falsedad ideológica en documento público, en concurso homogéneo y sucesivo, frente al exmagistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA.**

IDENTIDAD DEL ACUSADO

TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA, identificado con la cédula de ciudadanía número 73.096.047, expedida en Cartagena, nació el 11 de junio de 1961 en Sincelejo (Sucre), de 64 años, hijo de Martín Londoño (Qepd) y Elsy Cristina Herrera, de profesión abogado, con dirección de notificaciones Vía de la popa, conjunto residencial San Felipe apartamento 305, Cartagena, Bolívar.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Cuando **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** se desempeñaba como magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, como ponente de la sentencia del 11 de febrero de 2008 confirmó la del 19 de diciembre de 2002, por cuyo medio el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompox condenó a ALEXANDER MORENO CARVAJAL a 33 años de prisión, como autor de los delitos de homicidio agravado y secuestro agravado, dentro del proceso penal con radicación 13-468-31-89-001-2005-00779, fallo que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia modificó de manera oficiosa el 27 de octubre de 2008, en lo atinente a la pena accesoria, mientras que inadmitió la demanda de casación.

Ejecutoriada la sentencia y encontrándose vigente la orden de captura, el 29 de mayo de 2014, el defensor presentó ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompox solicitud de nulidad por falta de competencia.

Luego, el mismo profesional, el 2 de octubre de 2015 instauró demanda de tutela en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena contra el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompox solicitando el amparo de los derechos a la libertad, debido proceso y salud en conexidad con la vida, de MORENO CARVAJAL; deprecó que se declarara la nulidad del proceso penal y, como medida provisional, la cancelación de la orden de captura, siendo repartido al Magistrado **LONDOÑO HERRERA** en el rubro de “COMISORIOS” y no en el de “TUTELAS DE PRIMERA INSTANCIA” como correspondía.

El 5 de octubre siguiente la Secretaría del Tribunal elaboró un acta por novedad de reparto, “ASIG. CAMBIO GRUPO” variando el rubro de “COMISION” para dejarla en el grupo de “TUTELAS DE PRIMERA INSTANCIA”.

El Magistrado **LONDOÑO HERRERA** asumió el conocimiento de la acción de tutela, que le fue entregada el 6 octubre de 2015; dispuso admitirla mediante auto del 7 de octubre de 2015 y como medida cautelar ordenó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompox cancelar las órdenes de captura emitidas contra ALEXANDER MORENO CARVAJAL, fecha desde la cual se extravió la actuación hasta el 18 de diciembre de 2015, según constancia secretarial.

El 28 de enero de 2016 el entonces magistrado **LONDOÑO HERRERA** presentó un proyecto de fallo de tutela a la Sala de Decisión por cuyo medio propuso: i) denegar por

“improcedente” la acción de tutela ante la falta de vulneración de los derechos fundamentales a la libertad y a la salud en conexidad con el derecho a la vida y ii) amparar los derechos a la libertad y al acceso a la administración de justicia de los cuales es titular el accionante. En consecuencia, ordenó al Juzgado Único del Circuito de Mompos resolver sobre la solicitud de nulidad incoada. No se pronunció en relación con la medida cautelar.

A este proyecto se le consignó como fecha de elaboración el 18 de diciembre de 2015 cuando en realidad fue creado el 28 de enero de 2016.

El exfuncionario **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** determinó la elaboración de la constancia que suscribió CARLOS ENRIQUE AGUIRRE, Oficial Mayor de la Sala Penal del Tribunal de Cartagena a través de la cual certificó que el proyecto de fallo se registró el 18 de diciembre de 2015, cuando en verdad se firmó en el mes de enero.

Igualmente, determinó a servidores del Tribunal para falsear la verdad en el folio 366 del libro radicador de tutelas de primera instancia, marcado como “29 de julio del 2014 a noviembre del 2015” correspondiente a la anotación de la acción de tutela 0289 de 2015, pues le aplicaron corrector líquido blanco para sobreponer la fecha de 18 de diciembre del 2015 y así alterar la verdad para que coincidiera con la fecha del proyecto de fallo, siendo que en realidad estos registros se elaboraron el 28 de enero de 2016.

La Sala mayoritaria del Tribunal Superior de Cartagena, el 29 de enero de 2016, emitió un auto declarando la nulidad de lo actuado y ordenando el envío de la demanda constitucional a la Corte Suprema de Justicia, al observar que al trámite de tutela debió ser vinculada la corporación puesto que había actuado como segunda instancia en el proceso penal. Así mismo estimó la medida cautelar como improcedente y ligera. El magistrado **LONDOÑO HERRERA** salvó voto a través de documento sin fecha que integró a la providencia.

Al siguiente día hábil, el 1° de febrero de 2016, el apoderado del accionante retiró la demanda de tutela tras obtener autorización verbal del magistrado.

El magistrado **LONDOÑO HERRERA** en aquel momento, no se declaró impedido para conocer de la acción de tutela pese a ubicarse en una causal objetiva para hacerlo y dilató de manera injustificada el trámite de la tutela No 0289 de 2015 que no falló dentro de los diez días como establece el artículo 29 del Decreto 2591 de 1995.

ANTECEDENTES

1. El 8 de septiembre de 2017 el Fiscal Décimo delegado ante la Corte Suprema de Justicia solicitó la realización de audiencia concentrada de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. La audiencia se llevó a cabo el 25 de septiembre de 2017¹, y en ella se declaró

¹ Fls 71 y 72 del C.O. de la Corte.

contumaz al ex magistrado **LONDOÑO HERRERA**, quien estuvo asistido por su defensor contractual.

Seguidamente se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, ordenándose la captura del imputado, decisión frente a la cual se interpuso el recurso de reposición, que fue resuelto de manera adversa. Efectuada la aprehensión, el 27 de septiembre siguiente se legalizó en audiencia virtual, debido a que el imputado enfrentaba quebrantos de salud².

2. El 14 de noviembre de 2017 la Fiscalía 10^a delegada ante la Corte Suprema de Justicia radicó escrito de acusación en esta Corporación³.

3. Por la defensa, el 17 de noviembre de 2017 se postuló petición la nulidad de la declaratoria de contumacia ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que se abstuvo de pronunciarse bajo el entendido que debía ser resuelta por la Corte Suprema de Justicia en la audiencia de formulación de acusación⁴.

4. El 15 de diciembre siguiente, a petición de la defensa, un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, con función de control de garantías, sustituyó la

² Fl 76 del C. 1 de la Corte.

³ Fl 01 del C. 1 de la Corte.

⁴ Fl 100 del C. 1 de la Corte.

medida de aseguramiento de detención preventiva por domiciliaria en virtud del dictamen médico forense del 1° de diciembre de 2017 sobre su estado de salud⁵.

5. La audiencia de formulación de acusación se adelantó en tres sesiones. En la primera de ellas, efectuada el 18 de enero de 2018⁶ la defensa técnica deprecó la nulidad de la actuación a partir de la decisión que declaró contumaz al doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**. Suspendida, se continuó el 7 de mayo siguiente⁷. En ella, se reconoció como víctima a la Nación – Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial –, y se surtieron los traslados de la petición de nulidad.

En la última sesión, efectuada el 9 de julio de 2018, se dio a conocer la decisión que negó la nulidad incoada⁸; así mismo, se acusó a **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**, como presunto autor de los delitos de prevaricato por acción en unidad de acción, en concurso heterogéneo con prevaricato por omisión, en concurso homogéneo, en concurso heterogéneo con falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo y sucesivo, dos de estas últimas conductas como determinador, con la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58-10 de la Ley 599 de 2000.

⁵ Fl 80 Cuaderno 1 de la Corte.

⁶ Fl. 145 Cuaderno 1 de la Corte.

⁷ Fl. 206 Cuaderno 1 de la Corte.

⁸ Fls. 230 a 257 Cuaderno 1 de la Corte.

6. Con motivo de la implementación del Acto Legislativo 01 de 2018, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 18 de julio de 2018 ordenó remitir la actuación a esta Sala Especial de Primera Instancia, la cual fue recibida el 26 siguiente.

7. La audiencia preparatoria⁹ inició el 13 de septiembre de 2018 y prosiguió el 17 y 21 de enero y 4 y 14 de marzo de 2019. En estas dos últimas sesiones se resolvió sobre las solicitudes probatorias y el recurso de reposición interpuesto por la fiscalía fue resuelto de manera favorable.

8. Posteriormente, en sesiones de 3 y 4 de febrero de 2020; 25 de mayo, 9, 11, 1 y 19 de noviembre de 2021; 31 de enero, 3 de marzo, 22 de septiembre, 20 de octubre de 2022; 18 de abril, 5 y 25 de mayo, 19 y 20 de septiembre y 27 de noviembre de 2023 se llevó a cabo el juicio.

LA ACUSACIÓN

Con fundamento en la situación fáctica expuesta en el acápite de hechos jurídicamente relevantes se acusó a **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**, como presunto autor de los delitos de prevaricato por acción en unidad de acción, en concurso heterogéneo con prevaricato por omisión, en concurso homogéneo, en concurso heterogéneo

⁹ Fl. 35 Cuaderno 2 de la Corte.

con falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo y sucesivo, dos de estas últimas conductas como determinante, con la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58-10 de la Ley 599 de 2000.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Fiscalía

Solicita emitir sentencia condenatoria en contra del señor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**, en tanto existen elementos probatorios que acreditan la ejecución de las conductas objeto de acusación, con pleno conocimiento y voluntad del enjuiciado.

Delito de prevaricato por acción

Indica que, con fundamento en las pruebas números 4,17,18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 37, 38, y el testimonio del perito Adolfo Vázquez Téllez, se demostró la manipulación del reparto de la acción de tutela 289 de 2015, con el fin de que el señor **LONDOÑO HERRERA** tuviera la disponibilidad funcional de emitir los pronunciamientos judiciales reprochados. Circunstancia que a su juicio evidencia la concurrencia del elemento subjetivo y la voluntad del acusado de cometer las conductas delictivas por las cuales se le convocó a juicio.

En relación con el auto admisorio del 7 de octubre de 2015, señala que las pruebas números 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 20,

junto con la escritura pública número 04921 del 12 de noviembre de 2008 suscrita por el señor ALEXANDER MORENO CARVAJAL, y el testimonio de Ruth Cortés Herrera, dan cuenta de la manera irregular como el exmagistrado admitió la acción de tutela, y además, ordenó como medida provisional que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompox cancelara las órdenes de captura proferidas en contra del señor ALEXANDER MORENO CARVAJAL dentro del proceso penal con radicado N°13-468-31-89-001-200500779.

Afirma que al admitir la referida acción constitucional, el enjuiciado no solo benefició los intereses jurídicos del señor MORENO CARVAJAL sino que infringió la ley, en la medida en que transgredió las reglas de reparto previstas en el artículo 1° del Decreto 1069 de 2015, pese a que el trámite objeto de amparo lo comprometía a él como magistrado ponente precisamente de una decisión cuestionada por vía de tutela, que había sido proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena pero también involucraba a la Sala de Casación Penal.

Señala que, con la referida admisión el enjuiciado vulneró los artículos 74 y 90 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), toda vez que no se encontraba acreditado en debida forma el derecho de postulación del abogado Luis Puello Liñán.

En cuanto a la medida provisional decretada por el enjuiciado al interior de dicho trámite constitucional, la

Fiscalía sostiene que el acusado quebrantó los artículos 1° y 7° del Decreto 2591 de 1991, toda vez que no había lugar a decretarla, pues no se soportó la pretensión de la acción de tutela atinente a la presunta violación de los derechos a la salud y a la vida del actor, máxime cuando tampoco surgía que tal medida fuera necesaria como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Respecto al proyecto de fallo que tiene como fecha el 18 de diciembre del año 2015, afirma la Fiscalía que la prueba N°40 y los testimonios de los Magistrados Francisco Pascuales y Patricia Corrales, demuestran que el aforado documentó su posición sobre el mérito de la acción de tutela ante los demás magistrados que conformaban la sala de decisión. Advierte además que, en dicho proyecto se desconoció el principio de inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, toda vez que la violación del debido proceso se alegó 13 años después de la emisión de la sentencia condenatoria proferida contra el señor MORENO CARVAJAL, por lo cual, el enjuiciado tenía la obligación de declarar la improcedencia inmediata de la acción de tutela.

Tratándose de la falta de respuesta del Juzgado Promiscuo del Circuito de MompoX frente a la petición de nulidad incoada por el entonces defensor del enjuiciado, la Fiscalía manifiesta que la acción de tutela se formuló 16 meses después, contados desde la presentación de dicha petición. Igualmente, en lo que tiene que ver con el derecho a la salud y a la vida invocados por el actor en el trámite constitucional, se demostró que su presunta vulneración

databa de 5 meses atrás al momento en que se impetró la acción de tutela, incluso con fundamento en un concepto médico que no era idóneo para acreditar la existencia de una enfermedad.

Advierte que el actor no justificó su inactividad, tampoco de qué manera esta inactividad podría causar la lesión de sus derechos fundamentales, ni la existencia de un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción de tutela y la vulneración de los derechos que alegaba.

Sobre el salvamento de voto suscrito en la decisión proferida el 29 de enero de 2016, advierte la Fiscalía que las pruebas N°1, 2, 3, 9 y 10, junto con los testimonios de los Magistrados Pascuales y Corrales, permiten demostrar cómo el enjuiciado mantuvo las ilegales posiciones jurídicas condensadas en el auto del 7 de octubre de 2015 (que admite la acción de tutela) y también en el proyecto de fallo del 18 de diciembre de 2015, este último en el cual el enjuiciado afianzó su intención de vulnerar la administración pública al persistir en mantener una competencia que no tenía, cuando explicó las razones que lo llevaron a decretar la medida cautelar a favor del actor, conducta asumida pese a que previamente había sido advertido por sus dos compañeros de Sala, respecto de su imposibilidad de conocer y asumir el caso ante la existencia particular de impedimentos.

Lo referido con anterioridad, le permite a la Fiscalía colegir más allá de toda duda razonable, la ilegalidad de los pronunciamientos enrostrados y la responsabilidad del señor

TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA en el trasegar delictivo previsto en el artículo 413 CP.

Delito de prevaricato por omisión

Señala el ente acusador que el aforado omitió un acto propio de sus funciones al no declararse impedido para conocer el trámite constitucional en cuestión, a pesar de encontrarse incurso en una causal objetiva para hacerlo, con lo cual desconoció el ordinal 6° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, así como el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991.

Considera que así lo corroboran las pruebas números 2, 5, 10, las pericias y testimonios de los señores Fabio Leonardo Herrera Pérez, Jorge Armando Amorocho, Leonardo Larios, Jorge Leviller, Patricia Corrales y Francisco Pascuales. Tales pruebas, según indica, dan fe del contenido de la ponencia proferida el 11 de febrero de 2008, a través de la cual **LONDOÑO HERRERA** como funcionario de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena confirmó la sentencia condenatoria que había proferido en su momento el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompox en contra de **ALEXANDER MORENO CARVAJAL**.

Indica que se trata de una circunstancia objetiva que deja al descubierto cómo el enjuiciado asumió el conocimiento de un amparo constitucional promovido para atacar pretéritas decisiones suyas y no obstante ello, persistió en su conducta al punto de actualizarla y reiterarla

cuando presentó el Salvamento de voto, en lugar de declararse impedido.

Agrega que, a partir de las pruebas números 4, 5,17, 27, 28, 29, 30, 31, 40, el libro radicator de tutelas que contiene el registro entre el 29 de julio de 2014 hasta noviembre de 2015 (concretamente folio 336), bases periciales y los testimonios indicados en precedencia, quedó demostrado que el implicado retardó un acto propio de sus funciones, al poner en conocimiento de los demás magistrados que conformaban la sala, 3 meses y 26 días después de haberse presentado la acción de tutela, un proyecto de fallo a través del cual decidía sobre el mérito del amparo promovido, por lo cual, de manera dolosa irrespetó los términos establecidos y benefició al condenado y accionante.

Asegura que pese al esfuerzo de la defensa por demostrar que el expediente estuvo perdido, lo cierto es que fue ocultado hasta el mes de enero del año 2016 según lo acreditan los testimonios escuchados. Indicó que, a partir de la prueba pericial confeccionada por Fabio Leonardo Herrera, el proyecto de fallo solo fue elaborado hasta el 28 de enero de 2016, día en que se puso a disposición de los demás integrantes de la sala, por lo que materialmente era imposible que el aforado hubiese podido registrar el proyecto el 18 de diciembre de 2015.

Anota que aun cuando el expediente hubiera aparecido en el mes de diciembre del año 2015, como lo quiso justificar

la defensa, era obligación del enjuiciado percatarse, como magistrado ponente, que desde el mes de octubre había admitido una tutela y para el mes de diciembre no la había resuelto de fondo, por lo que debió ejercer los mecanismos pertinentes para controlar los términos de la acción constitucional a su cargo.

Delito de falsedad ideológica en documento público

La Fiscalía asegura haber probado la participación del procesado en 3 delitos de falsedad ideológica en documento público, descritos en el artículo 286 del Código Penal. Uno de ellos se le atribuye a título de autor y los dos restantes como determinador. A su juicio se trató de una estrategia apócrifa documental para solapar las conductas delictivas que ya se han mencionado.

En primer lugar, advierte la falsedad ideológica que fue consignada en el proyecto de fallo dentro de la acción de tutela número 289 del año 2015, que se encuentra demostrada con la prueba número 40, con el libro radicador de tutelas de primera instancia (folio 366), con las bases periciales y testimonios de los señores Fabio Leonardo Herrera Pérez y Jorge Armando Amorocho, así como con los testimonios ya referidos. Señaló que, a partir de la prueba pericial se logró determinar que la fecha real en la que se elaboró y se publicó el proyecto de fallo fue el 28 de enero de 2016 y no el 18 de diciembre de 2015. Es decir, se impuso una fecha falsa de elaboración.

En segundo lugar, pone de presente la falsedad presentada en la constancia que suscribió el señor Carlos Aguirre como Oficial Mayor de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena. La Fiscalía indica que así lo demuestra la prueba número 16, el libro radicador (folio 366), las pericias de los señores Fabio Leonardo Herrera Pérez y Jorge Armando Amorocho, así como los testimonios de Leonardo Herrera, Jorge Leviller, Patricia Corrales y Francisco Pascual. En ellas se evidencia que el Oficial Mayor certificó que el proyecto de fallo se registró el 18 de diciembre de 2015, cuando en realidad fue elaborado y presentado a la Sala el 28 de enero de 2016.

El expediente permaneció oculto hasta el mes de enero, por lo que era imposible redactar un proyecto de fallo sin contar con este para su elaboración y proceder con su posterior entrega a los demás magistrados que componían la Sala. Agrega que el señor Aguirre obró bajo la determinación del exmagistrado, pues era este quien se beneficiaba, ya que no solo mantenía oculta la finalidad de favorecer al señor MORENO CARVAJAL respecto de la cancelación de las órdenes de captura para que este disfrutará de ese beneficio por un tiempo adicional de 3 meses y 26 días, sino que, le brindaba una justificación en la mora de la decisión.

En tercer lugar y en relación con la falsedad consignada en el folio 366 del libro radicador, en el que se registraban las minutas de entrada y salida del despacho de **LONDOÑO HERRERA**, alega que se logró demostrar con fundamento en la prueba pericial y las atestaciones de Leonardo Larios,

Jorge Leviller Londoño, Patricia Corrales y Francisco Pascuales, que sobre dicho folio fue aplicado corrector líquido blanco para sobreponer la fecha de 18 de diciembre de 2015, con el fin de que coincidiera con la fecha del proyecto que estaba presentando a sus compañeros de sala, hecho que le convenía para materializar su proceder delictivo y apartar sospecha de sí, como quiera que varios funcionarios judiciales se vieron involucrados en su red de mentiras.

Finalmente, la Fiscalía advierte que, frente al elemento subjetivo de los tipos penales en cuestión destaca las pruebas números 4, 5, 6, 7, 8, 16, 17, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 40 del libro radicador (folio 366) y los testimonios de Ruth Cortés Herrera, Leonardo Larios, Jorge Leviller, Carlos Aguirre Narváez, Emil Mendoza Suárez, Patricia Corrales y Francisco Pascual.

2. Representante de la presunta víctima

El representante de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial señala que en el presente caso el ente acusador logró demostrar más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal del señor Londoño Herrera en el marco del trámite que impartió al interior de la acción de tutela 289 de 2015, razón por la cual deprecó una sentencia de condena en su contra por los delitos objeto de acusación. Indica que la gravedad de éstos socava la confianza de la ciudadanía en el sistema judicial, y compromete la integridad de los procesos judiciales, por tanto, solicita la imposición de una pena significativa para

preservar la confianza en la administración de justicia y para garantizar que los servidores públicos cumplan con sus deberes de manera íntegra y transparente.

3. Ministerio Público

Después de hacer un recuento de los hechos, antecedentes procesales y material probatorio relevante, solicita que se imponga una sentencia de carácter condenatorio en contra del procesado por los delitos de prevaricato por acción, prevaricato por omisión y falsedad ideológica en documento público. Considera que el ente acusador logró demostrar la responsabilidad penal del enjuiciado, de conformidad con las pruebas practicadas en juicio.

Manifiesta que la prueba documental arrimada al juicio oral es indicativa de que el acusado actuó con dolo, al evidenciarse que quien conoció de la tutela fue el mismo magistrado que actuó como ponente en la decisión de segunda instancia del 11 de febrero de 2008, a través de la cual se confirmó la condena impuesta a ALEXANDER MORENO CARVAJAL, lo que de por sí, deja claramente establecida la intención que tuvo el enjuiciado de infringir la ley penal a sabiendas de que lo que hacía constituía el delito de prevaricato por acción, con mayor razón cuando a pesar de ser advertido del error por sus compañeros de sala, en lugar de rectificar, persistió en forma obstinada en su posición contraria a la ley.

Pone de presente que, aunque no logró demostrarse un ánimo corrupto o que haya estado motivado por un interés particular, se configura este delito por la evidente arbitrariedad y el capricho del exmagistrado, con lo que se demuestra más allá de toda duda, su intención de contrariar el ordenamiento.

Señala que no es necesario que la orden contenida en la medida provisional por él adoptada en el trámite constitucional se hubiera o no materializado para dar por consumado el delito de prevaricato por acción, ya que este es de resultado, basta para su configuración la afectación a la administración de justicia, por lo que en el plano jurídico la sola disposición de cancelar las órdenes de captura conllevaba efectos oponibles frente a cualquier autoridad que hubiera materializado la privación de la libertad, aunque no se hubieran librado oficios comunicando la cancelación o aunque los mismos no hubieran llegado al juzgado correspondiente.

Sobre las particularidades referentes a las alteraciones o manipulaciones en el reparto de la acción de tutela, el Ministerio Público indica que las mismas deben ser tenidas en cuenta sólo como hechos indicadores, pues en el presente caso basta el análisis objetivo de las decisiones para determinar que con éstas se agota el tipo penal de prevaricato por acción.

4. Defensa técnica y material

Defensa material

Afirma que en el presente caso no puede considerarse ningún tipo de responsabilidad penal en su contra, toda vez que la Comisión Nacional de Disciplina Judicial concluyó mediante fallo absolutorio que no había mérito para investigarlo ni sancionarlo por estos mismos hechos.

Como petición principal solicita sea proferida sentencia absolutoria a su favor. Ello, según afirma, ante los inconvenientes dogmáticos en la falta de estructuración de los tipos penales por los que lo acusó la Fiscalía y por la falta de respaldo probatorio.

Como solicitud subsidiaria depreca la nulidad de todo lo actuado a partir de la audiencia de imputación con fundamento en los argumentos que más adelante expondrá.

Petición principal

Delito de prevaricato por acción

Advierte que no se estructura por falta de tipicidad objetiva y subjetiva, pues a su juicio lo consignado en el auto que admitió la tutela no constituye una resolución manifiestamente contraria a la a la ley, ya que, la acción de tutela estaba dirigida contra un juzgado del circuito, lo cual le daba competencia al tribunal para asumir su conocimiento, y si bien de manera indirecta se mencionaba una decisión de la Corte Suprema de Justicia, en el proyecto

de fallo que fue derrotado solo se hacía alusión a los derechos tutelados al Juzgado del Circuito de Mompox pero no se disponía tutela alguna frente a los derechos que eventualmente involucraban a la Corte Suprema.

Frente a este aspecto citó el fallo de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial del 30 de junio del año 2022, RAD11001010200020160346000.

Considera que la medida provisional ordenada en el auto admisorio de la acción de tutela tampoco se traduce en una resolución manifiestamente contraria a la ley, pues así lo dedujo la Comisión Nacional de Disciplina Judicial en el citado fallo.

A partir de ello, afirma que la Fiscalía no demostró por qué el auto referenciado constituía un acto grosero y arbitrario. Contrario a ello, lo que si quedó evidenciado a su parecer es que tanto la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, establecieron con base en pruebas legal y oportunamente allegadas a las respectivas actuaciones, que no existía irregularidad alguna, ni actuar torticero o doloso, por lo que no hay razones para que, violando el principio de cosa juzgada y de *non bis in idem*, se quiera prefabricar una responsabilidad penal que no existe.

Respecto del salvamento de voto por él suscrito en el trámite constitucional, expresa que solo se trató de un criterio u opinión no vinculante que no es recogido por los

términos resolución o dictamen, no constituye ingrediente especial normativo toda vez que las afirmaciones consignadas en él están desprovistas de poder decisorio. Sobre el particular trae a colación el auto de única instancia del 13 de octubre de 1988, (Rad 2270) de la Corte Suprema de Justicia.

Indica que la Fiscalía tampoco demostró por qué era imposible hacerlo, es decir, la estructuración del requisito adicional trazado por la Corte Suprema de Justicia para la configuración del delito de prevaricato por acción, que es la demostración de una finalidad corrupta, según lo establece la Sentencia SP 1483 de 2017 (Rad 46893). A su juicio este aspecto quedó descartado al revisar el contenido de las declaraciones de las personas que rindieron testimonio en juicio, por lo que no se configuró el tipo objetivo.

Agrega que tampoco se demostró la estructuración del tipo subjetivo en la medida que él actuó como juez constitucional, en cumplimiento de sus deberes funcionales, sin la conciencia de estar ejecutando un acto grosero o arbitrario. Por tanto, asegura que no hubo ningún tipo de dolo, ya que quedó desvirtuado que haya tenido intervención alguna en el reparto de la tutela, tampoco manifestó ningún tipo de interés en su adjudicación o trámite, ni se demostró que tuviera alguna relación especial con alguna de las partes.

Con los testimonios del ingeniero Luis Gabriel Roche y de la doctora Edita Garrido quedó demostrado que no hubo ningún tipo de manipulación por reparto de tutela, ya que se

trató de un error cometido por la funcionaria María del Pilar de la Osa, que en paz descanse.

Si bien los testigos de la Fiscalía, quienes son funcionarios del CTI, sugieren que hubo un direccionamiento del reparto, debe tenerse en cuenta que tales declaraciones carecen de credibilidad, pues se trata de personas vinculadas laboralmente a la fiscalía que respaldarán las directrices de su jefe, mientras que el ingeniero Luis Gabriel Rocha y la doctora Edita Garrido son personas que tuvieron relación directa con los hechos y no tienen ningún vínculo de dependencia con el enjuiciado. Cuestiona el hecho de que la Fiscalía no haya dispuesto la apertura de una investigación sobre la supuesta manipulación del reparto, ni haya compulsado copias para los mismos efectos.

Advierte que no puede estructurarse la conducta punible aludida por falta de antijuricidad material, ya que quedó demostrado con las pruebas documentales y testimoniales que los oficios que disponían la admisión de tutela y la medida provisional nunca llegaron a su destino, esto es, al Juzgado del Circuito de Mompox. Solicitó que se revisara el Auto 3939 de 2016 (Rad 44960) en relación con este aspecto. En este sentido asegura que la medida provisional de suspensión de orden de captura nunca tuvo existencia y nunca se materializó, razón por la cual la Fiscalía no logró demostrar un movimiento migratorio del señor MORENO CARVAJAL, por lo que es falso afirmar que él haya resultado beneficiado con la medida.

En consecuencia, estima que el auto admisorio de la tutela no puede ser calificado de prevaricador, toda vez que no desconoció en forma protuberante y grosera la norma que regula la competencia y la facultad de ordenar medidas provisionales, ya que, de las soluciones jurídicas propuestas optó por una que encuentra su explicación lógica y razonada en la jurisprudencia del órgano de cierre de la justicia ordinaria.

Delito de prevaricato por omisión

Asegura que las acciones alternativas que describen el tipo, consistentes en dejar de hacer una cosa, no aceptarla, dilatar su ejecución o no conceder lo que se pide, correspondientes a los verbos rectores omitir, rehusar, retardar o denegar, por definición tienen que ser dolosas.

Cualquier conducta de las descritas en la norma debe estar precedida del conocimiento y voluntad de faltar a la lealtad debida en el ejercicio dicha función. Es decir, no se puede atribuir a título de culpa. Indica que el tipo penal no se refiere a una simple actitud pasiva o de inercia, ni siquiera a un dejar de hacer algo, sino a un no hacer aquello a lo que el servidor público está jurídicamente obligado en un espacio temporal, precisamente señalado por la ley.

Argumenta que en el presente asunto la Fiscalía no probó ni siquiera mínimamente que él haya actualizado alguna de las conductas señaladas, pues de la prueba documental y de las declaraciones juradas de Carlos Aguirre

Narváez, Emil Mendoza Suárez, Leonardo Larios y Jorge Leviller Palomino, quedó establecido que el expediente de la acción de tutela se encontraba traspapelado en la secretaría de la Sala Penal, es decir, que no estaba bajo su custodia, sino del personal de la secretaría, por lo que no puede endilgarse ninguna de las conductas constitutivas del prevaricato omisivo.

Al respecto, alega que la Comisión Nacional de Disciplina Judicial en el fallo con radicado 110010102020190079900 del 7 de abril de 2021, magistrado ponente Carlos Arturo Ramírez Vázquez, refirió que los errores de secretaría no dan lugar a investigación disciplinaria contra los jueces, con mayor razón en la órbita penal.

Denuncia la falta de estructuración del tipo objetivo y subjetivo, lo que a su juicio genera un caso de atipicidad, pues no se probó la ocurrencia de ninguna de las conductas alternativas que estructuran el delito de prevaricato por omisión. Tampoco se acreditó que se haya hecho con conciencia y voluntad de estar afectando el bien jurídico tutelado en la norma pertinente.

Indica que el acusador en su escrito de acusación le atribuye este delito a título de dolo, pero lo sustenta conceptualmente en circunstancias constitutivas de culpa, al señalar que a él le correspondía verificar las notificaciones a los vinculados al trámite, procurando los mecanismos más expeditos y adoptando la decisión correspondiente en un

término no superior a 10 días, razón por la cual debió mantener la dirección sobre los asuntos de la Secretaría y no esperar a que pasaran 3 meses y 26 días para adoptar una decisión. Frente a esto dice que es necesario recordar que este delito es esencialmente doloso y al no estar contemplada expresamente la modalidad culposa, la conducta sería impune.

Refiere que, lo que quedó demostrado en el presente asunto es que se configuró una situación constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito, cómo lo fue el traspapelamiento del expediente en una dependencia distinta a su Despacho, constituyéndose una situación excluyente de responsabilidad, pues nadie está obligado a lo imposible, lo que en el plano de la culpabilidad se denomina, según indica, la no exigibilidad de otra conducta.

Advierte que el ente acusador no demostró cuál era la causal por la que debía declararse impedido, pues la tutela estaba dirigida contra un juzgado del circuito y con este convencimiento fue repartida. Agrega que en el auto admisorio se vinculó exclusivamente a ese estrado, de manera tal que no había lugar a declararse impedido. Solicita que se revise la Sentencia T-800 de 2006 de la Corte Constitucional, al tratarse de un caso de un magistrado de la Guajira, toda vez que en este caso estaba actuando como juez constitucional y no como juez ordinario en sede del proceso penal.

Refiere que la Comisión Nacional de Disciplina Judicial en fallo de fecha 30 de junio del año 2022 señaló que conforme el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, son competentes para conocer de la acción de tutela a prevención los jueces o tribunales con jurisdicción en lugar donde ocurre la violación o la amenaza que motivaron la presentación de la solicitud.

Por su parte, el artículo 1° del Decreto 1832 de 2000 señala que, conocerán de la acción de tutela a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurre la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde produjera esos efectos, conforme a una serie de reglas decantadas en función de la entidad contra la cual se instaure la acción constitucional.

Alega que, en torno a la disposición legal citada en Auto 230 de 2006, reiterado en Auto 051 de 2017 la Corte Constitucional, al resolver un conflicto de competencia para conocer de una acción de tutela, enfatizó en que el Decreto Reglamentario 1382 de 2000, establece reglas de simple reparto y no de competencia. Por consiguiente, los jueces o corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional, con base en ellas no pueden declararse incompetentes para conocer de una acción de tutela.

Advierte que, en este asunto, la acción de tutela estaba dirigida contra el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompos y así fue admitida, pues el accionante alegaba la mora en la resolución de una solicitud de nulidad del 29 de mayo de

2014, situación que causaba afectación a sus derechos fundamentales y en consecuencia le daba plena competencia para tramitar la acción de tutela. Eso fue reiterado en el salvamento de voto en donde agregó que mantuvo la competencia, pues no fueron vinculadas otras entidades.

Reitera que profirió la medida provisional amparado en el principio de autonomía e independencia judicial consagrado en el artículo 228 y 230 de la Constitución Política, que impiden a la jurisdicción penal, o a cualquier otra, formular reproche frente al contenido de las decisiones. Indica que no se trató de un procedimiento desbordado, grosero, ni que haya sido producto de una interpretación arbitraria o caprichosa; por el contrario, obedeció a un análisis normativo de cara a las pruebas aportadas por el accionante, que en ese momento dejaban entrever la posible vulneración al derecho fundamental a la vida.

Señala que la Fiscalía no aportó elemento material probatorio o evidencia física que estableciera la disconformidad entre las decisiones por él adoptadas con el ordenamiento jurídico, y que la estructura de sus planteamientos está dada bajo la fórmula de simples pareceres u opiniones de un funcionario.

Delito de falsedad ideológica en documento público

Sostiene que, desde un punto de vista teórico es completamente distinto ser autor que ser partícipe. Señala que la responsabilidad de este es accesoria y depende de la

responsabilidad del autor. Si no hay autor, no hay partícipe, porque este no puede responder de manera autónoma.

El Fiscal no acreditó quienes fueron las personas declaradas responsables de la falsedad, ni siquiera acreditó que se esté adelantando un proceso penal en contra de los autores del delito de falsedad ideológica, siendo un aspecto necesario para estructurar la forma de participación en ese punible, tampoco se acreditó el perjuicio a alguna de las partes, así como no demostró la ocurrencia de la forma de determinación con la que supuestamente actuó, esto es, no se estableció la existencia de una orden, consejo, convenio, mandato o coacción hacia los empleados de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal que suscribieron o extendieron los documentos supuestamente falsos.

Por el contrario, asegura que lo que sí quedó establecido fue que la orden sobre la corrección de fechas en los documentos, la impartió fue el secretario Larios Navarro, con conocimiento de todos los empleados de la Secretaría se utilizó corrector de uso comercial y frecuente, con el solo propósito de hacer menos protuberante la mora, lo que a su juicio descarta el dolo de falsedad.

Añade que el acusador no acreditó con prueba grafológica que haya sido él quien signó tales documentos y no se probó que el equipo en que se ubicó el archivo que contenía el proyecto de fallo, correspondía al utilizado por él.

Precisa que este tipo de falsedad requiere la producción de un daño concreto real, que es el perjuicio a otros bienes jurídicos distintos a la fe pública de variada naturaleza patrimonial, moral, política, social y deben pertenecer a un tercero, es decir, tienen que ser de titularidad de alguien que no sea el agente de la falsificación, lo cual, a su juicio no se demostró en este caso, pues el accionante solicitó el retiro de la demanda de tutela, a lo cual se accedió.

Manifiesta que tampoco se demostró la potencialidad de engaño, que es la capacidad que tiene la persona que realiza la falsificación para que esta pueda pasar inadvertida, lo cual implica un cierto grado de sofisticación en la alteración, cambio, mutación, que permita no ser descubierto *prima facie*. Pues de no ser así, lo que se configura es la denominada falsedad inocua, que por burda y grosera, no produce el daño pretendido y resulta carente de antijuricidad material.

Así, afirma que en el proceso quedó demostrado que los documentos de los que se pregona falsedad no fueron expedidos por él, no hubo prueba grafológica que demostrara que fue él quien hizo tales anotaciones. Tampoco se demostró que haya inducido a alguno de los empleados de la Secretaría a realizarlas, tal como se demuestra con el testimonio de Jorge Leviller Palomino, quien dio a conocer la orden de archivo a su favor en la investigación disciplinaria por estos hechos.

Concluye con que tampoco demostró la Fiscalía que en este caso se haya presentado una determinación en cadena, pues enfáticamente los empleados de la Secretaría señalaron que el Leonardo Larios no les manifestó haber recibido, a su vez, una orden del magistrado Londoño Herrera respecto de las correcciones de las fechas de los documentos referenciados en el cargo de falsedad. Recordó que el Código Penal en esta materia expresamente señala que la determinación como forma de participación debe referirse a la realización del hecho típico y antijurídico.

Petición subsidiaria

Solicita que, en ausencia de un fallo absolutorio a su favor, se declare la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación, con fundamento en el precedente judicial establecido por la Sala Especial de Primera Instancia en la decisión del 24 de agosto de 2018, Rad 48110, mediante la cual se dispuso la declaratoria de nulidad de todo lo actuado, a partir inclusive de la audiencia de formulación de imputación, al establecer que en el trámite del asunto se quebrantó el debido proceso.

Alude a la Sentencia T-117 de 2007, en la que la Corte Constitucional hace importantes precisiones en torno a la importancia del precedente horizontal y la analogía fáctica como presupuesto para la aplicación del precedente entre el caso ya resuelto y el que se propone resolver.

En este sentido asegura que el acto irregular del juez de garantías no cumplió la finalidad a que estaba destinado, dado que su vinculación al proceso penal está viciada por la contumacia declarada con violación de las garantías y controles judiciales requeridos, uno de los cuales era la verificación real de la documentación con la que contaba el juez al momento de decidir. Refiere que la irregularidad sustancial advertida es trascendente en la medida en que quedó evidenciada la afectación de garantías fundamentales, pues se trató de un yerro de estructura del debido proceso con efectos en el derecho de defensa y contradicción consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Añade que, frente al principio de protección, se descartó que él o su defensor propiciaron el motivo invalidatorio, pues ello se generó por la actuación de la judicatura. Dicho vicio implica, según estima, la nulidad de la decisión que lo declaró contumaz, proferida por el magistrado del Tribunal Superior de Bogotá con funciones de control de garantías, lo cual genera efectos en la diligencia de imputación de cargos formulada en su contra, y la consiguiente audiencia de imposición de medida de aseguramiento, detención sustituida posteriormente por domiciliaria, cuyos presupuestos procesales deben estar rodeados de garantías fundamentales.

Señala que, si bien la formulación de imputación es un acto de parte, la nulidad que se deriva de la declaratoria de contumacia, consecuentemente apareja su decaimiento

puesto que la vinculación necesariamente debe estar acorde con el debido proceso y el derecho de defensa.

De otra parte, indica que como tiene vigente la medida de aseguramiento de detención preventiva sustituida por domiciliaria, en razón a su estado por grave enfermedad, los efectos de la nulidad se extienden a tal determinación, dado que la declaratoria de contumacia no solo afectó la imputación de cargos por las irregularidades advertidas, al no permitírsele estar presente en la audiencia concentrada, con lo que se cercenó, en un sistema de partes, su derecho a ser escuchado para oponerse a la misma, aunado al hecho de que uno de los motivos por lo que aquella se impuso fue el riesgo de no comparecer al proceso fundada en la misma declaratoria de contumacia.

Sostiene que en dicho evento se atentó contra el derecho de defensa material, el cual se manifiesta entre otros aspectos, como el derecho del procesado a estar presente en el proceso. Dice que el perjuicio deviene de la irregular vinculación material a un proceso en el que no fue rebelde el indiciado, acto jurisdiccional que le acarrea un perjuicio irremediable que no se suple con la habilitación formal otorgada a su defensor técnico para seguir adelante con la formulación de imputación también viciada por los efectos de la falencia mencionada, en modo alguno superada con la presencia de aquél.

Entonces, la irregular declaratoria de contumacia, trasciende más allá de la privación de la oportunidad de

allanarse eventualmente a cargos con la rebaja prevista en este estadio procesal y al momento de imponer medidas de aseguramiento o recurrir la decisión según los artículos 289, 308 y siguientes de la Ley de 906 de 2004, ya que también se valora respecto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, (artículo 63 CP), al evaluar el factor subjetivo para decidir sobre su procedencia, dado que en el plano de la prevención general, la sociedad no observaría con buenos ojos que a personas que desacatan los llamados del Estado se les suspenda condicionalmente la pena.

Precisa que esta solicitud es procedente, debido a que en el proveído que se invoca, se establece que el desconocimiento de las formas propias del juicio que integran el debido proceso *“se materializa cuando se emite un acto procesal que constituye presupuesto legal para adelantar el subsiguiente o cuando, a pesar de realizarse el mismo no cumple con los requisitos inherentes a su validez o eficacia.”*

Sostiene que en el asunto resuelto se hizo abstracción de los principios de preclusividad y de trascendencia a la hora de abordar la solicitud formulada por el representante del Ministerio Público, pues la petición no se hizo en la audiencia de formulación de acusación, sino por vía de alegato de conclusión, habiéndose adelantado el proceso hasta el momento de proferir el sentido de fallo y además, solo bastó para disponer la declaratoria de invalidez procesal, constatar que la irregularidad *“transgredió sustancialmente las formas propias del juicio y de ser así, tal condición afectó*

la validez de los actos procesales surtidos a partir del acto admitido”.

Alega que, en el caso, el tema resulta de mayor gravedad en la medida que quien hace la solicitud no es un interviniente especial, sino una parte. El sujeto pasivo de la acción penal, en un caso similar se ubica dentro de la noción que se ha dado en denominar delito bagatela.

Defensa técnica

Petición principal

Refiere que existe un motivo de nulidad insalvable que ha tenido incidencia a lo largo de todo el proceso en la estructuración del derecho de defensa de su representado y se concreta con mayor razón en las afirmaciones hechas por la Fiscalía, representante de víctimas y representante del Ministerio Público.

Advierte que la nulidad está fincada en los requisitos de claridad y precisión que deben tener los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de imputación, no como acto meramente de parte, sino en la decisión que le imparte legalidad a la formulación de imputación como presupuesto antecedente a las demás etapas procesales. Lo que se demanda son las decisiones judiciales que validaron ese acto, en cuanto al contenido eminentemente formal, tal y como lo disponen los artículos 288 y 337 del Código de Procedimiento Penal, según los cuales la Fiscalía tiene la

obligación de presentar los hechos con precisión y claridad. Acota que, al margen de lo farragosas que puedan ser la formulación de imputación y la formulación de acusación, existen algunos aspectos que son constatables y tienen incidencia en esta solicitud.

Uno de ellos, que el Tribunal Superior de Bogotá, actuando como juez de control de garantías, en varias oportunidades llamó la atención del fiscal y le pidió que concretara y precisara los elementos de los tipos penales que estaban siendo objeto de imputación y pese a que el fiscal no corrigió dichas falencias, el magistrado con función de control de garantías optó por impartirle legalidad. Lo mismo ocurrió en sede de la formulación de acusación.

Lo que resulta patente, a juicio del defensor es que la Fiscalía afecta el derecho de defensa y el debido proceso cuando no comunica de manera detallada todos los elementos del tipo o de los tipos penales, no menciona la forma como se concretan en el mundo real los criterios jurídicos, ya sea de autoría, coautoría o determinación. Esas categorías jurídicas deben especificarse desde lo fáctico, para que se cumpla con los requisitos de claridad y precisión.

Esos fenómenos se encuentran completamente ausentes en la imputación. La determinación debe ser explicada de manera concreta y precisa al procesado so pena de vulnerar su derecho de defensa, debe indicársele en términos muy sencillos, ¿quién fue la persona determinada en el caso de las falsedades en documento público

endilgadas?; ¿quién fue el que por cuenta de esa determinación falsificó el contenido de dichos documentos?; y ¿cuál fue el mecanismo utilizado a efectos de predicar la determinación?

A pesar de la ausencia de esos elementos, el defensor alega que, en la formulación de imputación y acusación, siendo deber tanto del juez de control de garantías, como del juez de conocimiento, omitieron el deber de verificar la ocurrencia de estos requisitos de índole formal.

Sostiene que para que prospere una petición de nulidad deben cumplirse algunos principios contenidos en la Ley 600 de 2000 ante la ausencia de los mismos en la Ley 906. Uno de ellos, es el de trascendencia, que en este caso debe analizarse desde la vulneración concreta y directa de los derechos de defensa y debido proceso por desconocer desde la óptica fáctica los fundamentos en virtud de los cuales se estableció la figura de la determinación como dispositivo amplificador del tipo, pero, además, como manera precisa de la forma de participación de su representado.

En cuanto al principio de instrumentalidad de las formas, advierte que no se puede considerar la imputación como un mero acto de comunicación. La formulación de imputación tiene una trascendencia particular en los procesos penales, tiene que ser coherente y concordante con la formulación de acusación, que es el acto en virtud del cual se estructura entre otras cosas la materialidad del principio de contradicción, por lo que si no se postulan hechos

relativos a una categoría dogmática o una categoría normativa que la respalde, es imposible ejercer el derecho de defensa frente a los contenidos fácticos que se han omitido, de ahí que, no sea una forma meramente instrumental.

En lo que tiene que ver con el cumplimiento de otros principios, el de protección, en virtud del cual no hay lugar a la declaratoria de nulidad por quien ha generado la causal, y el de convalidación que se refiere, a que la parte que guarda silencio asiente. Recuerda que, ni la defensa ni el enjuiciado intervienen en esos actos de parte, de imputación y posterior acusación a cargo de la Fiscalía, pero que le imponen un deber, tanto al juez de control de garantías como al de conocimiento, de verificar si se cumplen los requisitos de claridad y precisión, en últimas, que se haya expresado de manera clara y comprensible no solo los elementos del tipo, sino también el grado de participación, lo que reitera, no sucedió en este caso.

El principio de taxatividad impone que no es posible alegar una nulidad que no se encuentre consagrada en la ley penal, (art 458 CPP) y en ese sentido, la nulidad que se invoca en cuanto a la violación al derecho de defensa y al debido proceso por ausencia de unos requisitos de índole formal en el acto de imputación, se encuentra establecida en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal.

De este modo, solicita a la Sala, se declare la nulidad de la actuación procesal a partir de la formulación de imputación para que la Fiscalía proceda a construir una

imputación de manera clara y precisa, conforme lo ordena el artículo 288 del Código de Procedimiento Penal y el 337 numeral segundo del mismo estatuto procesal.

Petición subsidiaria

Deprecia que se profiera una sentencia de carácter absolutorio a favor del enjuiciado, porque, a su parecer, la pretensión de la Fiscalía no fue demostrada a lo largo del juicio oral. Argumenta que, pese a que se aportó abundante material probatorio, testimonial y documental, tales pruebas no logran acreditar los supuestos de hecho de las normas que fueron invocadas en la acusación.

En lo que tiene que ver con las falsedades atribuidas bajo la modalidad de determinación, asevera que no se logró probar sugerencia, coacción, ni siquiera insinuación por parte de su asistido a los funcionarios de la Secretaría, tendientes a qué consignaran lo que *motu proprio* quisieron corregir o consignar en los libros radicadores, por lo que no se acreditó la supuesta determinación y el grado de participación por el cual se le acusa.

En cuanto a la supuesta falsedad, relativa al reparto, refiere que, tal como quedó probado, el enjuiciado no tenía competencia para ejercerlo, no intervino en tales actividades, y contrario a ello, lo que se logró establecer es que el reparto no sufrió ninguna adulteración en el sistema. Por lo que, al no existir caudal probatorio que demuestre la supuesta determinación, la materialidad de la presunta falsificación,

resulta claro que esa ausencia se traduce en una sentencia absolutoria.

Censura al perito documentólogo, porque en su afán de presentar la existencia de una falsedad en relación con el uso del corrector en unas grafías en un libro radicador, no logró dar cuenta ni siquiera de cuál era la sustancia que a la vista todos podían percibir, esto es, corrector; así mismo, porque el experto comenzó presentando la situación como si fuera de certeza y terminó concluyendo que es de probabilidad.

Sobre el delito de prevaricato por omisión, relativo a no haberse declarado impedido por haber conocido anteriormente el caso, señala que, si no existe el deber de impedimento en el juez que niega una preclusión cuando no ha revisado los elementos materiales probatorios y ha tomado una decisión basada en estos elementos, con mayor razón es absurdo que se predique que existe un impedimento por haber participado en la Sala que resolvió una segunda instancia en un proceso judicial, máxime cuando en la decisión de tutela que se presentó, solo se planteaba la omisión de un Juzgado Penal del Circuito de Mompox en resolver una nulidad.

Afirma que nada tenía que ver la petición con el contenido de la decisión, ni de primera ni de segunda instancia que eran condenatorias. Enfatiza en que el Decreto 2591 de 1991 establece la obligatoriedad de suministrar una respuesta a los ciudadanos que instauran una acción de

tutela, por lo cual no tenía el deber legal de declararse impedido.

Advierte que la Fiscalía tampoco trajo ninguna prueba encaminada a demostrar ese deber, más allá de afirmaciones genéricas que dan por sentado la existencia de hechos que ni siquiera se postularon en la formulación de acusación. Alega que, sobre los requisitos subjetivos de la conducta no se hizo ningún esfuerzo por probar el elemento doloso en la actuación, la voluntad de su representado en omitir un deber legal que ni siquiera se especificó cuál era.

Sobre los cuestionamientos al enjuiciado por no haber resuelto la solicitud de amparo en término, precisa que la causalidad por sí misma no es suficiente para imputar el resultado, por lo que habiéndose acreditado con suficiencia que el expediente se traspapeló en la secretaría del tribunal, no puede imputarse ese resultado de mora en adoptar la decisión, ni siquiera a título de culpa, ya que atendió a circunstancias que no se encontraban dentro del dominio funcional del enjuiciado, quien por esta razón no tuvo conocimiento de que se habían vencido los términos.

Sostiene que el exmagistrado no tenía el deber de ir a preguntar cada 8 días a la Secretaría cómo iba el trámite de tutela, ya que el control de términos no era su responsabilidad, sino de los funcionarios que trabajan en la sala penal y que estaban adscritos a su despacho. Así reitera que no hubo conocimiento ni voluntad del enjuiciado, tampoco negligencia, imprudencia ni impericia.

Referente al prevaricato por acción, al haber proferido una medida provisional y haber realizado un proyecto de fallo que finalmente fue derrotado, asegura que no se demostró en juicio la concurrencia de los elementos del tipo. El exmagistrado sí se encontraba facultado para admitir la acción de tutela por las razones que ya explicó a lo largo de sus alegatos de conclusión.

De acuerdo con el principio de autonomía judicial y lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, el juez puede proferir la medida que se le ocurra y eso no puede ser desvirtuado por vía de una acusación, porque además no representó perjuicio alguno pues la orden contenida en la medida provisional nunca salió de la Secretaría del tribunal, por lo que allí tampoco concurren los elementos del tipo.

Reitera que el proyecto derrotado no constituye un dictamen, sino una postura de un magistrado frente a unos hechos que le son planteados y que finalmente no fue avalada por una Sala, por lo que, a su juicio, en este caso no se cumple con el requisito del tipo objetivo. Sostiene que en virtud del principio de tipicidad absoluta no podemos encuadrar por una analogía, una categoría jurídica que la ley no trae de manera expresa y no postuló como elemento del tipo delictivo.

CONSIDERACIONES

De la competencia

La Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para proferir sentencia dentro de la actuación adelantada contra el exmagistrado **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** de acuerdo con las previsiones del numeral 5° del artículo 235 de la Constitución Política modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 1 de 2018.

Esto por cuanto se acreditó en el proceso que el acusado fungió como magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena para el período comprendido desde el 16 de junio de 2003, hasta al menos el 11 de agosto de 2016, hecho que se dio por probado con la estipulación número dos celebrada por las partes y admitida por la Sala, resultando incontrovertible que, para el momento de los sucesos, el acusado ostentaba la especial condición señalada por el aludido precepto.

El parágrafo del precepto 235 constitucional prevé que cuando los funcionarios allí enunciados hubiesen cesado en el ejercicio del cargo, el fuero se mantiene para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

En este caso el doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** ya no se desempeña como magistrado en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena; sin embargo, la Sala tiene competencia en razón a que las conductas por las que se le juzga, se realizaron, de acuerdo

con la acusación, cuando se desempeñó como magistrado de la mencionada Corporación.

Aclaración necesaria

El procesado luego de clausurado el debate del juicio oral, envió vía correo electrónico, diversas solicitudes relacionadas con la decisión que ponga fin a la instancia, a las cuales no se referirá la Sala puesto que sobre las mismas no se ejerció el contradictorio por su contraparte ni por los intervinientes especiales.

Del mismo modo, a las 4:06 minutos del 30 de septiembre de 2024, el día previo a aquel que se había dispuesto para publicitar el sentido del fallo, el acusado presentó solicitud de nulidad de todo lo actuado a partir de la audiencias preliminares de imputación, contumacia y medida de aseguramiento, petición que se rechaza de plano de acuerdo con lo establecido en el artículo 139.1 por manifiestamente impertinente, teniendo en cuenta que ya la Sala de Casación se pronunció sobre solicitud en similar sentido, en proveído del 9 de julio de 2018, la medida de aseguramiento ya perdió vigencia y se anunció el sentido del fallo.

De la preclusión por haber operado el fenómeno de la prescripción respecto de los delitos de prevaricato por omisión

En lo que atañe a los delitos de prevaricato por omisión, atribuidos al acusado, advierte la Corporación que en la etapa de juzgamiento acaeció el fenómeno de la prescripción, razón por la cual se impone dar aplicación al instituto procesal de la preclusión.

Sabido es que la preclusión es un mecanismo extraordinario de terminación del proceso establecido en la Ley 906 de 2004, que permite finalizarlo sin agotar todas las etapas que lo componen y procede solo ante causales taxativamente definidas en la ley.

En virtud de esa figura, se adopta una decisión definitiva por parte del funcionario de conocimiento cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra el procesado respecto de los hechos objeto de investigación, poner fin a la actuación penal, y, por ende, investida de la fuerza vinculante de la cosa juzgada.

Como ha prescrito la acción penal, opera la causal de preclusión de la investigación consagrada en el numeral 1° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, que determina:

CAUSALES. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

*«1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
(...)»*

De otra parte, en lo que concierne a la causal 1ª, por sobrevenir la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio

de la acción penal, la Sala de Casación Penal de esta Corporación, en criterio pacífico y reiterado ha mantenido la siguiente subregla:

«Dicha causal se refiere a los eventos donde concurre alguno de los supuestos fácticos de extinción de la acción, pues son ellos los que impiden el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Por tanto, esa preceptiva remite a los artículos 77 de la Ley 906 de 2004 y 82 del Código Penal por tratarse de las normas que establecen los motivos por los cuales, en un evento particular, fenece el ius puniendi.

*Así, son circunstancias objetivas que imposibilitan iniciar o continuar la acción penal: la muerte del imputado o acusado, **la prescripción**, la aplicación del principio de oportunidad, el desistimiento, la amnistía, la oblación, la caducidad de la querrela, el desistimiento, el pago, la indemnización integral y la retractación en los casos previstos en la ley.»¹⁰.*

El artículo 82 de la Ley 599 de 2000, prevé que es causal de extinción de la acción penal – entre otras – la prescripción; fenómeno que tiene lugar cuando transcurre un término igual al máximo de la sanción fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco años, ni superior a veinte, contados a partir del momento de su consumación, –si es de ejecución instantánea-, o desde la realización del último acto, cuando se trata de delitos de ejecución permanente de conformidad con el artículo 83 *ídem*.

A su vez, el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, estatuto bajo cuya égida se adelanta este proceso, prevé que el término prescriptivo se interrumpe con la formulación de la imputación, producida la cual empezará a correr de nuevo

¹⁰ CSJ. Segunda Instancia Rad. 39679.

por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, sin que en ningún caso pueda ser inferior de tres (3) años, ni exceder de diez (10).

El lapso de prescripción se amplía en la mitad, cuando el delito ha sido cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, después de la vigencia de la Ley 1474 de 2011.

En nuestro caso, según la acusación, se atribuyeron al procesado, con motivo de su desempeño como magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, hechos que de acuerdo con la hipótesis de la fiscalía configurarían el punible de prevaricato por omisión.

De acuerdo con lo anterior, en el asunto *sub examine*, deben atenderse dos aspectos, a saber: **i)** la audiencia de formulación de imputación, se realizó el 25 de septiembre de 2017, por lo cual se interrumpió la prescripción; y **ii)** para el momento en que presuntamente ocurrieron los hechos, el punible estudiado, estaba castigado con una sanción de 32 a 90 meses.

La pena máxima presupuestada para el delito, 90 meses, se incrementa en la mitad, lo que nos arroja 135 meses y a este guarismo se le reduce también la mitad, lo que nos da 67,5 meses, por lo cual, el paso de tiempo transcurrido desde la aludida diligencia hasta la fecha, conforme el inciso segundo del art. 86 del C.P., supera ampliamente la mitad

del término de la pena que consagra el tipo penal de prevaricato por omisión. Es así, que los delitos prescribieron el 10 de mayo de 2023.

Consecuencia de lo anterior, se torna en imperativo declarar que en el presente caso sobrevino el fenómeno de la prescripción de la acción penal respecto de los delitos de prevaricato por omisión atribuidos a **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**, y decretar la extinción de la acción penal, por consiguiente, la preclusión del proceso correspondiente a esas conductas.

De las nulidades propuestas

Tanto el procesado como su defensor solicitaron la nulidad del proceso a partir de la audiencia de formulación de imputación.

Sin embargo, la Sala advierte que, sobre la petición de invalidez del proceso, fincada en la declaratoria de contumacia postulada por el procesado, ya, la Sala de Casación Penal, en desarrollo de la audiencia de formulación de acusación, mediante Auto del 9 de julio de 2018, se pronunció negándola, por tanto, se decidirá estarse a lo resuelto en esa providencia.

Ahora, el inculpado con fundamento en las consideraciones que la Sala de Casación Penal efectuó en la providencia SP 4760-2020 del 25 de noviembre de 2020, radicado 52671, donde, dice, se estudió los derechos de las

personas con discapacidad, de acuerdo con la regulación efectuada por la Ley 1346 de 2009, en concordancia con la Ley Estatutaria 1618 de 2013 y Ley 1996 de 2019, solicita la nulidad del proceso.

A su turno, el defensor solicitó la nulidad de la actuación desde que se declaró legal la formulación de imputación, por considerar que a su asistido se le violaron los derechos de defensa y el debido proceso debido a que: i) los hechos jurídicamente relevantes expuestos por el ente acusador tanto en la formulación de imputación como en la acusación carecen de los requisitos de claridad y precisión, previstos en los artículos 288 y 337 del C.P.P. y aun así se les impartió legalidad, omitiendo el control formal; ii) La Fiscalía no le comunicó de manera detallada, en términos sencillos, todos los elementos de los tipos penales ni mencionó cómo se concretan en el mundo real los conceptos de autoría, coautoría y determinación; y, iii) tampoco respaldó fácticamente su actuación como determinador del delito de falsedad ideológica en documento público y autor de prevaricato por omisión.

Fundamentó su petición sobre la base de los principios que rigen las nulidades, señalando que la imputación no se puede considerar como un simple acto de comunicación de carácter meramente instrumental en razón a que es la forma a través de la cual al ciudadano se le explican los hechos y cargos, debiendo ser coherente con la formulación de acusación.

Por tanto, si no se postulan los hechos relativos a una categoría dogmática, se incumple el requisito de claridad, se afecta el principio de contradicción y es imposible ejercer el derecho de defensa frente a los contenidos fácticos.

Esas falencias habrían tenido incidencia a lo largo del proceso afectando el derecho de defensa de su asistido puesto que no se le explicó en términos sencillos su actuación como determinador ni a quién determinó, cuál fue el mecanismo utilizado en el delito de falsedad ideológica en documento público y por qué es autor del delito de prevaricato por omisión. Así mismo que la falta del deber de verificación de los requisitos formales, tanto de la imputación como de la formulación de acusación irradia el debido proceso.

Finalizó indicando que no es posible acudir a los correctivos de las nulidades, de instrumentalidad, convalidación ni protección para superar su declaratoria porque los actos procesales no cumplieron con su finalidad y afectaron las garantías del debido proceso y derecho de defensa de su procurado.

El análisis jurídico se emprende comenzando por pronunciarse sobre la nulidad propuesta por la defensa material con fundamento en la sentencia SP 4760-2020 del 25 de noviembre de 2020, radicado 52671, donde, dice, se estudió los derechos de las personas con discapacidad en virtud del principio de prelación o prioridad pues de

prosperar no habría lugar a efectuar declaración distinta a la de invalidar la actuación.

De la nulidad propuesta por el acusado

La nulidad es el remedio extremo y la máxima sanción que se aplica a un acto procesal¹¹ para dejarlo sin valor por ser violatorio de las formalidades y garantías que protege.

La Ley 906 de 2004 no consagra de manera expresa los principios que orientan la declaratoria y convalidación de las nulidades como sí lo hacía el Código de Procedimiento Penal de 2000, salvo el de taxatividad; no obstante, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, hacen parte de los principios generales del debido proceso, razón por la cual se impone su aplicación.

Así lo precisó en Sentencia del 4 de abril de 2006, radicado No 24187, y lo ha reiterado de manera invariable¹². Se hallan vigentes para garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, atendiendo que el debido proceso es uno de los derechos fundamentales de toda persona y que la legalidad del trámite, el derecho a la defensa y la nulidad de pleno derecho de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son algunas de sus garantías, según el artículo 29 de la Constitución Política.

¹¹ CSJ, SCP 14 de abr. de 2010, rad. 30.960.

¹² CSJ, SCP 6 de jun. de 2007, rad. 26359, y 16 de sept. de 2009 rad. 30935

Y en el Auto de única instancia¹³ del 18 de abril de 2017, recordó la definición de estos principios:

Taxatividad: significa que solo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley. Acreditación: que quien la alega debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya. Protección: la nulidad no puede ser invocada por quien ha coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular. Convalidación: la nulidad puede enmendarse por el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado. Instrumentalidad: la nulidad no procede cuando el acto irregular ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado. Trascendencia: quien la alegue debe demostrar que afectó una garantía fundamental o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. Residualidad: solo procede cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular»

El acusado pretende la misma solución jurídica adoptada por la Sala de Casación Penal en la Sentencia SP4760-2020 radicación N° 52671; no obstante, se debe indicar de una vez, incumplió con la carga de demostrar cuál es la irregularidad que lo lleva a solicitar la nulitación del proceso y de qué manera esa anomalía afectó sus derechos de defensa o al debido proceso.

No precisó cuál es la causal que invoca y aunque la jurisprudencia citada se refiere al caso de una persona con discapacidad que podría rayar en la inimputabilidad, en la petición no se señalaron los fundamentos fácticos que en su caso configuran análoga situación.

El caso examinado en esa oportunidad por la Corporación, a la que se alude en la decisión traída a colación

¹³ CSJ. SCP AP2399-2017, Rad. 48965.

por el acusado, diverge del presente de manera notable. Véase que, en ese asunto, la persona juzgada, por su condición cognitiva no logró entablar comunicación ni siquiera con su defensor, y existiendo elementos de prueba que mostraban la posible condición de inimputable de aquél se dejaron de lado tanto por la fiscalía como por la defensa, impidiendo establecerla o descartarla en desarrollo del juicio oral.

Bastante disímil la condición del procesado en nuestro caso, la facultad de comprensión del aforado no se evidenció disminuida durante el desarrollo del proceso pese a su dificultad en el habla, afirmación que se hace a partir de su activa conducta procesal materializada en las copiosas solicitudes que elevó, tales como la preclusión de la investigación, frente a cuya negativa interpuso los recursos de reposición y apelación; planteó dos recusaciones, a la vez que instauró varias tutelas; así mismo, el acusado directamente se opuso a la incorporación de un documento como se advierte en el récord 02:25:31 de la sesión del 21 de noviembre de 2021, planteó preguntas a través de su defensor, como por ejemplo en la sesión del juicio del 03 de marzo de 2022, récord 02:28:43; a la vez que presentó variadas solicitudes, algunas de las cuales le fueron resueltas favorablemente.

De otro lado, la Sala en atención a la situación del aforado hizo ajustes razonables en el curso del juicio en garantía de la participación del implicado, pues permitió, cuando lo requirió el doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO**

HERRERA, que contara con apoyo en las distintas sesiones, incluyendo la asistencia para facilitar la comunicación, lo que a no dudarlo se logró como se puede verificar en sus plurales intervenciones.

Efectivamente, estuvo asistido durante el juicio por los señores Orlando Luis Cuello Ortega, Jennifer Osorio Castrillón, Juliet Paola Pineda Correa y su hermana Eloísa Londoño, personas que solidariamente facilitaron la comunicación del procesado con el magistrado Ponente y la Sala Especial, a la vez que transmitieron las diversas solicitudes incoadas por el acusado.

De la misma manera, no se evidenció barrera comunicativa con su defensor; la Colegiatura en diversas ocasiones suspendió el curso de la vista pública con el propósito de brindar siempre los espacios requeridos por el binomio defensor procesado, garantizando que la interacción resultara fluida, lo que se refleja en sus acuerdos frente a algunas peticiones en el curso del juicio y la distribución del tiempo entre defensa técnica y defensa material para la presentación de las alegaciones finales.

Así las cosas, la Sala no advierte afectación de garantías fundamentales del procesado, por el contrario, sus derechos fueron continuamente protegidos, y este no demostró cuál fue la irregularidad que conculcó sus derechos a la defensa y debido proceso, porque se insiste, contó con apoyo para facilitar su intervención en el juicio y mantuvo comunicación permanente con su defensor.

De lo anterior se deriva que el peticionario no cumplió con el principio de acreditación, según el cual, como ya se indicó, quien alega la invalidación tiene el ineludible deber de especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya, por consiguiente, no hay lugar a decretar la invalidación del proceso por él pretendida.

De la nulidad deprecada por la defensa técnica

Distinto es el camino que se ha de seguir en torno a la invalidez del proceso deprecada por el representante judicial del aforado.

La petición de nulidad incoada por la asistencia letrada estriba en la ausencia de los requisitos de claridad y precisión de los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de imputación respecto del punible de falsedad ideológica en documento público, agravada, en concurso homogéneo, en los que el acusado habría actuado como determinador, irregularidad que, afirma el solicitante, se repite en la formulación de acusación.

Se debe acotar que, sobre la invalidez reclamada en torno al comportamiento delictivo de prevaricato por omisión, en concurso homogéneo y sucesivo, la Sala no se pronunciará en atención a que en relación con ese punible se decretó la preclusión.

En su exposición se duele el defensor de que no se explicó a su prohijado en términos sencillos cuál fue la actuación determinadora que él desplegó en relación con los servidores del Tribunal, ni a quién determinó y cuál fue el mecanismo utilizado.

La Colegiatura encuentra que el profesional del derecho enfila su pretensión principal a la invalidación de la actuación desde que el magistrado de Garantías impartió aprobación a la formulación de imputación porque el funcionario instructor no especificó los hechos jurídicamente relevantes en torno a la participación de su procurado como determinador del delito de falsedad ideológica en documento público, agravada, en dos oportunidades, y subsidiariamente demanda una sentencia absolutoria.

La Corte establece que, efectivamente, el delegado de la Fiscalía no cumplió la exigencia prevista en el artículo 288 del Código de Procedimiento Penal para la formulación de la imputación, referida a que el instructor exprese oralmente:

«1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.

2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

(...)».

La Sala de Casación Penal de esta Corporación definió que «los hechos jurídicamente relevantes son aquellos que

encajan o pueden ser subsumidos en las respectivas normas penales»¹⁴.

También sobre ese tópico indicó:

«En el ámbito penal, la relevancia jurídica de un hecho depende de su correspondencia con los presupuestos fácticos de la consecuencia prevista en la norma (CSJSP, 08 marzo 2017, Rad. 44599, entre otras). Al respecto, la Sala ha reiterado lo siguiente: (i) para este ejercicio es indispensable la correcta interpretación de la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal debe verificar que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) debe establecerse la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido de que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación –entendida en sentido amplio-, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (ídem)»¹⁵.

A su turno, el canon 336 ídem señala la acusación como aquella actuación que inicia la fase de juicio, considerada como un acto jurídico complejo integrado por el escrito de acusación y su verbalización en la correspondiente audiencia. Con ella se materializa la pretensión punitiva estatal, a través de la Fiscalía.

Y el artículo 337.2 ídem determina que la acusación debe contener «una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible».

El postulante denuncia deficiencias trascendentes por la falta de precisión y claridad de los hechos jurídicamente

¹⁴ CSJ SCP SP2042 del 5 de jun. de 2019, rad. 51007

¹⁵ CSJ SCP SP5660-2018, 11 de diciembre de 2018, rad. 52311.

relevantes en la comunicación de los cargos a su asistido, respecto de los delitos de falsedad ideológica en documento público donde se califica su grado de participación como determinador. Revisada la audiencia preliminar del 25 de septiembre de 2017, escenario en el que se adelantó la formulación de imputación, se advierte que el funcionario acusador le imputó tres conductas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 286 de la Ley 599 de 2000 modificado por la Ley 890 de 2004. Una de ellas como autor y las dos restantes como determinador.

En cuanto a su arista fáctica, se constata que el titular de la acusación relacionó los sucesos que, en su consideración, dan soporte a los punibles contra la fe pública, en concurso, que corresponden a los que la Sala transcribe más adelante, alusivos a esos mismos delitos, de acuerdo con la exposición del delegado del ente persecutor en el acto de la formulación de imputación.

Como la censura del postulante se extiende a la acusación, auscultada la sesión del 9 de julio de 2018 de la audiencia celebrada para su formulación, en relación con las conductas de falsedad ideológica en documento público, el fiscal recriminó la comisión de tres conductas. Así se registró a partir del récord 00:37:15:

«...la falsedad ideológica consignada en el proyecto de fallo dentro de la acción de tutela 289 del 2015, donde de manera mendaz se impuso como fecha 18 de diciembre del 2015, cuando en realidad fue elaborado el 28 de enero del año siguiente, del 2016... a título de autor por haber falseado la verdadera fecha en que se elaboró

el proyecto de fallo...se documentó una mentira para solapar la inexplicable tardanza en resolver un asunto que por mandato del artículo 29 del Decreto 2591 del 91 debía ser resuelto a más tardar dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud cuando en realidad tardó 3 meses y 26 días, tiempo durante el cual se favoreció a la persona con la cancelación de las órdenes de captura para que disfrutara de ese beneficio por un término adicional...».

Prosigue a récord 00:38:51:

«Como segunda conducta autónoma se le censura la falsedad en la constancia que suscribió el señor Carlos Enrique Aguirre, oficial mayor de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, quien certificó que el proyecto de fallo se registró el 18 de diciembre del 2015, cuando en realidad y como lo hemos expuesto, dicho documento se firmó hasta el mes de enero del siguiente año.

...una vez más, para solapar la falsedad contenida en el proyecto de fallo, al que también le impuso la fecha de 18 de diciembre del 2015, ...pretendiendo otorgar visos de oportunidad y de licitud al proyecto de fallo para, en realidad, ocultar las circunstancias temporales, en que, en realidad se elaboró.

...el proyecto de fallo fue elaborado sólo hasta el 28 de enero del 2016. No existe justificación para que la constancia firmada por el oficial mayor aparezca con fecha 18 de diciembre del 2015, salvo el reproche que ahora se le formula al magistrado».

Exposición que junto con el escrito de acusación donde se afirmó que *“De la falsedad de la constancia que suscribió el señor CARLOS ENRIQUE AGUIRRE NARVAEZ, la cual también lleva como fecha la de “18 de diciembre de 2015”, de la cual esta delegada afirma con probabilidad de verdad que el doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** determinó su elaboración”*, configura el acto complejo de la acusación.

Finalmente, en el récord 00:40:40 se refiere a la tercera y última conducta.

«...se le censura...la falsedad obrante en el folio 366 del libro radicador de tutelas de primera instancia, marcado como “29 de julio del 2014 a noviembre del 2015”...usado para demostrar la trazabilidad de los proyectos de tutela que salían del despacho del doctor **LONDOÑO HERRERA**.

La Fiscalía igualmente lo acusa como determinador de esta falsedad ideológica en documento público ... pues allí puede advertirse que en el folio 366 correspondiente a la anotación de la acción de tutela que hoy nos convoca, la 0289 de 2015 le aplicaron corrector líquido blanco para sobreponer la fecha de 18 de diciembre del 2015 y así alterar la verdad y permitir que coincidiera con la fecha del proyecto de fallo suscrito por **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**.

La Fiscalía infiere y tiene acreditado que, si la fecha consignada en el proyecto no corresponde a la realidad porque no fue elaborado el 18 de diciembre del 2015, lo propio tiene que predicarse, una vez más, del registro que se hizo del libro de minuta del que venimos hablando.

Todo lo anterior permite afirmar, magistrados, con probabilidad de verdad, que el magistrado **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**, para poder ocultar la verdadera fecha del proyecto de fallo, contó con el concurso de otros servidores del Tribunal, quienes se plegaron a sus designios criminales para favorecerlo y así evitar ser descubierto en el atentado cometido contra la fe pública. Por ello se predica que **LONDOÑO HERRERA** determinó a los empleados a falsear la verdad porque era en realidad el único interesado en lograr que su dilación para emitir el fallo quedara indemne y por lo menos, solapar el último mes de los casi cuatro meses que demoró el proyecto de fallo».

Y a récord 43:26, concluyó:

«... con fundamento en los sucintos hechos jurídicamente relevantes desarrollados en esta formulación oral de la acusación, la Fiscalía reitera que acusa al magistrado **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** ... a su vez en concurso heterogéneo, con la conducta de falsedad ideológica en documento público en calidad de autor respecto de un delito y determinador respecto de los dos restantes, conducta está a su vez en concurso homogéneo, acorde con los artículos 29 y 31 del Código Penal.

...respecto de los dos últimos atentados...en la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el Numeral 10° del artículo 58 del Código Penal “por obrar en coparticipación criminal».

Tomando en cuenta lo que se ha presentado, la Sala advierte que el ente persecutor, por medio de su delegado, tanto en el acto de comunicación de cargos como en la audiencia de formulación de acusación, respecto de las conductas contra la fe pública, que por lo demás, no sufrió ninguna variación esencial en respeto del principio de congruencia, hizo una relación de los hechos jurídicamente relevantes; no obstante, en aquéllos comportamientos endilgados a título de determinador no explicó específicamente qué actos desplegó el doctor **LONDOÑO HERRERA** con la finalidad de inducir a los servidores del Tribunal, a través de cuál de las variadas alternativas que la jurisprudencia ha señalado, logró que los empleados de la Secretaría se plegaran a su designio criminal. Si fue mediante mandato, convenio, orden, consejo, coacción, remuneración, etc.

En armonía con lo dicho, la Fiscalía se sustrajo de su deber de indicar concretamente las circunstancias de modo constitutivas de los hechos jurídicamente relevantes sustento del grado de participación, presupuesto fáctico dispuesto por el legislador como fundamento de una concreta consecuencia jurídica¹⁶.

¹⁶ CSJ. SCP SP3168-2017, 08 de mar. de 2017, Rad. 44599.

Es así como la Corporación debe señalar que el órgano de persecución penal no explicó con suficiencia y precisión por qué, en su consideración, se tipifica el delito de falsedad ideológica en documento público, que en concurso homogéneo se le atribuye, como determinador en dos oportunidades.

La primera porque, aunque consideró que el acusado «contó con el concurso de otros servidores del Tribunal, quienes se plegaron a sus designios criminales para favorecerlo y así evitar ser descubierto en el atentado cometido contra la fe pública, por lo cual se predica que **LONDOÑO HERRERA** determinó a los empleados a falsear la verdad porque era en realidad el único interesado en lograr que su dilación», modificando una fecha en el libro radicator mediante el uso de corrector, omitió referirse concretamente a los actos mediante los cuales el aforado los indujo, quedando así el núcleo básico de los hechos incompleto.

Y en la segunda oportunidad, dijo, porque determinó a **CARLOS ENRIQUE AGUIRRE NARVÁEZ** a elaborar una constancia con una fecha mendaz, incurriendo en la misma falencia. Véase que no señala de qué manera el señor **AGUIRRE NARVÁEZ** fue inducido a confeccionar la constancia.

Bajo esos derroteros, la Sala advierte que el órgano de persecución penal incumplió con el cometido de fijar los hechos jurídicamente relevantes.

Lo anterior conduciría inevitablemente a la declaratoria de la nulidad parcial del proceso; sin embargo, advierte la Corporación, que a la vez, no se reúnen las exigencias legales para emitir sentencia de condena por los dos punibles mencionados, y que, de decretarse la invalidación no se reportaría un beneficio al acusado pues la ineludible consecuencia de la declaratoria de invalidez sería rehacer la actuación a partir de la formulación de imputación lo cual conlleva un perjuicio por el sometimiento que implica para el aforado un nuevo proceso por dos de las conductas por las que aquí se procede.¹⁷

De otro lado, el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Penal enseña la senda que se ha de seguir cuando se presenta una tensión entre la declaratoria de invalidación de la actuación ante la configuración de vicios de estructura o de garantía que afectan únicamente al procesado y la absolución. Se ha inclinado por dar prelación a esta última opción teniendo en cuenta que con la recomposición del proceso no obtendría un beneficio.¹⁸

¹⁷ CSJ SCP 11 de dic. de 2003, rad. 19775.

¹⁸ CSJ SCP 21 de oct. de 2013, rad. 32983, CSJ. 8 de mar. de 2017, rad. 44599.

Así las cosas, la Sala no invalida lo actuado desde la decisión emitida por el magistrado de garantías a través de la cual impartió legalidad y opta por absolver por esas conductas delictivas como se explica más adelante.

De las exigencias del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para emitir sentencia de condena

La Sala emitió sentido del fallo de carácter condenatorio en lo concerniente al delito de prevaricato por acción, con fundamento en que se satisfizo el estado de conocimiento “*más allá de toda duda*” acerca de la existencia de esta conducta punible objeto de reproche y de la responsabilidad del acusado.

Al respecto se recuerda que según lo establecido en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir un fallo condenatorio debe existir convencimiento más allá de toda duda, y para llegar a este el artículo 382 ibídem establece los medios de conocimiento que se deben aportar en el juicio para ser valorados bajo los principios de la sana crítica, integrados por las reglas de la experiencia, los principios de la lógica y las leyes de la ciencia, análisis que se debe hacer de manera individual y en conjunto, a tono con lo previsto en el canon 380 ídem.

En relación con los punibles que afectan la fe pública, por no acreditarse los señalados presupuestos, a tono con el derecho fundamental a la presunción de inocencia que le asiste al procesado, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional y desarrollado legalmente en el canon 7° del Estatuto Procesal se profiere, como ya se comunicó, sentencia de carácter absolutorio.

Para abordar el estudio se tomará como eje de referencia la acusación formulada por el ente persecutor en contra del doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** y las alegaciones finales presentadas por las partes e intervinientes especiales.

Así, se debe presentar el análisis sobre la existencia de las conductas punibles atribuidas al doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** y su responsabilidad.

Para emprender el cometido anunciado se abordarán los delitos materia de acusación en el mismo orden propuesto por el acusador. Inicialmente, el de prevaricato por acción, y luego los de falsedad ideológica en documento público; se indicará la manera en que se tipifican, se analizarán y valorarán los medios probatorios practicados e incorporados en el juicio oral, otorgándoles el valor suasorio correspondiente y se responderán las alegaciones de las partes e intervinientes especiales.

Del delito de prevaricato por acción (en unidad de acción)

En primer lugar, la fiscalía acusó a **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**, porque cuando fungió como magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena emitió tres decisiones, en unidad de acción, encaminadas “a crear ilícitamente una situación jurídica particular, consistente en liberar a ALEXANDER MORENO CARVAJAL de la orden de captura que pesaba en su contra, para que pudiera burlar los fines de la justicia”, manifiestamente contrarias a la ley y a los precedentes jurisprudenciales, dentro de la acción de tutela radicada bajo el número 2015-0289 instaurada por la progenitora de ALEXANDER MORENO CARVAJAL a través de apoderado judicial.

El artículo 413 del Código Penal describe:

«PREVARICATO POR ACCIÓN. *El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses»*

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁹ señala que los elementos que integran el presupuesto fáctico son los siguientes:

«(i) Un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de un servidor público; (ii) que profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que

¹⁹ CSJ SP, 13 de agosto de 2003, rad. 19303 -reiterada en CSJ, SP 3 de julio de 2013, rad. 40226 y CSJ, SP134-2016 del 20 de enero de 2016, Rad. N° 46806, entre otras.

este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que la providencia sea ilegal, por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- “no admite justificación razonable alguna”.

Y en lo concerniente al elemento normativo del tipo, «manifiestamente contrario a la ley», indica:

«Esta última expresión, constituye un elemento normativo del tipo penal al cual la jurisprudencia de la Corte se ha referido en forma amplia para concluir, que para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso.

Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo».

Ahora, debe la Colegiatura resaltar que, tal como lo recordó la defensa, la Sala de Casación Penal ha precisado que el juicio que debe acompañar el elemento normativo «manifiestamente contrario a la ley» del tipo penal de prevaricato por acción, exige un análisis ex ante y no a posteriori de las circunstancias en las cuales fue proferida «la resolución, dictamen o concepto», y los elementos de juicio

con los que el servidor público contaba al momento de decidir²⁰.

De la tipicidad

De la tipicidad objetiva

En lo concerniente al primer aspecto que demanda la tipicidad objetiva, referido a la condición de sujeto activo calificado del autor, se acreditó en el proceso que **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** fungió como magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena durante el período comprendido desde el 16 de junio de 2003, hasta, al menos, el 11 de agosto de 2016, hecho que se dio por probado con la estipulación número 2 celebrada por las partes y admitida por la Sala, resultando incontrovertible que para el momento en que ocurrieron los sucesos, el acusado ostentaba la especial condición de servidor público.

En segundo lugar, es necesario demostrar que exista contradicción manifiesta entre la decisión adoptada por el servidor público y el ordenamiento jurídico, bajo los lineamientos de las subreglas fijadas por la Sala de Casación Penal de esta Corporación en la decisión antes señalada.

²⁰ Al respecto, ver CSJ SP 13 abr. 2016, rad. 44697, y CSJ SP 9 sep. 2016, rad. 55368, entre otras.

Para contextualizar las circunstancias en que se adoptó la providencia, señaló el fiscal, que el sistema de reparto fue manipulado para que al entonces Magistrado **LONDOÑO HERERRA** le correspondiera la tutela. En este punto es necesario aclarar, como lo recordó la delegada del Ministerio Público, que al procesado no le fue atribuido que hubiese participado en esas maniobras.

Sobre ese aspecto, dedujo el funcionario acusador que como todos los magistrados estaban “en puertas” para el reparto de tutelas, se asignó como un asunto de comisión, rubro en el que le correspondía el reparto al doctor **TAILOR**; luego, de manera irregular se modificó y se asignó en el componente de tutelas de primera instancia.

Para demostrar su hipótesis la Fiscalía presentó en el juicio oral al ingeniero de sistemas ADOLFO HERNANDO VÁSQUEZ TÉLLEZ²¹ perito en delitos informáticos, adscrito al CTI de la Fiscalía, cuya idoneidad técnico-científica y moral y el grado de aceptación de los principios científicos fundamento de la base pericial por él efectuada, irradiaron su atestación, así como la claridad, exactitud y consistencia de sus respuestas, tanto en el interrogatorio como en el contrainterrogatorio.

Elaboró los informes 1132715 y 1132016 del 29 de diciembre de 2017 que fueron exhibidos en el juicio²², de acuerdo con la orden de la Fiscalía de obtener copia de las

²¹ Récord 03:12:29 sesión del 9 de nov. 2021.

²² Prueba 54, C. Prueba documental de la Fiscalía No. 51 a 62.

bases de datos del sistema administración de reparto de procesos judiciales de la ciudad de Cartagena, Bolívar. Y acceder al sistema utilizado en el área de correspondencia para la recepción de procesos y análisis a las bases de datos sobre un reparto.

Atento a la primera actividad, se le informó que no cuentan con un aplicativo que maneje la correspondencia, razón por la cual se hace manualmente.

Respecto de la segunda tarea, el 28 de noviembre de 2016 se dirigió al servidor acompañado del ingeniero LUIS GABRIEL GÓMEZ ROCHA donde efectuó el back up de las bases de datos que manejan el reparto: Bitácora, Consejo y SARJ en un medio de almacenamiento óptico, luego generó el valor hash, que es la huella digital para garantizar su mismidad, comprimió la información para que se adaptara a la capacidad del DVD. Recolectó 3 archivos de bases de datos: Bitácora_28112016, Consejo_28112016.rar y Sarj_28112016, cada uno con su hash MD 5 y SHA-1 que los identifica.

Consecutivamente consultó el procedimiento automático de que fue objeto la acción de tutela con fecha 24 de septiembre por el abogado LUIS EDUARDO LIÑAN PUELLO en representación de ALEXANDER MORENO CARVAJAL ante el Tribunal de Cartagena en el período comprendido entre el 1° de enero a 31 de diciembre de 2015. Para darla a conocer en el juicio utilizó la evidencia

identificada con el ID 2533584²³ 20152016 archivo Excel, que corresponde a un DVD.

Verificados los registros de cadena de custodia se hizo ruptura de los sellos del embalaje. Se reprodujo el DVD (evidencia ID 2533584). Igual procedimiento se hizo con la evidencia 2533577²⁴, que corresponde a la copia de la base de datos con CEJA 281221016. Rap y adicionalmente está el hash o huella digital.

Mediante un ejemplo, presentó el paso a paso de un reparto en línea y el valor de la puerta al momento de realizarlo. Luego hizo la consulta en relación con el demandante ALEXANDER MORENO CARVAJAL. Encontró una tutela con fecha 5/10/2015, consecutivo 2946, demandado JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE SAN ANDRÉS, apoderado JOSÉ LUIS URUETA BUELVAS (imagen 20 del informe).

En la imagen 21 del informe se observa consulta en la base de datos Bitácora sobre la tabla Bitácora, aparece un registro de adición que corresponde al cambio que se realizó al registro 2945 por el 2946 el 5 de octubre de 2015 a las 10:29:07 desde el servidor Administrador, usuario EDITA (EDITA GARRIDO TREJOS).

²³ Prueba No. 53, C. prueba documental de la Fiscalía No. 51 a 62.

²⁴ en el numeral 5.6 como prueba del acápite 2.1.1.

Se visualiza en la imagen 22 del informe la consulta en la base de datos BITÁCORA de los registros previos y posteriores a la asignación 2946. Se observa una adición al registro 2945 el 02-10-2015 a las 17:01:39 desde el servidor Reparto02 con el usuario DBO, permitiendo ver el movimiento para la asignación de reparto de la tutela, que se registró en el consecutivo 2946.

En la base de datos SARJ, halló que el reparto inicial de la tutela correspondió al número 2945 el 02-10-2015 a las 17:01:38 en el grupo 08, Comisiones, y se asignó por el sistema al Despacho 003 del Magistrado **LONDOÑO HERRERA**; posteriormente se hizo un cambio manual de traslado del grupo 08, al 05, tutelas de primera instancia, puerta 431 dejando los datos iguales. La novedad se registró con un soporte de Acta de novedad por el usuario (EDITA) adscrito a la Oficina Judicial, quien efectuó el cambio. El usuario que solicitó el cambio de grupo es CSJ17244 María del Pilar de La Ossa y realizó el cambio al grupo a tutelas de primera (imagen 23 del informe).

Después se llevó a cabo consulta sobre la base de datos SARJ, en la tabla HistProcesoJ, se ve que la máquina donde se realizó el reparto es Reparto02, usuario María del Pilar de la Ossa para acción de tutela contra el Juzgado Primero Penal del Circuito de Mompo (imagen 24 del informe).

Revisada la misma base de datos en la tabla proceso se constata el mismo trámite (imagen 25 del informe).

Sobre la base de datos SARJ en la tabla Histptas con respecto a la especialidad 4 (penal) y Corporación 22 (Tribunal Superior) desde el 22 de septiembre al 6 de octubre de 2015, para el grupo 8 (comisiones) se ve que «las puertas» para ese reparto era de 42, corresponden al Magistrado **LONDOÑO HERRERA** desde el 07-09-2015 a las 10:21:15 (imagen 26 del informe).

En la base de datos Consejo de la tabla T103DAINFOPROC que guarda la información de la base de datos SARJ, se observa el radicado 13001220400020150031900, actuación REPARTO Y RADICACION DEL PROCESO, realizadas el viernes 02 de octubre de 2015 con secuencia 2945 para el Magistrado **TAILOR LONDOÑO HERRERA** (imágenes 26-1 y 26-2 del informe).

Se advierte en la base de datos Consejo, tabla T112DRSUJEPROC, ALEXANDER MORENO CARVAJAL, demandante, y Juzgado Primero Penal del Circuito de Mompox, demandado, son los sujetos procesales del radicado 13001220400020150031900.

Revisada la base de datos SARJ en la tabla Histptas con respecto a la especialidad 04 (penal) y Corporación 22 (Tribunal Superior) desde el 29 de septiembre al 11 de

octubre de 2015 para el grupo 5, tutelas de primera instancia, se observa que el valor de las puertas para ese reparto era de 430 para los tres magistrados, al realizar el cambio de grupo se asignó la puerta 431 al Magistrado **TAILOR**, (imagen 27 del informe). Luego se reporta un rechazo el 29-09-2015 a las 14:15:28 en referencia al reparto 2937, según la tabla con valor negativo que pudo darse porque no se encontraba disponible el Despacho del Magistrado PASCUALES HERNÁNDEZ.

El sistema asigna el reparto al magistrado que estaba en puertas el 29-09-2015 a las 11:35:45 que correspondía al doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO**, código Despacho 003 para el grupo 5 de tutelas de primera instancia (imágenes 27-1 y 27-2). En las imágenes 27-3 y 27-4 se evidencia la radicación del reparto 2943 y 2944, este último fue asignado al Magistrado FRANCISCO PASCUALES, y luego fue anulado para el grupo de tutelas de primera instancia por el usuario *agarciam*.

Respecto del reparto 2945 del 6-10-2015 a las 15:11:14 la operación figura anulada, grupo de tutelas de primera instancia, usuario CSJ17244 María del Pilar de La Ossa. Enseguida se hace el reparto y radicación del proceso 13001220400020150031700, efectuados el viernes 2 de octubre de 2015, secuencia 2944, para el Magistrado FRANCISCO PASCUALES, quedando el reparto para la 2945.

Consultada la base de datos BITÁCORA, tabla reparto original, se hizo en línea, secuencia 2945 a las 17:01:39 del 2 de octubre de 2015 en las tablas PrtXproc, ProcesoJ a Corporaciones y Despacho indicado, usuario 17244 María del Pilar de la Ossa quien solicita cambio de grupo que se da el 5 de octubre de 2015 a las 10:29 a.m. (imagen 28 del informe).

En lo concerniente al reparto 2946 a las 10:29:07 en la tabla ProcesoJ corresponde a un cambio manual de grupo, realizado el 5 de octubre de 2015 del grupo 8 comisiones al grupo 5 tutelas de primera instancia, la modificación se hizo a la puerta 431 (imagen 29 del informe). Con base en esas consultas se pudo determinar que no existe concordancia entre el abogado LUIS EDUARDO LIÑAN PUELLO y el demandante ALEXANDER MORENO CARVAJAL en relación con la presentación de tutela en la fecha señalada.

Se estableció que el reparto inicial de la tutela se realizó con el número 2945 el 2 de octubre de 2015 en el grupo 08, Comisiones y se asignó por el sistema al juzgado 003 del Magistrado **TAILOR**, posteriormente se hizo un cambio manual al grupo 05 de tutelas de primera instancia y se dejó la asignación que se tenía para el juzgado 003 del Magistrado **TAILOR**. Registra el sistema que se hizo con el usuario EDITA, indicando que ese cambio se documenta por escrito.

El ingeniero determinó que los tres magistrados de la Sala Penal se encontraban en puertas en cuanto al grupo 5,

tutelas de primera instancia, por tener los valores de las puertas iguales a 430 (imagen 32). Entre tanto, para Comisiones, grupo 8, estaba en puertas el Magistrado **LONDOÑO HERRERA** desde el 07-09-2015 a las 10:21:15, de acuerdo con la imagen 33.

La conclusión del experto es que el cambio de grupo se dio por errónea digitación generando la secuencia de novedad 2946, realizada por el usuario que digitó el reparto y resuelta por la encargada de la Oficina Judicial, desde el equipo del usuario EDITA; así mismo, que los cambios de grupo se realizan con regularidad conforme el archivo Excel de nombre cambio de grupo 2015-2016 debido a desaciertos de digitación de quienes manejan el sistema o por información equivocada de las personas que radican las demandas.

Sobre las reglas de reparto declaró el ingeniero de sistemas LUIS EDUARDO YEPEZ GOMEZ²⁵ quien de manera solvente respondió los interrogantes propuestos, acudiendo al detalle para explicar todo lo concerniente al software Sistema de reparto de la Rama Judicial, SARJ, del cual informó, fue adoptado en el año 2002 mediante Acuerdo 782 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para cada una de las especialidades, cuyo principio es generar la asignación del asunto de manera aleatoria y equitativa entre los despachos participantes.

²⁵ Récord 1:19:56 a 2:29:29 de la sesión del 31 de enero de 2022

Ilustró que para el efecto existen especies de reparto como tutelas, comisiones, etc.; en cuanto a los despachos se agrupan por especialidad: civiles, penales, etc.; y si de niveles se trata, se encuentran: Corporaciones, juzgados de circuito o municipales. Precisó que para las Corporaciones el Acuerdo señala “asuntos a tratar”. Entonces, el reparto tiene en cuenta los niveles, especialidad y el grupo.

En esas condiciones se ingresa al sistema y participan del reparto aleatorio que busca dentro de ese mismo grupo condiciones de equilibrio. Todos los despachos deben tener la misma cantidad de procesos.

El sistema SARJ cuenta con un mecanismo de seguridad desde el motor de la base de datos que controla inserción de datos, borrado de datos y modificación de datos, lo que no ha sido óbice para que desde su creación en 1998 haya sido objeto de alteraciones, tales como el cambio del acta de reparto en el trayecto entre la Oficina Judicial y la que ejecuta el reparto; modificando las cargas en el grupo al que quieren ingresar de tal forma que el despacho orientado reciba una cantidad de asuntos, incluido el que se quiere direccionar; o mediante variación de información en la base de datos luego de que se ha efectuado el ingreso.

Otra modalidad consiste en aprovechar la autorización para extraer del reparto a funcionarios incapacitados o en comisión de servicios por 3 o más días para evitar

traumatismos en el trámite de tutelas y habeas corpus, con el fin de direccionar el proceso y luego habilitar nuevamente a esas dependencias judiciales.

Se ha establecido igualmente, cuando existe un número reducido de Despachos, alguien puede dedicarse a hacer el análisis de procesos determinando en qué instante una dependencia está disponible como única para recibir. Esto porque se busca la equidad. Ejemplifica indicando que cuando son 3 los estrados y se tiene 4 asuntos por repartir, cuando los tres ya recibieron debe repetir alguno de los 3, así se puede saber que han terminado ciertos ciclos y qué Despacho es el que sigue.

El testigo resalta que lo anterior no significa que todas las veces el último o el primero sean el mismo, sino que van determinando cuándo se cierran ciclos y de allí establecen en qué momento alguno de los 3 está de último.

Precisa que el sistema no permite consultar qué Despacho está disponible para atender un reparto.

Exhibido el Anexo 3²⁶, del Informe 11-132718, se trata del resultado frecuencia de asignación de reparto de Comisiones años 2014-2016. En él se describe el Distrito Judicial al que pertenece el Despacho, la Corporación, la

²⁶ Prueba 54 del C. prueba documental de la Fiscalía.

especialidad, el grupo de reparto que es el 08. Más adelante aparece el valor de la carga o valor de la puerta que tiene cada una de las dependencias.

Explicó en qué consiste cada uno de los ítems contenidos en las 15 columnas del mencionado documento. Precizando que la corporación corresponde al número 2204. Adentrándose en la explicación requerida por la Fiscalía, indicó que en la sexta columna dice “CODGRUPO”, código 08 que corresponde al grupo 08 de esa Corporación y especialidad.

En relación con el reparto que obra en el primer renglón, efectuado entre el 31 de agosto y el 7 de septiembre de 2015, la primera operación data del 31 de agosto a las 9:19 horas con secuencia 2871; según la columna tipo de reparto, correspondió al Magistrado **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**; en el segundo renglón, el mismo 31 de agosto de 2015 a las 9:24 horas con secuencia 2872 le fue asignado al Magistrado Francisco Pascuales Hernández; finalmente, de acuerdo con el tercer renglón, de la misma fecha, a las 9:29 horas con secuencia 2873 a la Magistrada Patricia Corrales Hernández.

Posteriormente, a las 9:54 horas con secuencia 2874 aparece asignado al doctor Pascuales Hernández; segunda vez que participa; en el siguiente renglón se registra que el 7 de septiembre a las 10:21 horas con secuencia 2887 fue

adjudicado el asunto a la Magistrada Corrales Hernández, con estos datos se puede establecer con certeza que el siguiente reparto le correspondía al Magistrado **LONDOÑO HERRERA**.

El ingeniero también dio a conocer que el procedimiento de cambio del grupo en el reparto cuando se ha presentado un yerro del operario conforme la regulación de los Acuerdos se trata como novedad. Si ya ha llegado al Despacho, es potestad del secretario indicarle a la oficina encargada del reparto que hubo un error y diligenciar el formato de novedades con el propósito de corregirlo, informando el grupo errado y la ubicación en el grupo correcto, pero sin devolver el proceso ni solicitar nuevo reparto, sino que dentro del Despacho se hace la adecuada clasificación y se tramita.

Distinto cuando se evidencia el equívoco antes de que llegue al Despacho, en ese caso el jefe de Oficina debe generar el Acta donde se anota el error y realizar la acción cambio de grupo, así como otra Acta que da cuenta de que se corrigió la situación dentro de la Oficina encargada del reparto. En definitiva, se generan dos Actas, una con el grupo errado y otra con la variación del grupo.

El secretario del juzgado o de la Sala, encargado de manejar la idoneidad e integridad del proceso es quien debe informar, solicitar y tramitar las novedades. El funcionario

judicial no está llamado a hacerlo, su responsabilidad es informar al secretario de la inconsistencia.

Luego pasó a explicar detalladamente los datos que exige el sistema SARJ para el reparto de una tutela²⁷. Lo primero es la corporación o juzgado, si la corporación que puede ser Tribunal tiene varias salas, muestra las plurales opciones para que se escoja la pertinente, luego la especialidad, enseguida aparece un renglón específico para las tutelas y después observaciones.

Posteriormente, el sistema requiere datos del demandante y demandado: sus nombres y apellidos, identificación, así como apoderado. Una vez diligenciados esos campos se obtura un botón para que haga la distribución aleatoria y equitativa.

Sobre el procedimiento para el reparto de comisiones, señaló que es exactamente el mismo, difiere con el de las tutelas en el código del grupo que corresponde al 08 del listado.

Acerca de lo que significa un reporte negativo, explicó que en algunos momentos es necesario excluir los Despachos que no están disponibles para recibir procesos por incapacidad del titular o por comisión, en toda la especialidad o en algunos grupos, por tanto, el sistema

²⁷ Récord 2:09:42 sesión del 31 de enero de 2022.

marca como negativo dejando como positivos a los Despachos que estén habilitado para recibir el proceso.

Acotó que se presentan casos de asignación directa de procesos únicamente de segunda instancia, al Despacho que previamente ha conocido de otro recurso repartido de manera aleatoria y equitativa. No es posible hacer una asignación manual en el tema de comisiones o tutelas.

Puntualizó que en los documentos que se le exhibió no advirtió irregularidad alguna.

De la misma manera se presentó en juicio a la coordinadora de la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Cartagena, durante los años 2015 y 2016, EDITA GARRIDO TREJOS²⁸, cuya declaración estuvo marcada por la desmemoria y confusión debido al tiempo transcurrido y su distanciamiento del cargo como consecuencia de su jubilación, una de cuyas funciones correspondía al reparto de expedientes judiciales, que, dijo, se ejercía conforme los Acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura.

Explicó el trámite del reparto desde su génesis, cuando los digitadores reciben de los usuarios los expedientes de acuerdo con el turno (manual y por orden de llegada); luego, ingresan

²⁸ Récord 1:09:15 a 3:05:34 de la sesión del 25 de mayo de 2023 y récord 2:04:22 a récord 2:10:25 de la sesión del 20 de septiembre de 2023.

los datos que exige el software. Se trata de los ya relacionados por el ingeniero YEPEZ. Posteriormente se selecciona la opción reparto que el sistema efectuaba aleatoriamente, generándose automáticamente las actas de reparto, donde se reflejaba la información incorporada y el nombre del funcionario a quien se había asignado, la cual se anexaba al expediente e inmediatamente se enviaba al despacho correspondiente.

En lo concerniente a las Comisiones, generalmente llegaban a la oficina por medio de correo físico y se asignaban al funcionario que correspondía.

El software permitía habilitar o deshabilitar a jueces a quienes se habían repartido trámites y realizar compensaciones por impedimentos, complejidad excepcional o retiro de la demanda, o cuando se asignaba directamente al funcionario por haber conocido del proceso con anterioridad. Se le exhibió el Acuerdo 1472²⁹ del 2002 que reglamentó el reparto de los negocios civiles para la Oficina Judicial.

Acotó que en el evento de no advertir el error pasaba al Despacho y el titular emitía un auto ordenado la devolución y se hacía nuevamente el reparto de manera correcta.

²⁹ Numeral 8.16.

Ella por lo general hacía las compensaciones, o en su defecto la Oficina de sistemas. Recordó aquella de la tutela presentada por ALEXANDER MORENO CARVAJAL tras apoyarse en la entrevista del 3 de noviembre de 2016³⁰ donde equivocadamente la empleada que hizo el reparto, María Del Pilar De La Ossa (fallecida), la asignó como una Comisión, desacierto que debió corregir por el factor cambio de grupo realizando la compensación porque desequilibraba el reparto.

Exhibido como le fue el formato de compensación³¹, explicó que lo recibía diligenciado y firmado, y este la habilitaba para hacer los cambios de grupo y gestionar la compensación en el sistema; adicionalmente, ese documento constituía el soporte, dando prelación a las acciones constitucionales y se produce una nueva acta de reparto.

Se le enseñó el código de reparto³² para la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena que corresponde al número 2204 de la especialidad penal; en clase de proceso aparece identificada la acción de tutela con el número 05; por consiguiente, para originar el reparto con el software debía digitar 220405 (Refrescó memoria con la entrevista del 8 de febrero de 2017).

En el contrainterrogatorio, recordó que los empleados tenían permitido el acceso al sistema SARJ porque para

³⁰ Récord 02:13:43 de la sesión del 25 de mayo de 2023.

³¹ Prueba No.18, C. Pruebas 1-38 de la Fiscalía

³² Prueba No. 8 , C. Pruebas 1-38 de la Fiscalía

poder realizar el reparto la Oficina de Sistemas le asignaba una clave individualizada a cada digitador y que el rechazo e impedimentos eran los factores que generaban las compensaciones más usuales.

Luego de la compensación a la tutela se dio el trámite normal, anexando el acta de reparto a la demanda.

Negó relación de amistad o cercanía con el doctor **TAILOR** o que hubiera recibido orden, instrucción o coacción de él en su actividad o que estuviera interesado en realizar cambios en el reparto de la tutela del señor MORENO CARVAJAL. Aseguró que él no tenía acceso al sistema de reparto.

Subrayó que los cambios efectuados obedecían a los niveles de estadística. Admitió que no sabe detectar una manipulación del sistema. No le fue iniciado proceso disciplinario por adulteración del sistema de reparto.

A su turno, LUIS GABRIEL GÓMEZ ROCHA³³, técnico grado 11 adscrito a la Dirección Seccional de Cartagena, quien labora como Soporte manejando diferentes aplicativos y circuito cerrado de seguridad desde el 2008, fue prolijo en detalles sobre la manera cómo funciona el reparto de procesos.

³³ Récord 03:00:25 a récord 03:10:28 de la sesión del 31 de enero de 2022 y récord 00:08:53 a récord 02:20:46 de la sesión del 03 de marzo de 2022.

En su actividad durante el año 2015 tuvo contacto con el sistema de reparto SARJ, utilizado para repartir los procesos que llegaban a la Oficina Judicial hacia la especialidad correspondiente.

Para efectuar cambios de grupo, explicó, se deben seguir los lineamientos del Acuerdo 1472 de 2002. Un cambio de grupo consiste en que ante un error en la digitalización de los datos de una demanda el despacho judicial debe corregir la falla, mediante el cambio a la Oficina Judicial a través del Sistema SARJ.

En esa época cuándo se advertía el yerro se diligenciaba el formato previsto para los digitadores o para los despachos judiciales, y se entregaba a la Oficina Judicial para que realizaran el cambio de grupo. En el 2015 la encargada de la Oficina Judicial era la señora EDITA GARRIDO.

En lo atinente a las compensaciones recordó que también están reguladas en el Acuerdo 1472. Si se presentan impedimentos, falta de competencia, anulación de procesos, cambio de grupos, si es retirada la demanda, el sistema compensa. El Despacho que acoge el proceso le pasa el formato la Oficina Judicial donde se tramita.

En cuanto al cambio de grupo, identificó las mismas situaciones que se podrían presentar mencionadas por la señora GARRIDO TREJOS.

En relación con el formato recordó que la fecha de reparto, el radicado, demandante y demandado, nombre del digitador y firma, la razón que justificaba la compensación, Despacho donde se reparte el proceso, son los datos a diligenciar.

Sobre el reparto de la tutela que en el 2015 presentó el señor ALEXANDER MORENO CARVAJAL contra el juzgado del circuito de Mompox fue asignada al despacho del doctor **TAILOR LONDOÑO**.

Luego, cuando llegaron a averiguar si se había hecho una modificación interna o externa al sistema, le preguntó a María del Pilar de la Ossa, ya fallecida, y ella le respondió que se trató de un error y al advertirlo tramitó el cambio de grupo.

Al testigo se le puso de presente el FORMATO UNICO PARA COMPENSACIÓN REPARTO ACUERDO 1472 DE 2002, quien explicó que la razón que determinó la compensación y el cambio de grupo fue que provenía del municipio de Mompox, se repartió equivocadamente y luego se modificó del grupo de Comisión a tutela, pero no se indica la razón.

Explicó que el cambio de grupo en relación con el magistrado, no genera variación, se haría en el caso de un impedimento o por competencia. Por lo general en los cambios de grupo, como dice el Acuerdo, ya repartido el

proceso se somete nuevamente a revisión, se diligencia el formato y se lleva a cabo el cambio de grupo. En ese caso no se realiza la modificación de cuenta.

Al deponente también se le enseñó el acta individual de reparto³⁴, de la que deriva que se realiza un reparto inicial y luego con el formato anteriormente visto se pide el cambio del grupo a tutela. En el formato dice: Grupo primera instancia, tutela al doctor **TAILOR LONDOÑO**, con fecha 5 de octubre de 2015.

Observó que el primer reparto se hizo el 2 de octubre a las 17:01:38 horas de la tarde. Posteriormente, el 5 de octubre, se realiza el cambio del grupo, es decir tres días después. También se advierte la variación del grupo, pero no del ponente. Se constató que no hubo movimientos internos en el sistema y él entregó a la policía judicial información de unos correos de copias de las actas.

Se le exhibió un documento contentivo de un cuadro³⁵ donde reposa la información que él suministró referida al número de equipos que en el 2015 tenían acceso al sistema de Justicia Siglo XXI, al cual se podía ingresar después de repartidos los procesos y registrada la correspondiente información, como es la admisión o inadmisión, etc.

³⁴ Prueba 17, C. Pruebas de la Fiscalía 38 documentos públicos.

³⁵ Prueba No. 70, C. prueba documental de la Fiscalía No. 70 y 71.

También se dio a conocer el reporte de casos recibidos por María del Pilar de la Ossa en el digiturno del 2 de octubre. Los tres últimos registros que aparecen en la columna dos³⁶ de la página 4 corresponden a: reparto de primera instancia que debe ser un ordinario, enseguida otro ordinario y por último una tutela. Corresponden en el cuadro al P 061, P062 y el H041. Esas tres solicitudes se realizaron así: la primera, hora de solicitud el 2 de octubre de 2015 a las 16:44:25, hora de atención el 5 de octubre de 2015 a las 08:26:31, hora de finalización el 5 de octubre a las 08:26:39; la segunda, hora de solicitud 2 de octubre de 2015 a las 16:44:34, hora de atención 5 de octubre de 2015 a las 08:26:43, hora de finalización el 5 de octubre a las 08:26:52; la tercera hora de solicitud el 2 de octubre de 2015 a las 16:44:37, hora de atención el 5 de octubre de 2015 a las 10:06:19, hora de finalización el 5 de octubre a las 10:06:29.

De acuerdo con lo anterior el tiempo de espera fue de más de 63 horas en esos tres registros.

Sobre el sistema digiturno, utilizado en esa época, dijo que se caracterizaba porque tenía hora de apertura y de cierre, ésta última era 15 minutos antes de las 17:00 de la tarde, hora de salida, y ese día según el calendario era un viernes. Y sobre lo excesivo del tiempo transcurrido entre la hora de solicitud y la de atención en los tres últimos registros lo que pudo suceder fue que le hicieron la solicitud y no

³⁶ Prueba No. 71, C. prueba documental de la Fiscalía No. 70 y 71.

finalizó en su momento, sino que la cerró empezando la jornada el lunes o martes siguiente. Seguramente llegó el día siguiente hábil, vio la cola y cerró las solicitudes por lo cual contabilizó ese tiempo que calculando son casi 3 días.

En el contrainterrogatorio señaló que los magistrados no intervienen en la apertura o cierre del turno y que este coincide con el inicio y finalización de la atención en la ventanilla.

Según su experiencia, lo que ocurrió ya se había presentado en otras oportunidades y no hubo manipulación directa del sistema.

Quien verificó la naturaleza del error y autorizó la variación de grupo en la compensación fue la señora EDITA GARRIDO y el Despacho puede hacer la verificación. Bajo los parámetros del sistema podía seguir conociendo el magistrado.

La Sala presenta el análisis de la pericia del ingeniero VÁSQUEZ TÉLLEZ, así como de los testimonios de la entonces servidora encargada de la Oficina Judicial, y de los ingenieros conocedores del Sistema de reparto SARJ junto con los documentos públicos incorporados sobre los cuales el ente acusador edifica la manipulación del sistema de reparto con el propósito de fijar las circunstancias en que se produjo el de la tutela entablada por ALEXANDER MORENO CARVAJAL.

Un primer examen tratará de las vicisitudes que se advierten en el reparto de la tutela 00289, de cara a los mecanismos institucionales previstos para su corrección y si en este caso se utilizaron.

El ingeniero VÁSQUEZ TÉLLEZ, desde su indiscutible experticia dio a conocer la manera como pudo rastrear el reparto de la mencionada acción constitucional lo cual le permitió concluir que un error en la digitación generó la secuencia de novedad 2946, que fue resuelta por la encargada de la Oficina Judicial; así mismo, que son constantes las modificaciones de grupo debido a errores de digitación.

Las atestaciones de EDITA GARRIDO y LUIS EDUARDO YEPEZ GOMEZ coinciden en que el sistema de reparto cuenta con unas herramientas para solventar los errores que pueden surgir en desarrollo de esa actividad; sin embargo, a la luz del procedimiento explicado por el ingeniero, el caso de la compensación de la tutela de ALEXANDER MORENO CARVAJAL asignada al despacho del Magistrado **LONDOÑO HERRERA**, no se habría gestionado en debida forma.

Mediante el testimonio de EDITA se fijó en el proceso que se presentó un error en el grupo de reparto por lo que se generó una nueva Acta con el grupo correcto pues la tutela se había repartido como una Comisión, aspecto sobre el cual el ingeniero YEPEZ explicó que en esos casos deben

generarse dos Actas, una con el grupo errado y otra con la variación del grupo que da cuenta de que se hizo la corrección, advirtiéndose una disconformidad entre lo regulado y lo efectuado por la coordinadora de la Oficina Judicial, quien solamente generó un Acta.

A partir de estos testimonios no se acreditó alteración en el sistema de la asignación del expediente, pero sí una irregularidad en los correctivos adoptados por la coordinadora de la Oficina Judicial ante el señalado presunto equívoco presentado en el reparto, tal como lo anunció el delegado fiscal.

De otro lado, el técnico LUIS GABRIEL GÓMEZ ROCHA señaló que desaciertos como el que nos ocupa eran frecuentes en la seccional; así mismo expresó que él tuvo la oportunidad de hablar con María del Pilar de la Ossa, hoy fallecida, quien le comentó que sin intención se produjo el equívoco.

También intentó explicar la eventualidad de los tres últimos turnos en los que difiere la fecha de la solicitud con la de atención, mencionando que se contraería a que a María del Pilar le hicieron la solicitud y no finalizó el proceso el mismo día, sino que lo cerró empezando la jornada dos días después. Según su revisión la fecha es un viernes, por lo cual supone que, llegado el lunes siguiente, vio la cola y cerró las solicitudes, razón por la cual se registró todo el tiempo que

allí aparece que, según sus cálculos son casi 3 días coincidiendo con la duración del fin de semana.

La justificación que el testigo presentó, en relación con el registro de ese amplio lapso, no deja de ser una de las múltiples que dentro de un amplio espectro se podrían proveer para respaldar la actuación de la entonces trabajadora de la Oficina Judicial.

Aun disculpado el cierre tardío de la atención por parte de la aludida servidora, lo revelado por el funcionario que fijó en el juicio la manera como se debe efectuar el reparto, la forma de enmendar los errores que en él se presentan y la veda de realizar el reparto de forma manual excepto cuando se trata de una asignación en segunda instancia a un magistrado que ya ha conocido del asunto, a la Sala no le cabe duda de que se ha acreditado por la Fiscalía que el reparto se efectuó de manera anómala.

Aflora que en ausencia del seguimiento a la regulación establecida en el Acuerdo 1472 de 2002 del Consejo Superior de la Judicatura, terminó asignándose una demanda de tutela a un Despacho que junto con sus pares estaba en turno para recibirla sin ser sometida a reparto a través de una adjudicación previa del asunto como Comisión, cuya corrección por parte de la empleada de la Oficina Judicial en definitiva no respetó los lineamientos del aludido Acuerdo, pero que autorizó adelantar esa descompasada asignación.

Ahora, como lo destacó la delegada de la Procuraduría, la manipulación del reparto no hace parte de los hechos jurídicamente relevantes ni le fue atribuida al aforado, el ente acusador no indicó los actos a través de los cuales el doctor **LONDOÑO HERRERA** incidió en ese reparto y la Corporación no encuentra elemento de convicción que dé cuenta de la intervención del procesado o su injerencia en la distribución del libelo de la acción de resguardo constitucional.

Si bien podría argumentarse que se erige en un hecho indicador frente a su responsabilidad, como alcanza a sugerir la Fiscalía y la delegada de la Procuraduría, de una vez ha de señalarse que el mismo da origen a un indicio contingente leve, lo que significa que el vínculo entre el hecho indicador y el indicado establece escasamente una de las varias posibilidades que se ofrecen para explicar el fenómeno.

Debe recordarse que la jurisprudencia clasifica los indicios en: necesarios, cuando el hecho indicador evidencia de manera cierta o inequívoca la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; o contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador revele la presencia del hecho indicado.³⁷

«Estos, los contingentes, a su vez pueden calificarse de: graves cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad, sino de la común ocurrencia de las cosas; o

³⁷CSJ SP3397-2014, 19 de mar. de 2014, rad. N° 38793

leves si el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece.»³⁸

De acuerdo con lo anterior, esa anomalía, advertida en el reparto, pudo efectuarse para que el acusado contara con disponibilidad funcional de emitir los pronunciamientos judiciales reprobados, como lo indica la Fiscalía, pero también resulta razonable que encuentre su origen en la equivocada asignación de grupo que se pregona habría ocurrido, pese a la incorrección en su solución, del que se muestra partidaria la defensa, que por demás, de acuerdo con las conclusiones de los testigos, de ese tipo al parecer sucedían con frecuencia en esa Seccional, o un querer de alguien distinto y sin conocimiento del aforado para que le correspondiera la acción constitucional.

Lo cierto es que la demanda de tutela arribó al Despacho del entonces Magistrado **LONDOÑO HERRERA**, de acuerdo con el Acta de reparto del 5 de octubre de 2015³⁹ por novedad – asignación cambio grupo de la acción de tutela de primera instancia; repartida al despacho del Magistrado **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**, accionante: ALEXANDER MORENO CARVAJAL, accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompox.

Del mismo modo, informa sobre la asignación de la demanda al Despacho del implicado la constancia del 6 de octubre de 2015 suscrita por el secretario de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena

³⁸ Ídem.

³⁹ Prueba No. 4, Fl. 167 del C. Pruebas de la Fiscalía, 38 documentos públicos.

donde se registra que luego de verificado el reparto por la Oficina Judicial de la acción de tutela instaurada por ALEXANDER MORENO CARVAJAL, pasó al Despacho del citado magistrado⁴⁰.

El libelo se recibió en la oficina del señalado funcionario por el entonces Auxiliar Judicial grado I del Despacho del Magistrado **TAILOR LONDOÑO**, JORGE LUIS LEVILLER PALOMINO⁴¹, quien recordó que lo tomó y se lo pasó a su superior para que se pronunciara sobre las solicitudes del demandante.

Lo anterior se corrobora con la planilla⁴² que da cuenta de que efectivamente la tutela donde figuraba como demandante ALEXANDER MORENO CARVAJAL fue recibida en el Despacho del entonces Magistrado **LONDOÑO HERRERA** el 6 de octubre de 2015.

Las decisiones señaladas como prevaricadoras

El auto del 7 de octubre de 2015

La primera decisión que se señala de prevaricadora es el Auto del 7 de octubre de 2015, cuya copia fue recabada e incorporada al juicio oral con el testimonio de la servidora de policía judicial RUTH CORTÉS⁴³, rubricado por el entonces Magistrado **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**.

⁴⁰ Prueba No. 14, Fl. 207 del C. pruebas de la Fiscalía, 38 documentos públicos.

⁴¹ Récord 02:32:30 a 3:14:00 de la sesión del 20 de septiembre de 2023 y .

⁴² Prueba No 28, C. pruebas de la Fiscalía, 38 documentos públicos.

⁴³ Prueba número 5, C. pruebas de la Fiscalía, 38 documentos públicos

Es aquella mediante la cual se admitió la demanda de tutela 2015-0289, instaurada por el abogado LUIS EDUARDO LIÑAN PUELLO como apoderado judicial de la señora EDILMA CARVAJAL ORTIZ, quien a su vez actuaba en representación de su hijo ALEXANDER MORENO CARVAJAL, en contra del Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompox. En ella se invocaban como derechos fundamentales conculcados: la libertad, el debido proceso y la salud en conexidad con la vida.

El ente acusador en la convocatoria al juicio indica que la decisión contraviene las reglas del reparto previstas en el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, compilado por el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, en concordancia con el 2.2.3.1.2.4. puesto que **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** asumió el conocimiento de la acción de amparo contra el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompox pese a que en el cuerpo de la demanda de tutela se informaba que el Tribunal había conocido de la apelación en ese caso, mientras que, la Corte Suprema de Justicia había inadmitido el recurso extraordinario de Casación interpuesto.

Es así como considera que esa Corporación no podía asumir el conocimiento de la demanda y menos el magistrado que había fungido como ponente en la decisión de segunda instancia del 11 de febrero de 2008.

Sumado a lo anterior, en la demanda de tutela se cuestionaba la legalidad del proceso penal adelantado contra

ALEXANDER MORENO CARVAJAL por considerar que el conocimiento del proceso radicaba en la jurisdicción penal militar y no la ordinaria, razón por la cual la pretensión se concretaba en que se decretara la invalidez del proceso.

En consonancia, dice el funcionario instructor, el doctor **LONDOÑO HERRERA** debió ordenar el envío a la Corte Suprema de Justicia por cuanto de conformidad con el inciso 2° del numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 compilado en el Decreto 1069 de 2015 (artículo 2.2.3.1.2.1.) esa Colegiatura era la llamada a conocer de la acción constitucional.

Se integró a la actuación, por la Fiscalía, prueba documental de carácter público con el testimonio de la investigadora RUTH CORTÉS HERRERA, quien recaudó la actuación de la tutela y mediante inspección al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cartagena las providencias a que aludían los hechos de la demanda de amparo. Es así que obtuvo copia de la sentencia de primera instancia del 19 de diciembre de 2002, proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito de Mompo, que se copió en el CD rotulado como inspección con esos mismos datos.

Mediante ese proveído se condenó, entre otros, a ALEXANDER MORENO CARVAJAL a *“la pena principal de 33 años de prisión, y a la pena privativa de otros derechos, de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas durante 20 años”* como determinador del secuestro y de la muerte de HÉCTOR HERNÁN MONTOYA TAVARES;

igualmente, se ordenó librar las correspondientes órdenes de captura para hacer efectivas las penas impuestas cuando estuviera en firme la sentencia.

Del mismo modo, se aportó la sentencia que el doctor **LONDOÑO HERRERA** suscribió como Magistrado ponente, emitida el 11 de febrero de 2008 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena⁴⁴ por cuyo medio no accedió a decretar las nulidades deprecadas por los sujetos procesales y confirmó la sentencia de primera instancia mencionada en precedencia.

Y finalmente se incorporó la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 27 de octubre de 2008⁴⁵, a través de la cual se inadmitió la demanda de casación que presentó el defensor de ALEXANDER MORENO CARVAJAL contra el fallo de segunda instancia y casó de oficio y parcialmente la sentencia, modificando el numeral primero en el sentido de fijar al sentenciado la pena de 10 años de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Los referidos documentos públicos y auténticos, contentivos de las mencionadas providencias, válidamente incorporados al juicio, envuelven alto poder suasorio puesto que: i) no fueron alterados, ni en forma, ni en contenido; ii) permiten conocer de manera clara y precisa aquello que

⁴⁴ Prueba documental 2 de la Fiscalía.

⁴⁵ Prueba documental 3 de la Fiscalía.

contienen; y iii) su contenido es conforme con lo que ordinariamente ocurre⁴⁶.

Con ellos se demuestra que MORENO CARVAJAL fue condenado el 19 de diciembre de 2002, por el Juzgado Único Penal del Circuito de Mompo, entre otras, a la pena principal de 33 años de prisión, disponiéndose librar las correspondientes órdenes de captura para hacer efectiva la sanción impuesta cuando estuviera en firme la sentencia; apelada esa providencia fue confirmada el 11 de febrero de 2008 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, fungiendo como ponente el Magistrado **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**.

Así mismo se acredita que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante proveído del 27 de octubre de 2008 inadmitió la demanda de casación y casó de oficio y parcialmente la sentencia, modificando la pena de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas a 10 años.

De acuerdo con lo anterior se asume probado, sin discusión, que la sentencia por medio de la cual se condenó a MORENO CARVAJAL se encontraba en firme y con vigente orden de captura en su contra.

Ello, debido a que el auto que inadmite la demanda de casación trae como consecuencia la ejecutoria de la

⁴⁶ Artículo 432 del Código de Procedimiento Penal.

sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso, salvo que la insistencia prospere, conforme las previsiones del artículo 184-2 del Código de Procedimiento Penal, que no es el caso.

En este estado de cosas, se entabló demanda de tutela por el abogado LUIS EDUARDO LIÑAN PUELLO en nombre de EDILMA CARVAJAL ORTIZ quien a su vez representa a su hijo ALEXANDER MORENO CARVAJAL, cuya copia fue recaudada, también, por la investigadora del CTI, RUTH CORTÉS HERRERA⁴⁷.

Los hechos allí expuestos se circunscriben a la existencia de las sentencias de condena ya descritas, dentro del proceso penal que por los delitos de secuestro y homicidio agravado se siguió contra el accionante, por los que fue condenado a 33 años de prisión.

En el numeral décimo séptimo se indicó que la sentencia emanada del Juzgado Penal del Circuito de Mompox fue apelada oportunamente y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mientras que en el numeral décimo octavo, el postulante explicó que, recurrida en casación la sentencia del Tribunal ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, esta inadmitió la demanda, hizo algunas modificaciones de oficio y confirmó la pena impuesta a su poderdante. Agregó que contra su representado pesaba orden de captura.

⁴⁷ Prueba No 41 de la Fiscalía, DVD C. prueba documental de la Fiscalía No 40 al 50.

El apoderado concretó el problema jurídico que se debía resolver al fallar la acción de tutela en determinar si para el proceso de su representado, era competente la justicia ordinaria o si debía ser asumido por la justicia castrense. Por esa razón impetró desde el 29 de mayo de 2014 solicitud de nulidad del proceso ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompox, sin que a la fecha que presentó la demanda de tutela el juez de conocimiento se hubiese pronunciado al respecto.

De la misma manera refirió que al accionante le fue diagnosticado presuntivamente un cáncer de próstata y se le ordenó unos exámenes de manera urgente para determinar su fase y comenzar el tratamiento, requiriendo su libertad inmediata mientras se tramitaba la acción de tutela, que instaurara como mecanismo transitorio ya que las peticiones solicitadas estaban retrasadas en su definición y existía la posibilidad de que se decretara la nulidad de lo actuado y por ende su libertad.

Aportó certificación del 23 de septiembre de 2015 emitida por el médico Balduiris Carmona Morelos, en la que expresó que atendido ALEXANDER MORENO CARVAJAL se determinó “*diagnóstico, pronóstico de cáncer de próstata*”. Por lo cual requiere con urgencia la realización de una P.S.A. y ecografía prostática. Además, necesita interconsulta con urología oncológica.

El profesional del derecho solicitó como medida cautelar, con la finalidad de preservar el derecho a la vida y a la salud

del señor ALEXANDER MORENO CARVAJAL, la cancelación de las órdenes de captura emitidas en su contra dentro del proceso penal con radicado No 13-468-31-89-001-2005-00779 mientras se adopta decisión de fondo en la acción que presenta como mecanismo transitorio.

Invocó como conculcados y objeto de protección los derechos a la libertad, salud y debido proceso.

Con la copia del auto del 7 de octubre de 2015, documento público que goza de la presunción de autenticidad, se acredita la existencia del proveído por medio del cual se admite la acción de tutela instaurada por el abogado LUIS EDUARDO LIÑAN PUELLO actuando como apoderado judicial de la señora EDILMA CARVAJAL ORTÍZ, quien a su vez actúa en representación de su hijo ALEXANDER MORENO CARVAJAL en contra del juzgado promiscuo del circuito de Mompox.

En el mismo auto se otorga al accionado un perentorio término de 24 horas con la finalidad de que presente el informe correspondiente.

Finalmente decreta la medida provisional impetrada por el accionante consistente en ordenar la cancelación provisional e inmediata de las órdenes de captura libradas en contra del señor ALEXANDER MORENO CARVAJAL en el proceso con radicado 13-468-31-89-001-2005-00779.

El funcionario acusador predica que el aforado no podía asumir el conocimiento de la demanda constitucional en razón a que dentro de las entidades accionadas estaba la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el propio Tribunal, menos aún, cuando el funcionario había fungido como ponente en la decisión de segunda instancia del 11 de febrero de 2008.

Las reglas que habría contravenido el aforado al asumir el conocimiento de la acción de amparo contra el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompo son las previstas en el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 compilado por el Decreto 1069 de 2015, precepto que señala:

«2. Cuando la acción de tutela se promueva contra un funcionario o corporación judicial, le será repartida al respectivo superior funcional del accionado. Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del juez al que esté adscrito el fiscal.

Lo accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, sección o subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 2.2.3.1.2.4 del presente capítulo».

Y el canon 2.2.3.1.2.4, prevé:

«Reglamentos Internos. Los reglamentos internos de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, podrán determinar que los asuntos relacionados con el conocimiento de la impugnación de fallos de acción de tutela sean resueltos por salas de decisión, secciones o subsecciones conformadas para tal fin. Así mismo determinará la conformación de salas de decisión, secciones o subsecciones para el conocimiento de las acciones de tutela que se ejerzan contra actuaciones de la propia corporación, a las que se refiere el inciso 2° del numeral 2 del artículo 2.2.3.1.2.1., del presente capítulo.».

Sobre el aludido canon, se debe recordar que, la Corte Constitucional acudiendo a la excepción de inconstitucionalidad, resolvió inaplicar, el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, en varios autos⁴⁸, por considerar que era contrario a la Constitución Política, argumentando que este modificaba el artículo 37 del Decreto-Ley 2591 de 1991, lo que sobrepasaba la autoridad reglamentaria del presidente.

Según la custodia de la Constitución, se trataba de una norma con fuerza de ley que para su modificación requería una ley expedida por el Congreso. Además, sostuvo que el decreto limitaba el artículo 86 de la Carta Política, impidiendo que el afectado interpusiera la acción ante cualquier juez, en todo momento y lugar, lo que lo hacía abiertamente inconstitucional. Sin embargo, el Consejo de Estado⁴⁹ dictaminó posteriormente que el presidente no había excedido su competencia, ya que el Decreto 1382 era una manifestación de su potestad reglamentaria, estableciendo normas de reparto y no de competencia.

Posteriormente, sobre el tópico de la competencia, la Corte Constitucional ha sostenido invariablemente que “los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991, son las disposiciones que expresamente aluden a los factores que precisan la competencia en materia de tutela (En auto 061A de 2005, la Corte aludió a los factores territorial y subjetivo en los siguientes

⁴⁸ Autos 085, 087, 089, 094, 128, 158 del 2000, entre otros.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de jul. de 2002.

términos: “[P]ara establecer con precisión el ámbito de competencia de los jueces constitucionales, el Decreto 2591 de 1991 estableció que la misma fuera a prevención, utilizando el factor territorial y otro subjetivo. Respecto del primero, el artículo 37 del citado decreto radica la competencia ‘en los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza que motivaren la presentación de la solicitud’, previsión que es reiterada por el artículo 1° del Decreto Reglamentario 1382 de 2000 al señalar que ‘conocen a prevención los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos’. En lo que respecta al factor subjetivo el Decreto 2591 de 1991 estableció que ‘de las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces del circuito del lugar’.

Por su parte, el Decreto 1382 de 2000 establece las “reglas para el reparto de la acción de tutela” y no las que definen la competencia de los despachos judiciales, en la medida en que, por su inferioridad jerárquica respecto a las citadas disposiciones, no puede modificarlas. Ese fue precisamente el entendimiento dado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al desestimar la mayoría de los cargos de nulidad contra el mencionado acto administrativo, en sentencia del 18 de julio de 2002, por considerar que no era contrario al artículo 86 de la Constitución, en tanto establecía normas de reparto y no de competencia” (Antes de esta decisión, la Corte Constitucional inaplicó en repetidas ocasiones el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000. Véanse, entre otros, los autos 085, 087, 089, 094 de 2000 y 071 de 2001.)⁵⁰

Como se advierte, la Corporación adhiere al fallo del Consejo de Estado, pero precisando que los conflictos de competencia en sede de tutela solo pueden surgir a partir del

⁵⁰ Corte Constitucional, auto 200 del 5 de septiembre de 2013.

artículo 37 del Decreto 2591. Por lo tanto, si un juez se declara incompetente debido a un error en la aplicación de las reglas de reparto, el caso será atendido por el juez que recibió la acción de tutela primero, para evitar dilaciones y cumplir con la teleología de la acción de tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución.

Adicionalmente, en la decisión ya citada, señala que en el auto 124 de 2009 se establecieron “las siguientes reglas, las cuales son, simplemente, consecuencias naturales de la jurisprudencia constitucional tantas veces reiterada por esta Corte:

(i) Un error en la aplicación o interpretación de las reglas de competencia contenidas en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 puede llevar al juez de tutela a declararse incompetente (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación). La autoridad judicial debe, en estos casos, remitir el expediente al juez que considere competente con la mayor celeridad posible.

(ii) Una equivocación en la aplicación o interpretación de las reglas de reparto contenidas en el Decreto 1382 de 2000 no autorizan al juez de tutela a declararse incompetente y, mucho menos, a declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia. El juez de tutela debe, en estos casos, tramitar la acción o decidir la impugnación, según el caso.

(iii) Los únicos conflictos de competencia que existen en materia de tutela son aquéllos que se presentan por la

aplicación o interpretación del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación).

Estos serán decididos, en principio, por el superior jerárquico común de las autoridades judiciales involucradas o, en su ausencia, por la Corte Constitucional en su calidad de máximo órgano de la jurisdicción constitucional, de conformidad con las reglas jurisprudenciales que hasta el momento se han venido aplicando en esta materia.

(iv) Ninguna discusión por la aplicación o interpretación del Decreto 1382 de 2000 genera conflicto de competencia, ni siquiera aparente. Por tanto, en el caso de que dos autoridades judiciales promuevan un conflicto de competencia por este motivo, el expediente será remitido a aquella a quien se repartió en primer lugar con el fin de que la acción de tutela sea decidida inmediatamente, sin que medien consideraciones adicionales relativas a las normas de reparto. Lo anterior no obsta para que esta Corporación o el superior funcional al que sea enviado un supuesto conflicto de competencia, proceda a devolver el asunto, conforme a las reglas de reparto del Decreto 1382 de 2000, en aquellos supuestos en que se presente una distribución caprichosa de la acción de tutela fruto de una manipulación grosera de las reglas de repartos contenidas en el mencionado acto administrativo, como sería el caso de la distribución equivocada de una acción de tutela interpuesta contra una providencia judicial emanada de una de las Altas Cortes.”

En resumen, el Tribunal Constitucional en la cuarta regla del Auto 124 de 2009 pauta que se debe respetar el Decreto 1382 de 2000 para el reparto de la acción de tutela y evitar violar el debido proceso, empero en caso de conflicto de competencia, el expediente se remitirá a la autoridad a la que se asignó primero para asegurar una decisión inmediata. Sin embargo, autoriza que esa Corporación o el superior funcional pueden devolver el asunto si se detecta una distribución arbitraria como en el caso de una acción contra una providencia judicial de una de las Altas Cortes.

Resulta palmario entonces, que un juez en funciones constitucionales no puede rechazar una solicitud de amparo por incompetencia debido a una desacertada aplicación de las reglas de reparto, mientras que sí puede hacerlo si se trata de normas sobre competencia.

También que si se evidencia una asignación caprichosa como sería el caso de una demanda contra una decisión de una de las Altas Cortes se pueda devolver.

En este caso la acción constitucional fue repartida al Despacho del aforado puesto que iba dirigida contra el Juzgado del Circuito de Mompos, quien asumió el conocimiento y admitió la tutela mediante auto del 7 de octubre de 2015.

Sin embargo, el reproche efectuado por el acusador se circunscribe a que la acción cuestionaba una decisión de la

Corte Suprema y del propio Tribunal del que hacía parte el acusado.

Efectivamente, el accionante ponía en tela de juicio la competencia de la jurisdicción bajo cuya égida se había adelantado el proceso penal contra el accionante reclamando la invalidación para que la penal militar asumiera la investigación; en los numerales décimo séptimo y décimo octavo del acontecer fáctico de la demanda de tutela el impetrante dio a conocer que la sentencia emanada del Juzgado Penal del Circuito de Mompox fue apelada oportunamente y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, la cual recurrida en casación fue inadmitida por la Sala de Casación Penal de esta Colegiatura, hizo algunas modificaciones de oficio y confirmó la pena impuesta a su poderdante.

Paralelamente indicó que previamente se había presentado la solicitud de nulidad del proceso ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompox, seguida de varios meses en los que perduró el silencio, puesto que a la fecha en que se entabla la demanda de amparo aún el accionado no se había pronunciado.

Para justificarse dice el procesado, en sus alegaciones finales que, la decisión que admitió la tutela no es contraria a la ley, ya que de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política todos los jueces son competentes para conocer de las acciones de tutela a prevención, lo cual difiere del Decreto 1382 que establece reglas de reparto. En

complemento de lo anterior, la demanda, repartida por el personal de la Secretaría y asignada a él, se enfocaba en el juzgado promiscuo de Mompox porque ese Despacho habría incurrido en mora para resolver la solicitud de nulidad presentada desde el 2014.

Entonces, continúa el acusado, como la acción constitucional iba dirigida contra un juzgado del circuito, el Tribunal era competente para conocer de la misma; siguiendo lineamientos de la Corte Constitucional, la asumió y concedió. Y si bien de manera indirecta se mencionaba un fallo de la Corte Suprema, en el proyecto derrotado solo se aludió a los derechos frente al juzgado de Mompox.

Bajo ese panorama, para la Sala, la conducta del procesado no se adecua a la noción de lo manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico conforme al concepto jurisprudencial citado al inicio del acápite, debido a que acorde con las precisadas reglas sobre competencia de los jueces en materia de tutela, por parte de la guardiana de la Constitución, el entonces Magistrado no podía alegar falta de competencia.

Esto porque si bien, como lo hizo notar el delegado de la Fiscalía, del cuerpo del libelo introductorio se desprende que la sentencia allí cuestionada, por medio de la cual se condenó al accionante se hallaba en firme porque el Tribunal al cual pertenecía el doctor **LONDOÑO HERRERA**, en sede de apelación, la había confirmado y la Sala Penal de esta Colegiatura había inadmitido el recurso extraordinario de

casación, pues así lo expuso el impetrante en la situación fáctica de la demanda, también se advierte que la acción constitucional se dirigía contra el Juzgado del Circuito de Mompos y en el aludido libelo se daba a conocer la irresolución de la solicitud de nulidad planteada ante ese Juzgado desde hacía más de un año (recuérdese que se presentó el 29 de mayo de 2014).

Desde esa circunstancia, reunido el factor de competencia territorial, sobre el que no existe discusión, de acuerdo con las precisadas reglas del Tribunal Constitucional, la Sala Especial concluye que, la asunción del conocimiento de la acción de resguardo por parte del acusado no desconoce abiertamente el ordenamiento jurídico.

Siendo ello así, la tipicidad objetiva queda desvirtuada en relación con ese comportamiento.

De la admisión de la acción de tutela con indebida representación

En segundo lugar, la Fiscalía acusa de prevaricadora la providencia del 7 de octubre de 2015 por cuyo medio se admitió la tutela con indebida representación de ALEXANDER MORENO CARVAJAL por parte del abogado LUIS EDUARDO LIÑAN PUELLO, desconociendo las formalidades que impone el artículo 90 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

Llegado este punto, la Sala Especial debe recordar que a tono con lo establecido en el artículo 4° del Decreto 306 de 1992, por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991, “*para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho decreto.*”, en el entendido que hoy corresponde al Código General del Proceso, según lo previsto en los artículos 626 y 627 de ese Estatuto.

Indica el funcionario acusador, que el mencionado profesional no acreditó en debida forma su representación como apoderado de la señora EDILMA CARVAJAL ORTIZ, madre de MORENO CARVAJAL ni tampoco que ella estuviera legitimada para otorgar poderes especiales a nombre de su hijo. Recrimina al acusado que admitió la demanda sin que el derecho de postulación se encontrara acreditado en debida forma desatendiendo la exigencia del artículo 74 del Código General del Proceso.

El aludido canon establece:

«PODERES. *Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados.*

El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas.

(...)

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha mantenido una postura invariable⁵¹ en torno a los requisitos que se deben cumplir en el apoderamiento judicial en materia de tutelas. Así lo indicó, por ejemplo, en la Sentencia T-001 de 1997, donde afirmó que por las características de la acción:

«... todo poder en materia de tutela es especial, vale decir se otorga una vez para el fin específico y determinado de representar los intereses del accionante en punto de los derechos fundamentales que alega, contra cierta autoridad o persona y en relación con unos hechos concretos que dan lugar a su pretensión»

*«Ahora bien, en lo que tiene que ver con el apoderamiento judicial en materia de tutela, esta Corporación ha precisado que **i)** es un acto jurídico formal, por lo cual debe realizarse por escrito; **ii)** se concreta en un escrito, llamado poder que se presume auténtico; **iii) debe ser un poder especial; iv)** el poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido para instaurar procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen en el proceso inicial; **v)** el destinatario del acto de apoderamiento sólo puede ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional».*

Según se extrae de la cita jurisprudencial reseñada en precedencia, para instaurar una acción de tutela a través de apoderado judicial, se requiere que el mismo sea abogado autorizado con tarjeta profesional, que el poder se concrete en un escrito, que se denomina poder y se presume auténtico, y que sea de aquellos que restringen la facultad del apoderado a la representación para un asunto, es decir, especial.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencias T-550 de 1993, T-531 de 2002 citadas en la Sentencia T-024 del 28 de enero de 2019

En este caso, dentro de los anexos a la demanda de tutela el libelista allegó el poder⁵² y la escritura pública mediante la cual su representado otorgaba poder general a la señora EDILMA CARVAJAL.

Palmario es que no se reunían los requerimientos legales y jurisprudenciales por cuanto el poder general otorgado por ALEXANDER MORENO CARVAJAL a su progenitora, la señora EDILMA CARVAJAL ORTIZ, mediante la escritura pública número 04921 del 12 de noviembre de 2008⁵³, no la facultaba específicamente para conferir poder al abogado LUIS EDUARDO LIÑAN PUELLO, con la finalidad de que instaurara acción de tutela en nombre de su hijo ALEXANDER en razón a que en la escritura pública, se advierte, que MORENO CARVAJAL la invistió de amplias facultades en procura de diversas acciones empero no contiene un mandato específico para promover el amparo constitucional.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 74 del C.G.P. y la jurisprudencia, el poder especial se limita exclusivamente a lo autorizado, el asunto debe estar determinado y claramente identificado, lo que en este caso no se registraba debido a que la escritura pública 4921 del 12 de noviembre de 2008 otorgada en la Notaría 48 de Bogotá no legitimaba específicamente a EDILMA CARVAJAL ORTIZ para actuar a nombre de su hijo otorgando poder al

⁵² Prueba 66 de la Fiscalía, C. Prueba documental de la Fiscalía No. 63 a 65.

⁵³ Prueba No. 20 de la fiscalía (9 folios y constancia de autenticidad del 17 de agosto de 2017 que se recaudó en el juzgado primero promiscuo civil del circuito de Mompox).

profesional del derecho LIÑAN PUELLO para adelantar la acción de tutela.

Tampoco se demostró que se hubiese actuado en virtud de agencia oficiosa en los términos del inciso 2° del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, como lo recordó la delegada del Ministerio Público debido a que no están acreditados los requisitos para considerar que EDILMA CARVAJAL ORTIZ actuaba como agente oficiosa de su hijo.

Esto porque no hizo manifestación alguna en ese sentido, y aun cuando se aceptara, en gracia de discusión, que pese a ejercer con un poder general, otorgó poder al profesional en derecho LIÑAN PUELLO con el fin de agenciar oficiosamente los derechos fundamentales de ALEXANDER MORENO CARVAJAL, este no se encontraba en una situación de vulnerabilidad que le impidiera promover el resguardo constitucional y tampoco expresó su voluntad de solicitar el amparo de sus derechos fundamentales siendo el presuntamente damnificado con la situación de la que se afirmaba afectaba sus garantías.

En lo concerniente a la condición de vulnerabilidad, la Corte Constitucional ha indicado que el juez de tutela debe valorar en cada caso las circunstancias particulares con el fin de establecer si «el titular del derecho no se encuentra gozando de todas las condiciones físicas, síquicas, intelectuales, culturales y sociales para interponer la acción por su propia cuenta».⁵⁴

⁵⁴ Sentencia T-017 de 2014.

En este caso no aparecía probado que ALEXANDER MORENO CARVAJAL se encontrara frente a una situación de fragilidad que le impidiera instaurar la demanda de tutela de manera directa o a través de apoderado judicial. Si bien se aportó un “diagnóstico, pronóstico” médico que daba cuenta de un posible cáncer de próstata, no aparece probado que sus condiciones físicas le hubieren imposibilitado incoar la acción constitucional.

De otro lado, aunque MORENO CARVAJAL fue condenado a 33 años de prisión, en el momento en que se activó el trámite constitucional proseguía en su condición de fugitivo de la justicia y sobre él pesaba una orden de captura emitida por el Juzgado del Circuito de Mompox, es decir que desconoció consciente y voluntariamente un mandato judicial que de ninguna manera configura una situación de la cual se puede predicar vulnerabilidad debido a que al sentenciado le concernía acatar las decisiones adoptadas por la judicatura.

Si bien por el enjuiciado se desconoció la subregla precisada por la Corte Constitucional sobre el derecho de postulación en el trámite de la acción constitucional -esto es, la exigencia de un poder especial debidamente otorgado-, tal desacierto no puede considerarse como abiertamente ilegal, más aún cuando el aludido procedimiento se rige por el principio de informalidad.

Nótese que el artículo 86 de la Constitución Política establece que: «toda persona tendrá acción de tutela para

reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales...» y el artículo 10° del Decreto 2591 reitera tal regla, sin que los mencionados preceptos exijan el requisito echado de menos.

En este punto, con el propósito de mostrar que la habilitación de un apoderado general para la interposición de una acción de tutela en procura de salvaguardar los derechos de su representado se presenta razonable y por ende no transgrede de manera patente la legalidad, se trae a colación la acción constitucional cursada en la Sala de Casación Civil, STC9520-2021.

Pese a que la Sala mayoritaria en la mencionada providencia resolvió la cuestión determinando que un poder general no es idóneo para entablar la acción de resguardo constitucional y que es indispensable un poder especial otorgado expresamente, es importante destacar el salvamento de voto de uno de los magistrados, quien sostuvo que la apoderada general estaba autorizada para impetrar el amparo. Sobre el particular precisó:

“Por esa razón, impedir a un sujeto provisto por un mandato general de la facultad de resguardar las garantías de un tercero la ejecución de su gestión pretextando la falta de un poder especial y/o la carencia de una calidad superflua, desconoce la particular naturaleza del mentado negocio jurídico y los principios que lo inspiran.

El mandatario, sea o no abogado, se encuentra facultado para incoar la acción de tutela en nombre del supuestamente agraviado; distinto es que para el efecto constituya “poder especial”, pero a un profesional del derecho.

(...)

9. Es más, al margen de lo plasmado, de cualquier modo, la postura de la Sala mayoritaria y de la Corte Constitucional carece de asidero jurídico, porque ni el artículo 86 de la Carta Nacional, consagratorio de la acción de tutela, ni el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de ésta, prescriben las memoradas exigencias.

Por el contrario, el referido canon superior consigna -sin restricción- que reclamos iusfundamentales como el actual pueden ser invocados por toda persona, “por sí misma o por quien actúa a su nombre”, mientras el precepto 10 del Decreto 2591 reitera esa noción, añadiendo la presunción de autenticidad de los poderes otorgados con miras a la formulación de esta clase de trámites.

De contera, la decisión de la cual discrepo está imponiendo a los usuarios de la administración de justicia el cumplimiento de requisitos no previstos en la ley; deniega así su libre acceso, y soslaya la informalidad de actuaciones de este linaje, en el marco de la acción constitucional.”

En armonía con lo anterior, se insiste, para considerar como prevaricadora una actuación es necesario que haya una violación clara y manifiesta de la ley. Esto significa que debe ser inequívocamente contraria al texto y el sentido de la norma.

En este caso, aunque la decisión de admitir la tutela con indebida representación en las circunstancias antes presentadas pueda ser cuestionable según las subreglas fijadas por la Corte Constitucional vía acción de tutela, no se trata de una providencia que se oponga de manera obvia al mandato jurídico. Por lo tanto, no se cumplen los requerimientos legales y jurisprudenciales para considerarla prevaricadora.

Ahora, el artículo 90 del Código General del Proceso, establece:

«ADMISIÓN, INADMISIÓN Y RECHAZO DE LA DEMANDA. *El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. En la misma providencia el juez deberá integrar el litisconsorcio necesario y ordenarle al demandado que aporte, durante el traslado de la demanda, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante.*

El juez rechazará la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia o cuando esté vencido el término de caducidad para instaurarla. En los dos primeros casos ordenará enviarla con sus anexos al que considere competente; en el último, ordenará devolver los anexos sin necesidad de desglose.

Mediante auto no susceptible de recursos el juez declarará inadmisibile la demanda solo en los siguientes casos:

- 1. Cuando no reúna los requisitos formales.*
- 2. Cuando no se acompañen los anexos ordenados por la ley.*
- 3. Cuando las pretensiones acumuladas no reúnan los requisitos legales.*
- 4. Cuando el demandante sea incapaz y no actúe por conducto de su representante.*
- 5. Cuando quien formule la demanda carezca de derecho de postulación para adelantar el respectivo proceso...».**

Con apoyo en los parámetros señalados en el precepto transcrito el funcionario judicial debe examinar, si ese escrito introductorio con el que se inicia el proceso se ajusta a esos requisitos, y advertido de la presencia de una de las causales taxativas para que proceda la inadmisión, puesto que se trata de un presupuesto procesal, a ello debe proceder.

En ese orden de ideas, a tono con la acusación, la demanda resultaba inadmisibile de acuerdo con la causal prevista en el numeral 5° del artículo 90 del Código General del Proceso porque según la recriminación, ya analizada, el abogado LIÑAN PUELLO carecía de derecho de postulación para solicitar el resguardo constitucional.

No obstante, concluido como fue que el desacierto de aceptar la representación del profesional del derecho no constituye una decisión notoriamente adversa al ordenamiento jurídico, en la misma línea de pensamiento estima esta Colegiatura que haberse admitido la demanda en esos términos por parte del doctor **LONDOÑO HERRERA** aunque se trata de un decisión desatinada, de ella no puede predicarse que se aparte abiertamente del precepto regulador de los casos en que ha de declararse inadmisibile la demanda de tutela.

Siendo uno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela el de legitimación por activa, considerado por el acusado que se hallaba satisfecha la formalidad del derecho de postulación de quien instauraba la demanda, al haberse presentado poder general otorgado por ALEXANDER

MORENO CARVAJAL a su progenitora EDILMA CARVAJAL ORTIZ, lo cual en su discernimiento la facultaba para otorgar poder al profesional del derecho LIÑAN PUELLO, esta Corporación estima que el aforado no infringió de manera manifiesta el orden jurídico al emitir el auto que admitió la acción constitucional tal como él lo indicó en sus alegaciones finales⁵⁵.

En conclusión, como el ingrediente normativo del tipo que se exige, circunscrito a lo manifiestamente contrario a la ley, no se materializa en la decisión de admitir la demanda pese a que el apoderado que la instauró no contaba con un poder especial para adelantar el respectivo proceso, el comportamiento reprochado no configura el elemento de la tipicidad objetiva.

De la medida provisional adoptada en el Auto del 7 de octubre de 2015

La Fiscalía en la acusación también recrimina al doctor **LONDOÑO HERRERA** porque decretó una medida provisional en abierta contradicción con el ordenamiento jurídico. Asegura que violó los artículos 1° y 7° del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia. Califica la medida de ilegal porque de la lectura de la demanda no se advierte colmado el objeto de la acción de tutela en lo atinente al derecho a la salud y vida del actor, máxime tratándose de una persona prófuga de la justicia; así mismo, considera el funcionario

⁵⁵ Récord 2:22:00 sesión de juicio del 27 de noviembre de 2023

acusador que las circunstancias fácticas expuestas en la demanda no permitían «considerar como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable» la medida cautelar. Acotando que cuando se cancelaron las órdenes de captura se cercenó la posibilidad de ejecutar la sentencia.

Sobre este último punto, la Corporación debe aclararle al funcionario acusador que la causal que señala como impeditiva para decretar la cautelar, realmente se trata de una causal de improcedencia de la acción de tutela, no de la medida provisional, conforme el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que autoriza utilizarla como mecanismo transitorio cuando existiendo otro medio de defensa judicial idóneo este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Ahora, en relación con el cargo circunscrito a la violación de los artículos 1° y 7° del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia, el primer precepto aludido, prevé:

*«**OBJETO.** Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.*

(...)»

A su vez, el artículo 7° del mismo Decreto establece:

«Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el

derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado».

Del contenido de los cánones mencionados por el fiscal delegado, se advierte, que el vinculado directamente con la adopción de la medida provisional es el 7°, disposición que regula la oportunidad y requisitos para decretarla, entonces el análisis de la procedencia de la medida cautelar se hará bajo los lineamientos de ese precepto, así como los derroteros que ha fijado la Corte Constitucional a partir de su hermenéutica sobre el mismo.

En su pretensión el accionante adujo que como consecuencia de la violación de los derechos a la libertad y debido proceso se ponía en riesgo el derecho a la salud y a la vida de su representado, quien por tener en su contra la orden de captura injusta sin que se hubiese resuelto la nulidad después de un año, no podía acudir a un centro

asistencial de alta complejidad a realizarse el tratamiento requerido por el cáncer que le fue diagnosticado. Por esa razón pidió como medida cautelar, con carácter transitorio, el levantamiento de las órdenes de captura.

La Sala observa que en el auto por medio del cual se admitió la demanda⁵⁶ se concedió la medida provisional consistente en «Ordenar al JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE MOMPOX para que de manera provisional e inmediata, cancelen las órdenes de captura proferidas por parte del Juzgado demandado dentro del proceso penal bajo la radicación 13-468-31-89-001-2005-00779 que cursa contra el señor ALEXANDER MORENO CARVAJAL mientras se resuelve de fondo el presente accionamiento, acorde con la solicitud expresa deprecada por el actor».

Como sustento de su determinación el acusado señaló el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, así como la subregla fijada por la Corte Constitucional sobre la procedencia de las medidas provisionales «(i) cuando estas resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración o; (ii) cuando, constatada la ocurrencia de una violación, sea imperioso precaver su agravación», indicándose que la cita corresponde a los autos de esa Colegiatura: A-040 de 2001, A-049 de 1995, A-041A de 1995 y A-031 de 1995.

Y bajo la consideración de que fue solicitada por el actor:

⁵⁶ Prueba No. 5 de la Fiscalía.

«para precaver posibles “daños” que se puedan ocasionar en el estado de salud del señor ALEXANDER MORENO CARVAJAL, a quien tal y como se vislumbra en la foliatura, le fue diagnosticado por parte del galeno tratante, la patología de Cáncer de Próstata.

Asimismo, en los términos del inciso segundo de esa misma prerrogativa, se requiere la medida, con miras a evitar que un eventual fallo a favor del demandante, como solicitante de la medida, devenga en ilusorio, puesto que podía consumarse el posible daño advertido por el solicitante dentro de su accionamiento».

Argumentó para adoptar la medida:

«Por tales argumentaciones, considera este Magistrado que la medida solicitada se torna procedente para precaver posibles “daños” relacionados con los hechos que originaron la tutela, y además para evitar que el eventual fallo resulte inocuo o superfluo por la consumación de un daño, dadas las precisiones realizadas por parte del togado accionante».

Entonces, lo que corresponde a la Sala es examinar si el aforado al Decretar la medida provisional se distanció ostensiblemente del ordenamiento jurídico de manera antojadiza y arbitraria como lo pregona la fiscalía.

De acuerdo con la situación fáctica y la pretensión, planteadas en la demanda de tutela, emerge claro que se cuestionaba la legalidad del proceso adelantado en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompo contra ALEXANDER MORENO CARVAJAL, como lo desveló el ente persecutor. La pretensión del apoderado apuntaba a obtener la anulación de la actuación porque la competencia para conocer de la misma, en su parecer, radicaba en la justicia penal militar. Por esa razón señaló que se configuraba una afrenta a los derechos al debido proceso, a la libertad y a la salud.

Una vez delimitada la supuesta afectación al derecho al debido proceso, el litigante introdujo el diagnóstico de cáncer del accionante, para cuya demostración aportó un certificado médico, destacando la necesidad urgente del tratamiento. A partir de esto, deprecó la medida cautelar de libertad inmediata orientada a proteger su derecho a la salud en conexidad con la vida.

Como se dijo con antelación, el juicio respecto de la ilicitud atribuida al acusado debe efectuarse ex ante, esto es, dentro de las particularidades fácticas, jurídicas y probatorias coetáneas al momento de emitir la medida provisional reprochada, por lo cual cobra importancia examinar los autos de la Corte Constitucional A-040 de 2001, A-049 de 1995, A-041A de 1995 y A-031 de 1995, que el implicado para imprimirle solidez a la providencia citó como su fundamento.

Estudiados los proveídos citados por el acusado como el precedente que siguió, se encuentra que, dos de ellos, los autos A-040 de 2001 y A-031 de 1995 tratan asuntos disímiles al que ocupa nuestra atención, mientras que los autos A-049 de 1995 y A-041A de 1995 se refieren a la medida provisional.

Lo cierto es que, en los dos proveídos señalados, la Corporación custodia de la Constitución fijó las subreglas que han de ser tenidas en cuenta por los jueces de tutela al adoptar una medida cautelar. Advierte la Sala que, dentro de

la línea jurisprudencial respectiva, el Auto A-049 de 1995 tiene un peso significativo.

En el Auto A-049 de 1995, los hechos se circunscriben a que el apoderado de la parte civil en el proceso penal que adelantaba la Fiscalía contra tres magistrados, por el presunto delito de prevaricato, instauró acción de tutela ante un Tribunal por violación al debido proceso, con el fin de que se ordenara al Fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia, remitir el expediente al Fiscal General de la Nación, por ser este el único funcionario competente para investigar y calificar la conducta de los mencionados funcionarios aforados.

Desestimado por improcedente el amparo, la decisión fue impugnada por el actor. Una sección del Consejo de Estado, confirmó el fallo y, para su eventual revisión, ordenó el envío del expediente a la Corte Constitucional que asignado a la Sala Primera, a través de la Sentencia T-348, confirmó la providencia.

El accionante solicitó a la Corte que nulitara el mencionado fallo y como medida provisional, conforme el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, se suspendiera su aplicación, ya que en él advirtió un cambio de la doctrina sentada por esa Corporación en la sentencia que había declarado parcialmente exequible el numeral 1° del artículo 17 de la Ley 81 de 1993 e inexecutable un aparte de la misma disposición, autorizando al Fiscal General comisionar a sus delegados ante la Corte Suprema para la práctica de todas

las actuaciones procesales distintas a la calificación y a las subsecuentes de formular acusación o abstenerse de hacerlo.

Mientras que, divergiendo de la anterior postura, en la Sentencia T-348 sostuvo que al declarar la preclusión por atipicidad de la conducta y ordenar el archivo del expediente, no se calificó el mérito sumarial, desconociendo que la decisión implica una ostensible valoración de los hechos, y examen de la norma penal. Y esa función es indelegable, privativa y especial del Fiscal General, razón por la cual resultaba abiertamente contraria a la doctrina constitucional.

El Tribunal Constitucional resolvió desestimar el mecanismo cautelar indicando que «para efectos de la aplicación de esta medida provisional, el juez debe evaluar las situaciones de hecho y de derecho en que se fundamenta la solicitud de tutela, para así determinar la "*necesidad y urgencia*" de decretarla, pues ésta sólo se justificaría ante hechos abiertamente lesivos o claramente amenazadores de un derecho fundamental en detrimento de una persona y cuya permanencia en el tiempo haría más gravosa la situación al afectado; de lo contrario no tendría sentido la medida cautelar por cuanto los términos para fallar las acciones de tutela son muy breves: 10 días...». Adicionalmente, determinó que la adopción de la medida cautelar no puede ser arbitraria sino razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada, lo que deberá hacer el juez del conocimiento, en forma expresa.

En el caso del Auto 041A de 1995, el Personero de la localidad, actuó en representación del menor N. N., contra el hospital de la localidad, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los padres de N.N., demandando la protección del derecho al libre desarrollo de personalidad del niño porque años atrás le fueron mutilados sus órganos genitales, tras lo cual se le practicó una operación “readecuándole” el sexo (a femenino) previa autorización de los padres. Y pese a que el menor se mostró siempre en desacuerdo, reafirmando su condición de hombre se le seguía imponiendo “el tratamiento”.

La Corte, al constatar que la orden del juez de tutela consistía en que se siguiera tratando al menor (para que asimilara su nueva condición femenina), a través de un grupo interdisciplinario, en contravía del querer del niño y lo que aconsejaba la psicóloga tratante, ordenó suspender los efectos de esta providencia y como medida provisional solicitó a la Dirección General del ICBF que iniciara los trámites para la efectiva protección del menor, dejándolo a su disposición.

Luego, tras citar el precedente, según el cual, el inciso 1° del artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, autoriza la adopción de medidas provisionales, siendo una de ellas la suspensión de la aplicación del acto concreto que amenace o vulnere el derecho, desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, ordenó la suspensión del fallo objeto de revisión al considerar que de cumplirse lo decidido los derechos del niño se ponían en grave riesgo. Del mismo

modo fundamentó la medida temporal con base en el inciso final del mismo artículo 7°.

Cotejados los casos reseñados, el Alto Tribunal aplica la misma subregla. En el primero de ellos, pese a que se cuestionaba una decisión que contravenía una regla fijada por la Corporación no encontró acreditada la necesidad ni la urgencia para adoptar la medida debido a que no se encontraba ante hechos abiertamente lesivos o claramente amenazadores de un derecho fundamental, teniendo en cuenta, además, el término legalmente previsto, de 10 días, para fallar.

Entre tanto, en el segundo caso, al sopesar los hechos y las órdenes que se habían emitido, gravemente atentatorias de los derechos fundamentales del menor que se reclamaban afectados, encontró necesaria y urgente la medida, por consiguiente, la adoptó.

Como se deduce del texto de la norma (artículo 7° del Decreto 2591 de 1991), y la subregla fijada por el órgano guardián de la Constitución, en las providencias invocadas por el acusado se faculta al funcionario que conoce de la acción constitucional, para que una vez analizados los hechos y derechos en que se cimenta la solicitud de amparo, determine la necesidad y urgencia de la adopción de la temporal medida, sopesando que los hechos resulten manifiestamente perjudiciales o de hallar que realmente ponen en peligro un derecho fundamental, de tal modo que de mantenerse agravaría el daño al afectado.

Con fundamento en lo anterior, realizado el juicio valorativo enfocado a determinar la abierta contradicción con el ordenamiento jurídico, la Corporación encuentra que la medida cautelar ordenada en el auto objeto de escrutinio es manifiestamente contraria a la ley y la jurisprudencia.

La ilegalidad de la providencia se afina en que, a partir de una presunta afectación a la garantía fundamental del debido proceso por parte del estrado accionado, consecuencia de la emisión de una sentencia por una jurisdicción carente de competencia, según la exposición de hechos y la pretensión en la demanda, el procesado decretó la medida cautelar para prevenir el daño que se pudiera producir en la salud de ALEXANDER MORENO CARVAJAL, a quien le fue diagnosticado cáncer de próstata.

Así lo explicó el aforado, señalando que se apoyaba en el inciso 4° del artículo 7° del Decreto 2591:

«Para precaver posibles daños que se puedan ocasionar en el estado de salud de ALEXANDER MORENO CARVAJAL, a quien tal y como se vislumbra en la foliatura, le fue diagnosticado por parte del galeno tratante la patología de cáncer de próstata...»

Al respecto, considera la Corporación que tal apreciación se distancia notablemente del precepto invocado por el aforado, que no ofrece asomo de duda sobre la protección al derecho o prevención de la producción de otros daños como efecto de los hechos vulneradores que en este caso nada tenían que ver con el padecimiento dictaminado al accionante.

El apartado del canon legal, prevé:

«El juez también podrá, de oficio a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso».

Pese a que en el hecho 5 de la demanda, el litigante deprecó la protección del derecho a la salud y vida, argumentando que a su procurado dos meses atrás se «le diagnosticó presuntivamente un cáncer de próstata», y se le ordenaron exámenes urgentes, requiriendo que se le otorgara inmediatamente la libertad mientras tramitaba la acción de tutela como mecanismo transitorio, no procedía la medida cautelar por cuanto la inexistencia del necesario nexo entre la medida deprecada y el derecho al debido proceso y a la libertad, presuntamente vulnerados por la autoridad contra quien se dirigía la acción constitucional, es palmaria.

En efecto, el acusado decidió dar curso a la medida transitoria dejando de lado que desde el punto de vista fáctico ninguna mención en torno a la conculcación o amenaza del derecho a la salud por parte del despacho judicial accionado se denunciaba por el peticionario. Y en relación con la certificación médica aportada para probar la condición de salud del accionante el apoderado se refirió al diagnóstico de cáncer de próstata y planteó que con ese escrito del galeno buscaba demostrar que su prohijado requería unos exámenes y cita con el especialista, lo que le demandaba estar en libertad.

Menos aún, disponer la cancelación de las órdenes de apresamiento para precaver un posible daño en la salud de MORENO CARVAJAL exhibe relación de conexidad con los hechos presuntamente atentatorios del derecho al debido proceso, sobre lo cual, es necesario indicar, ninguna razón se suministró en el auto objeto de examen acerca de la constatación de agravio o amenaza que reclamara necesaria y con premura la medida cautelar, tampoco se percibe razón alguna por la cual el exfuncionario considerara que el presunto agravio del primero desencadenaba en afrenta del segundo.

Nótese que en la argumentación para adoptarla hizo referencia a la solicitud del defensor cimentada en la enfermedad que estaba padeciendo el señor ALEXANDER MORENO CARVAJAL y que va dirigida a precaver posibles daños en su salud puesto que le fue diagnosticado un cáncer de próstata, pero no indica cuáles son los hechos manifiestamente dañinos o amenazantes de los cuales deriva ese probable perjuicio *“al estado de salud del accionante”* que es necesario evitar.

La orden emitida por el aforado en el auto deja ver que, si bien citó el inciso 4° del artículo 7° del Decreto 2591 en su providencia, no lo aplicó. Su determinación no se trató de una interpretación equivocada, nótese que no ofreció las razones por las cuales procedía la medida diametralmente

impertinente de cara a los presuntos acontecimientos vulneradores y a lo requerido, la invalidación del proceso penal.

El implicado pasó por alto que la autorización del legislador al juez constitucional para dictar la medida de conservación o seguridad orientada a preservar el derecho o impedir que se generen otros agravios deviene de los hechos adjudicados al accionado, que en este caso brillan por su ausencia.

Y no es cierto que la medida obedeció al análisis de las pruebas aportadas por el demandante como lo asegura el implicado en sus alegaciones conclusivas, porque si bien aludió a la demostración del diagnóstico de la patología de cáncer de próstata, no efectuó ningún tipo de valoración ni ofreció razones del nexo de esa enfermedad con alguna actuación u omisión del Juzgado de Mompox que ameritara la cautelar.

Se advierte la ausencia de relación causal entre el debido proceso y el derecho a la libertad, garantías fundamentales presuntamente transgredidas, los derechos objeto de protección soporte de la cautelar y la orden para su presunta protección. Que el accionante hubiese sido diagnosticado de cáncer no se convertía en modo alguno en causa eficiente para activar la protección del derecho a la salud y a la vida, y a la vez, esto conllevaría la cancelación de las órdenes de captura.

El argumento adicional, soporte de la medida, se construyó sobre el supuesto de evitar que un eventual fallo en favor del demandante se tornara ilusorio, debido a que el posible daño advertido por el solicitante podría consumarse.

En similar sentido, encuentra la Sala que no se ofrecieron reflexiones al respecto. Y si lo que se buscaba era precaver un probable perjuicio “*al estado de salud del accionante*”, de nuevo, se echa de menos el nexo de la nulitación del proceso con el derecho a la salud del accionante. Ello deja al descubierto la patente disonancia entre lo decidido y lo previsto en la norma y las pautas jurisprudenciales y, por consiguiente, el menosprecio del acusado por el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, en el caso objeto de estudio, la medida cautelar dictada por el aforado se aparta abiertamente del precedente fijado por el alto Tribunal en los aludidos autos de 1995 que evocó. Sabedor de su deber de efectuar el juicio de necesidad y urgencia que permite intervenir tempranamente con el fin de evitar que de forma irreversible se violen derechos fundamentales en perjuicio de una persona, deliberadamente lo omitió, porque entendía que de hacerlo la obligada conclusión le conminaba a negar la medida.

La providencia se dirigió, no a la pronta protección de un derecho fundamental en virtud de una transgresión o patente puesta en riesgo, como corresponde, si no

encaminada a beneficiar al accionante como lo asegura la Fiscalía. En efecto, el razonamiento del funcionario acusador, del cual hace eco esta Corporación, se cimenta en que pesando las órdenes de captura en contra de ALEXANDER MORENO CARVAL, el único que podría ser favorecido con su cancelación era él.

La Sala Especial advierte, de consuno con el ente persecutor, que la emisión de la medida cautelar, mediante argumentos caprichosos y subjetivos, alejados de los preceptos regulatorios y las pautas fijadas por la jurisprudencia citada por el mismo implicado, se orientaron a generar un beneficio al condenado ALEXANDER MORENO CARVAJAL, liberándolo de las órdenes de captura que pesaban en su contra, independientemente de que este propósito se hubiese logrado.

El Oficial Mayor de la Secretaría, CARLOS ENRIQUE AGUIRRE NARVAEZ, de forma concisa, declaró que elaboró los oficios, y los trasladó al secretario para su revisión y firma en cumplimiento de las órdenes emanadas del Despacho con motivo de la admisión de la tutela y decreto de la medida provisional. De ahí no supo más ya que los notificadores José Amaris y Freddy Anaya se encargaban del siguiente trámite.

Esas comunicaciones fueron recopiladas por el investigador FABIO LEONARDO HERRERA PÉREZ⁵⁷ en inspección efectuada el 23 de mayo de 2017 en la Secretaría

⁵⁷ Récord 1:31:15 sesión del 17 de noviembre de 2021.

del Tribunal en Cartagena y reconocidas por CARLOS ENRIQUE. Corresponden a los oficios números 5764⁵⁸, 5765⁵⁹, y 5766⁶⁰, del 19 de octubre de 2015, mediante los cuales se comunicaba al Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompox, a LUIS EDUARDO LIÑÁN PUELLO Y a ALEXANDER MORENO CARVAJAL respectivamente, sobre la admisión de la acción de tutela. El investigador acotó que ubicó la planilla donde se registró la salida de los oficios, pero no se pudo determinar si fueron recibidos.

En el mismo sentido el aludido servidor⁶¹ indicó que en la inspección efectuada el 17 de agosto de 2017 no halló documento que diera cuenta del trámite a la orden del Tribunal en relación con el proceso de MORENO CARVAJAL consistente en dejar sin efecto la orden de captura, tampoco encontró el cumplimiento del mandato de suspensión de la orden de aprehensión.

Esas comunicaciones, asegura LEONARDO LARIOS no se enviaron porque si bien se las entregó a los notificadores, ellos extraviaron el libro por lo cual perdió el control sobre esa tutela; así mismo, por sus quebrantos de salud, entre el 6 y el 25 de octubre de 2015, período en el que solo trabajó medio día.

⁵⁸ Prueba número 6, C. Pruebas de la Fiscalía 38 documentos públicos.

⁵⁹ Prueba número 8, C. Pruebas de la Fiscalía 38 documentos públicos.

⁶⁰ Prueba número 8, C. Pruebas de la Fiscalía 38 documentos públicos.

⁶¹ Récord 1:29:10 sesión del 17 de noviembre de 2021.

Incontestable es que, a partir de los medios de convicción aportados por el ente persecutor, como lo indica la defensa, no se fijó procesalmente que efectivamente se hubieran materializado las disposiciones cancelando las órdenes de aprehensión emitidas contra ALEXANDER MORENO CARVAJAL, frente a quien además dice el inculpado, en sus alegaciones finales, no se acreditó movimiento migratorio alguno, que se precisa, no fue tema de prueba, por tanto, no se ventiló en el juicio oral.

Con todo, la Sala Especial no puede soslayar que no es ingrediente normativo del tipo, como tampoco es requisito para la configuración del tipo la finalidad corrupta como parece entenderlo el enjuiciado, en una equivocada comprensión, al argumentar en su intervención final que así se estableció en la Sentencia SP1483 de 2017 radicado 46893, Acta 031 del 8 de febrero de 2017.

En la providencia citada por el aforado ninguna alusión se hace a la finalidad corrupta. No obstante, como se presentó una confusión en relación con la expresión “ánimo corrupto” en la Sentencia SP14499-2014, rad. 39538 de la Sala de Casación, esta Colegiatura, para claridad del encartado, encuentra oportuno señalar cuál es la subregla fijada por la Sala de Casación Penal en torno a ese tema.

En la Sentencia SP-905 de 2021, rad. 58148, se explicó que en la decisión SP14499-2014, rad. 39538 *“no se estableció un nuevo o distinto elemento subjetivo para efectos de verificar ejecutado el delito de prevaricato por acción en sus*

ámbitos objetivo y subjetivo, en tanto, ello implicaría una violación al principio de legalidad.”.

Precisó la Sala de Casación, que la Sentencia SP14499-2014, rad. 39538, no pretendía unificar la jurisprudencia, según el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, sino que en la actuación fungió como falladora de instancia, por eso,

«En esa decisión, se recuerda, la Corte Constitucional advirtió inviolables las decisiones de los órganos de cierre, vista su naturaleza y el efecto que estas producen sobre la labor judicial. Se dijo en la sentencia de segunda instancia proferida por esta Sala el 23 de octubre de 2014, que en lo fundamental estos presupuestos de inviolabilidad e intangibilidad gobiernan también la labor de los tribunales de menos jerarquía y jueces, solo que estos se encuentran sujetos a respetar, salvo argumentos en contrario, la jurisprudencia de los órganos de cierre; y se agregó que la responsabilidad penal por esas actuaciones, cuando superan el acto judicial, se reputa pasible de hacer valer en los casos en los que lo resuelto constituye un “acto de corrupción”.

Sin embargo, allí no se especificó o delimitó la naturaleza y elementos de lo que sólo se rotuló como “acto de corrupción”, ni tampoco, como pretende ahora extender el apelante, se señaló que ello implicaba el deseo de ayudar o favorecer un delito de tal connotación, ni mucho menos, que la definición de responsabilidad penal en el delito de prevaricato por acción, en su elemento subjetivo, implique encontrar un fin específico o que este por sí mismo represente un delito distinto al atribuido.

Esto es, la Corte no insinuó siquiera que la condena por el delito de prevaricato implicase demostrar que el acusado actuó con un fin específico, ajeno al capricho o la mera arbitrariedad, como si siempre ello correspondiera, entonces, a un concurso delictual que haga radicar, a más de la determinación de que la decisión es manifiestamente contraria a la ley, la demostración que ello vino, por ejemplo, producto de promesa remuneratoria –cohecho- o previo constreñimiento del funcionario para obtener un beneficio –conclusión-.

Tampoco se dijo que el delito reclamase de un ánimo especial o elemento subjetivo concreto, distinto del conocer y querer propios del dolo en general.

Y si bien, reconoce la Sala que el término aisladamente entronizado de “ánimo corrupto”, puede conducir a equívocos –razón por la cual

la Corte no lo ha reiterado en sus decisiones-, ello no habilita entender de manera extensiva que la Corporación, como especie de legislador embozado, ha introducido al tipo penal un elemento que este no consigna, en abierta superación del principio de legalidad.

(...». (Negritas fuera del texto).

Postura reiterada en la Sentencia del 7 de junio de 2023, radicado SP201-2023, 57042,

«... el ingrediente subjetivo del tipo penal de prevaricato por acción se configura cuando el servidor público profiere decisiones basadas en criterios subjetivos, beneficios propios o ajenos, con argumentos caprichosos, arbitrarios, manifiestamente groseros, de los que se establece que su ánimo no es acertar sino abandonar deliberadamente el propósito de administrar justicia y contrariar así las normas vigentes».

En armonía con la jurisprudencia de la Sala de Casación de esta Colegiatura, no constituye ingrediente normativo del tipo de prevaricato por acción el ánimo corrupto.

Conforme lo anterior, advierte esta Corporación que el doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** se apartó de manera ostensible del ordenamiento jurídico al decretar la medida provisional sin que se hubiese configurado el supuesto de hecho que prevé el artículo 7° del Decreto Ley 2591 de 1991 para aplicar la consecuencia jurídica. Tergiversó, sin lugar a dudas, el texto y el sentido de la norma, así como la subregla fijada por el Tribunal Constitucional con el propósito de darle un alcance del que carece.

No obedeció a los presupuestos legales y jurisprudenciales, por demás claros, que rigen ese

excepcional mecanismo sino a un muñado interés ajeno a su teleología.

A esta conclusión se arriba teniendo en cuenta la realidad procesal en la que se hallaba inmerso el acusado para el momento en que emite la decisión. La Sala establece que el doctor **LONDOÑO HERRERA** desatendió la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia. Pese a que citó dos autos que gobernaban el instituto se sustrajo de aplicar la subregla allí construida, lo que denota la arbitrariedad de su decisión, resultando por tanto manifiestamente contraria al orden jurídico.

Como argumento exculpatario, indica el aforado, que el auto que profirió ordenando la medida provisional no contradice de manera protuberante y grosera el ordenamiento jurídico, por ende, no puede ser calificado de prevaricador, ya que de las soluciones jurídicas propuestas optó por una que encuentra su explicación lógica y razonada en el órgano de cierre; sin embargo, conforme al análisis precedente, la carencia de sustento fáctico y jurídico y la inaplicación de la jurisprudencia que él mismo citó denotan el capricho y acomodamiento que asoman de modo evidente como soporte de la decisión.

La Colegiatura concluye que el conocimiento a que se arriba por vía de la prueba documental y testimonial no deja dudas, sobre que el aforado al decretar la medida provisional en favor del señor ALEXANDER MORENO CARVAJAL profirió una providencia distanciada del ordenamiento jurídico. Por

vía de proteger el derecho a la salud, ordenar la cancelación de las órdenes de captura constituye una manifiesta maniobra ilegal debido a que desconoció el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el particular.

En consecuencia, el auto del 7 de octubre de 2015, mediante el cual el doctor **LONDOÑO HERRERA**, en lo que atañe a la decisión mediante la cual decretó la medida provisional consistente en disponer que el Despacho accionado cancelara las órdenes de captura que se hubiesen librado contra ALEXANDER MORENO CARVAJAL es ostensiblemente contrario a la ley.

Por tanto, al hallarse acreditado ese ingrediente normativo del tipo se puede afirmar que se satisface la exigencia de la tipicidad objetiva.

Prevaricato en el proyecto de fallo calendarado 18 de diciembre de 2015

La Fiscalía formuló acusación en contra del aforado porque considera manifiestamente ilegal la providencia que dio a conocer el 28 de enero de 2016, aunque fechada el 18 de diciembre de 2015, que se trajo al juicio oral con el denunciante JULIO CÉSAR SÁNCHEZ⁶², en la que se documenta su posición sobre el mérito de la tutela ante los demás magistrados que conformaban la Sala de Decisión.

⁶² Prueba 39, Cuaderno prueba documental de la Fiscalía.

Consideró que infringió las reglas de reparto señaladas en el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 compilado en el canon 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 y el artículo 90 de la Ley 1564 de 2012. Estimó que en el proyecto de fallo el acusado afianzó su intención de vulnerar la administración pública al persistir en una competencia de la que carecía, evidencia las mismas falencias que el auto admisorio y el enjuiciado pretendió que se convirtiera en providencia.

Al mismo tiempo, porque se tuteló el derecho de petición del accionante con transgresión a la jurisprudencia ampliamente desarrollada respecto del principio de inmediatez como presupuesto de procedencia de la acción de tutela, señalado, entre otros pronunciamientos, en la Sentencia SU-813 de 2007.

Según la demanda de amparo el presunto quebrantamiento al debido proceso, habría tenido ocurrencia en el 2002 y la tutela se instauró 13 años después, tiempo irrazonable para iniciar una acción constitucional. Del mismo modo, se fundó en que la solicitud de nulidad se presentó ante el Juez de Mompox el 29 de mayo de 2014, habiendo transcurrido 16 meses; solo después de dicho término se instauró la acción, pero con un propósito distinto.

En lo atinente al derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida de ALEXANDER MORENO CARVAJAL, dice el instructor, databa de 5 meses atrás, cuando aún no se contaba con un diagnóstico sobre la eventualidad de una enfermedad catastrófica, hallándose, además, prófugo de la

justicia. En ese sentido no se satisfizo las reglas fijadas por la jurisprudencia para su procedencia.

Advirtió el delegado de la Fiscalía que los argumentos del acusado fueron cambiando desde el momento en que concedió la medida hasta en el que proyectó el fallo de tutela. Adicionalmente, pese a que no tuteló el derecho a la salud en el aludido proyecto, no revocó la medida precautelativa dejando en firme la cancelación de la orden de captura que pesaba contra ALEXANDER MORENO CARVAJAL.

Examinado el potencial fallo emitido por el entonces magistrado, se observa que luego de reproducir los hechos y las pretensiones expuestas en la demanda de amparo aludió al auto mediante el cual admitió la acción y a la solicitud a la autoridad accionada para que rindiera un informe sobre la demanda.

Agregó que, según certificación secretarial, no se presentó el solicitado informe porque el expediente fue enviado a la oficina de reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas de Medellín en razón a que uno de los condenados en ese asunto estaba purgando la sanción en la cárcel de ese Distrito Judicial.

Recordó que la acción de tutela, es un mecanismo subsidiario y residual que resulta improcedente cuando se dejan de interponer los recursos judiciales ordinarios para

conjurar la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales. Aunque, indicó, la Corte Constitucional ha reconocido que esa regla admite especiales excepciones, cuando la tutela es el único mecanismo de defensa frente a la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales bajo la condición de demostrar que el actor «no pudo utilizar los mecanismos ordinarios de defensa por encontrarse en una situación que se lo impedía por completo. En otras palabras, el criterio de procedibilidad que ha sido expuesto cede ante la demostración palmaria de que la omisión que se advierte no puede ser imputable al actor y, sin embargo, el daño que se originaría de no proceder el amparo constitucional sería de suma gravedad».

Adicionalmente, el exfuncionario judicial indicó que la acción de tutela no es un medio alternativo de defensa frente a los instrumentos ya existentes, a no ser que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o cuando existiendo otros medios legales de protección estos no sean eficaces para brindar el resguardo requerido. Para el efecto citó la Sentencia C-543 de 1992.

Abordó el caso identificando la pretensión expuesta en la acción de tutela circunscrita a que se declare la nulidad del proceso penal en el que resultó condenado el accionante y como consecuencia se ordene su libertad. Tras lo anterior señaló que la sentencia, mediante la cual resultó condenado el accionante, fue objeto de los recursos de apelación y el de

casación, el primero confirmó la sentencia de primera instancia y el segundo no prosperó.

Entonces consideró, se «cumplieron las prerrogativas constitucionales y legales dentro del procedimiento penal seguido en contra del Sr. MORENO CARVAJAL, sin que esto configure transgresión alguna contra los derechos fundamentales deprecados al Debido Proceso y Libertad», por consiguiente determinó: “DENEGAR por improcedente la acción de tutela por las supuestas vulneraciones a la libertad y a la salud, en conexidad con el derecho a la vida”.

De otro lado, halló que no hay evidencia de que el juzgado accionado haya resuelto la nulidad impetrada por el señor MORENO CARVAJAL; no obstante, en contravía de la pretensión del accionante reprimió la actividad de la Sala en ese sentido, en el entendido que no puede «usurpar la jurisdicción ordinaria mediante la herramienta constitucional empleada y decidir la solicitud de nulidad que se interpusiera ante aquél».

Y añadió:

«además, el hecho que se hubiese presentado una solicitud de nulidad, y que esta se encuentre sin resolver, no configura una amenaza contra la Salud y Vida del accionante, contrario a lo expresado por el censor, debido a que las ordenes (sic) de capturas (sic), como se indicó en líneas anteriores, corresponden a la expresión de la autoridad judicial legalmente establecida».

Con fundamento en el artículo 86 Superior y el 5° del Decreto 2591 de 1991 concluyó que «para que proceda la acción de tutela en un asunto determinado, se requiere que existan elementos objetivos de los cuales se pueda inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, bien sea por una acción o una omisión de las autoridades públicas, y excepcionalmente, de los particulares».

A partir de lo anterior, consideró en su proyecto de decisión, que el accionante debe acreditar siquiera sumariamente la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible del amparo. Premisa que reforzó con cita de la Sentencia T-313 de 2008.

Determinó no imponer la sanción establecida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 al Juzgado Único del Circuito de Mompo por no rendir el informe correspondiente y presumir como hechos ciertos los expuestos por el accionante, «por tanto de (sic) no se demuestra objetivamente la vulneración a las garantías fundamentales deprecadas».

Aunado a lo anterior, detectó una mora judicial injustificada porque el juzgado accionado no había resuelto la solicitud incoada por el accionante desde el 29 de mayo de 2014, razón por la cual precisó «acudir a un análisis sobre razonabilidad del plazo y establecer el carácter “injustificado” en el incumplimiento de los términos».

Aludió a la Sentencia T-366 de 2005 mediante la cual la Corte Constitucional señala que «la no resolución en forma oportuna de un asunto sometido al conocimiento de un funcionario por parte de este, genera violación al debido proceso siempre y cuando se analicen y tengan en cuenta las circunstancias especiales de cada caso a saber: i) el volumen de trabajo y el nivel de congestión de la dependencia, ii) el cumplimiento de las funciones propias de su cargo por parte del funcionario, iii) complejidad del caso sometido a su conocimiento y iv) el cumplimiento de las partes de sus deberes en el impulso procesal».

De ahí que, ante el silencio de la autoridad accionada que impide entender la injustificada tardanza, y la constancia secretarial informando que el expediente se envió en el año anterior a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, entiende que no se ha resuelto la petición elevada por el accionante *«lo que en sí podría considerarse como una denegación de justicia y violación al debido proceso, por tratarse de ser parte del proceso, el mencionado procesado...»*.

Con fundamento en las razones antes referidas, decidió:
Razón por la cual esta Judicatura, ordenará al Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompox, reasumir la competencia de dicho proceso, quien deberá solicitar el reenvió (sic) del expediente a su despacho, al juzgado de ejecución de penas

de Medellín que corresponda, a la mayor brevedad posible». Y dispuso “TUTELAR el debido proceso y acceso a la justicia del accionante...y en razón de ello, ordenar al Juzgado Único Penal del Circuito de Mompox resolver la solicitud de nulidad elevada”, señalando el término de un mes para que se ventilara la nulitación impetrada.

El inculpado presentó el aludido proyecto de fallo, a consideración de sus pares, que rechazado activó la competencia del siguiente magistrado en turno, el doctor FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ para proyectar la decisión de la Sala.

Este funcionario, cuya declaración la Corte entiende veraz, rememoró en el juicio oral⁶³ que, según las previsiones legislativas, las tutelas se admiten de manera individual por el Magistrado sustanciador y los restantes miembros de la Sala conocen de la misma cuando se presenta el proyecto de fallo.

En el caso de la tutela donde fungía como accionante ALEXANDER MORENO, a finales del mes de enero de 2016 conoció y estudió la ponencia del doctor **TAILOR** calendada el 18 de diciembre de 2015, junto con la doctora PATRICIA CORRALES.

⁶³ Récord 2:50:00 del 3 de marzo de 2022 y Récord 10:38 sesión del 22 de septiembre del 2002.

La Magistrada PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ⁶⁴, quien para la época en que ocurrieron los sucesos hacía parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, en su atestación en desarrollo del juicio oral mostró una memoria conservada en relación con el asunto, según expuso, debido al impacto que le produjo lo ocurrido por la grave afectación a la Corporación. Precisó que el proyecto de fallo se rotó el 28 de enero de 2016.

Coincidieron los dos funcionarios en lo desafortunada que resultaba la potencial providencia al pasar por alto que el Tribunal no podía conocer de la acción porque involucraba a la Corte Suprema y a esa Corporación debido a que cuando se emitió la decisión de segunda instancia, el Magistrado **LONDOÑO HERRERA** ya hacía parte de ese cuerpo colegiado y las decisiones prolijadas en el trámite constitucional afectarían una providencia en cuya adopción pudo tomar parte.

De la misma manera, porque dejaba sin resolver lo atinente a la medida provisional decretada, consistente en cancelar las órdenes de captura contra una persona que había sido legalmente condenada. Así se lo comunicaron al doctor **TAILOR**, quien no estuvo de acuerdo y porfió en su postura, resultando derrotada su ponencia.

El paso a seguir, explicó el doctor PASCUALES, cuando existe mayoría en contra de la propuesta del ponente, es que

⁶⁴ Récord 3:48:26 de la sesión de juicio del 22 de septiembre de 2022 y récord 25 de la sesión del 25 de mayo de 2023.

el magistrado que sigue en turno proyecta la decisión y el disidente salva voto. De acuerdo con la nomenclatura de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el Despacho de él era el 1, el de la doctora PATRICIA CORRALES el 2 y el 3 correspondía al doctor **TAILOR**. Por tanto, el siguiente turno le correspondía a él, así que con ponencia suya la Sala mayoritaria, a través de auto interlocutorio del 29 de enero de 2016, dispuso decretar la nulidad de lo actuado con fundamento en lo ya referido.

En armonía con ello, resultaba de forzosa aplicación la regla de reparto prevista en el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, por ende, a más de decretar la nulidad de lo actuado dispuso remitir el expediente a la Sala de Casación Civil, de acuerdo con el reglamento general de la Corte Suprema de Justicia.

Sobre la medida provisional se dispuso la anulación por considerarla abiertamente improcedente; en consecuencia, ordenó oficiar al Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompo para que en el evento que las hubiere cancelado, librara nuevamente las órdenes de aprehensión en contra de ALEXANDER MORENO CARVAJAL para el cumplimiento de la sentencia proferida en su contra.

Con fundamento en las declaraciones de los compañeros de Sala del enjuiciado se demostró que el entonces funcionario judicial presentó Salvamento de voto, porque sus compañeros de Sala, que configuraban la posición mayoritaria, no acogieron el proyecto de fallo que les

presentó el 28 de enero de 2016. El mencionado documento fue integrado al proceso.

La tercera decisión que se acusa de prevaricadora es la emitida posteriormente, en el salvamento de voto

En relación con el salvamento de voto, sin fecha, integrado al auto de la Sala mayoritaria proferido el 29 de enero de 2016, se acusó al doctor **LONDOÑO HERRERA** porque la Fiscalía considera que desde la perspectiva jurídica plantea idénticos reproches a los efectuados respecto del proyecto de fallo por haberse producido dentro del trámite de tutela que no podía conocer el Tribunal y se ha debido inadmitir, lo cual constituye una afrenta al artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, compilado en el canon 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015; en el mismo sentido por indebida representación legal de ALEXANDER MORENO CARVAJAL.

Extendió la recriminación a la posición jurídica plasmada en el proyecto de fallo porque se tuteló el derecho al debido proceso del accionante con transgresión de la jurisprudencia, ampliamente desarrollada respecto del principio de inmediatez como elemento de procedibilidad de la acción de tutela, confirmándose su intención de vulnerar la administración pública.

En el salvamento de voto, el aforado, suministró las razones que sustentan su determinación de apartarse de los planteamientos y decisiones de la Sala mayoritaria dentro de la acción de tutela 00289 de 2015 promovida por

ALEXANDER MORENO CARVAJAL contra el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE MOMPOX, siendo Magistrado Ponente el doctor FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ, que se contraen a las siguientes:

1. No comparte la tesis planteada por sus compañeros de Sala, porque de acuerdo con el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991 el juez de tutela puede emitir la decisión, aún sin practicar pruebas, tan pronto llegue al convencimiento de la situación litigiosa.

2. El juez de tutela con fundamento en el principio de oficiosidad está en el deber de proteger, conforme los hechos probados en el proceso, todos los derechos conculcados o amenazados, incluso los que no fueron invocados por el accionante, acorde con la Sentencia T-317 de 2009.

3. No vio la necesidad de vincular a las Salas Penales del Tribunal ni de la Corte porque el tema principal consistía en la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la mora judicial, debido a que desde el 29 de mayo de 2014 se presentó solicitud de nulidad ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompox, sin que se hubiese resuelto pese a que había transcurrido más de un año, razón por la cual mantuvo la competencia de forma oficiosa con el propósito de garantizar el derecho fundamental que se consideraba vulnerado en atención a los principios que rigen la acción constitucional.

4. Recordó que la Corte Constitucional en el Auto 188 de 2009, autoriza vincular otras entidades, sin que esto modifique la competencia. Lo que de todas formas no fue necesario porque la situación sobre la cual se observaba la presunta vulneración de derechos fundamentales se fijó en la mora judicial.

5. Por eso decidió convocar solamente al Juzgado del cual se predicaba la dilación para determinar si la misma era justificada o no y ante la ausencia de pronunciamiento de ese Despacho, procedió a tutelar el derecho al debido proceso, como lo señaló en la ponencia derrotada.

6. En lo relativo a los aspectos que no versan sobre el tema principal a decidir e involucran aspectos de trámite entre el Despacho y la Secretaría indicó que sobre la tardanza en la adopción del fallo que debía poner fin al trámite constitucional, se trató de una situación de fuerza mayor que escapa a la posibilidad de control del despacho *“derivada del traspapelamiento de la foliatura en la aludida dependencia, circunstancia que no es extraña en esta colegiatura”*.

7. Sobre la medida provisional, razonó que, *“se consideró prudente su concesión por cuanto se evidenciaba prueba de la posible configuración de un daño en la vida del accionante, se aportó prueba de la urgencia del procedimiento médico que se requería y por ello se procedió de conformidad.”*.

Y agregó:

«Además es menester tener presente, como también lo indicó nuestro Máximo Tribunal en la providencia mencionada, que “como su nombre lo indica, la medida es provisional mientras se emite el fallo de tutela, lo cual significa que la medida es independiente de la decisión final”. Por ende, la concesión de tal cautela no incide necesariamente en la decisión a proferir por la Sala, y como cualquier cuestión debatible en derecho admiten posiciones encontradas, por lo que resultan desobligantes las insinuaciones que se dejan al aire, en tanto las consecuencias de tal medida».

8. Y a modo de epílogo indicó, «nunca ha existido interés doloso en el trámite de los procesos de competencia del Despacho, por el contrario, en todo momento se ha obrado con el fin de proteger tales garantías de manera celeré, evitando dilaciones derivadas de aspectos formales, los derechos fundamentales que se evidenciaban vulnerados.».

El aforado sobre el salvamento de voto señala que «las afirmaciones consignadas en él no son compulsivas o están desprovistas de poder de decisión».⁶⁵ Para el efecto cita el Auto de única instancia del 13 de octubre de 1988, radicado 2270 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no obstante, como se verá enseguida, en esa decisión se indica todo lo contrario.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-335 del 16 de abril de 2008, mediante la cual declaró exequible el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, en lo concerniente a la expresión “*dictámenes o conceptos*”, citando a la Sala de Casación Penal de esta Colegiatura, indicó:

«Ahora bien, en relación con la expresión “dictámenes o conceptos”, en sentencia (sic) del 13 de octubre de 1988, reiterada en

⁶⁵ Récord 2:30:53 sesión de juicio del 27 de noviembre de 2023.

providencia del 29 de septiembre del 2015, la Corte Suprema de Justicia estimó lo siguiente:

*“Lo otro, o sea que la no presencia de los vocablos "concepto" y "providencia", en el texto del artículo 149 del C. Penal, deja por fuera del ilícito el salvamento arbitrario de voto, porque solo es un "criterio" u "opinión" no vinculante y porque propiamente no es recogido por los términos "resolución o dictamen" que finalmente fue los que consignó el legislador, prescindiendo de los otros, es apuntamiento que no consulta la realidad jurídica y gramatical. El Diccionario de la Real Academia de la lengua, define la voz **dictamen** (del latín dictamen) como **opinión** y juicio que se forma o emite sobre una cosa. Es entonces incuestionable que si quien dio la opinión o suscribió el dictamen (caso del salvamento de voto), lo hace con el carácter de funcionario, consignando apreciaciones manifiestamente contrarias a la ley, o preceptos, criterios contrarios a la verdad por él conocida, incurre en prevaricato por acción, así sus afirmaciones no sean compulsivas o estén desprovistas de poder decisorio" (auto de única instancia del 13 de octubre de 1988, radicado 2270). (negrilla agregada).*

En tal sentido, por proferir un dictamen o concepto ha de entenderse verter una opinión en el curso de un proceso administrativo o judicial en relación con un aspecto concreto, el cual debe ser apreciado por quien finalmente adopte una decisión (vgr. un dictamen rendido por un médico forense).»

Posteriormente, la Sala de Casación Penal recalcó que el Salvamento de voto es una eventual decisión y el funcionario que plantea su criterio a través de él lo hace en ejercicio de sus funciones, por lo tanto, puede configurar el delito de prevaricato por acción si reúne los elementos del tipo.

«La posición de quien finalmente salva el voto, no debe ser analizada desde el simple resultado, porque antes de éste cada integrante de la sala presenta sus argumentos y tiene poder decisorio. Por modo que en los debates y votaciones está en igualdad de condiciones para ‘convencer’ a otro de sus compañeros y lograr la mayoría.

El criterio expuesto por quien finalmente queda en minoría comporta una potencial resolución y cuando lo postula lo hace a título de Magistrado, esto es, de juez en ejercicio de sus funciones.

En estas condiciones, sus argumentos, si cumplen los elementos del tipo, pueden estructurar el prevaricato por acción».⁶⁶

En consonancia con la regla fijada por la Sala de Casación Penal, acogida por la Corte Constitucional, no hay lugar a debate, que incurre en prevaricato por acción el funcionario judicial que a través de un salvamento de voto emite un juicio sobre un asunto, consignando apreciaciones abiertamente contrarias a la ley, así sus manifestaciones estén desprovistas de poder decisorio. Por ende, el salvamento de voto emitido por el doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**, en contravía de su apreciación, es pasible de ser calificado como prevaricador.

Sobre el reproche formulado por el ente persecutor, tanto al proyecto de decisión como al salvamento de voto considera la Delegada del Ministerio Público que deben ser agrupados bajo un solo acto porque los mismos contienen similar fundamento fáctico y jurídico; es decir, no deben ser desligados como se hizo en la acusación.

La Corte considera que la representante de la sociedad tiene razón. Primero, porque el cargo se hizo en unidad de acción y segundo, porque examinados los dos conceptos se patentiza que el salvamento de voto se constituye en la explicación del proyecto de fallo. En este, el aforado suministró las razones por las cuales adoptó esa potencial

⁶⁶ CSJ, SP, 6 abr. 2005, rad. 19761.

providencia y consignó los motivos en torno a los que gravita el disenso respecto de la decisión mayoritaria. Por tanto, el análisis se hace en conjunto.

Precisado ese aspecto, la Sala se ocupa de determinar si los conceptos vertidos por el acusado en el proyecto de fallo y en el salvamento de voto son manifiestamente ilegales, conforme a la convocatoria a juicio.

El funcionario acusador reiteró la recriminación en torno a esos proveídos porque con ellos se infringen las reglas de reparto y el artículo 90 del Código General del Proceso, al persistir las falencias evidenciadas en el auto admisorio del amparo datado 7 de octubre de 2015; igualmente, porque en el proyecto de fallo del 18 de diciembre de 2015 en el que el aforado propone no tutelar el derecho a la salud en conexidad con la vida no revocó la medida cautelar ordenada, persistiendo la cancelación de la orden de captura.

Y agrega que el acusado contravino la jurisprudencia Constitucional, en especial aquella referida al principio de inmediatez como presupuesto de procedencia de la acción de tutela.

En torno al cargo consistente en decidir la acción de tutela inobservando las reglas de reparto debido a que en el libelo se cuestionaba una decisión de la Sala de Casación

Penal y aún del propio Tribunal del que él hacía parte, así como la indebida representación por parte del apoderado, esta Colegiatura reitera que las irregularidades puestas de presente desde que se asumió el conocimiento de la demanda de resguardo constitucional, desatendiendo que infringía las disposiciones reguladoras del reparto y dejando de lado los presupuestos legales y la jurisprudencia sobre la representación judicial mediante apoderado, no contradice de forma evidente los preceptos reguladores de esos institutos como ya se determinó en acápite previo.

Así que, emitir el potencial fallo una vez encontró satisfechos los requisitos de procedibilidad para emitir decisión de fondo, como son, la competencia y la legitimación por activa, no resulta ostensiblemente adverso a la ley, a tono con lo estudiado en el anterior apartado. Al respecto, se reafirman las consideraciones circunscritas a que el enjuiciado no se podía desprender de la competencia para decidir la acción de amparo y aceptar la actuación del apoderado con un poder general no es manifiestamente contrario al orden jurídico.

Se insiste, si bien de los hechos expuestos en la demanda emergía el cuestionamiento a una decisión del Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena y la Sala de Casación de esta Corporación también se denunciaba la irresolución de una petición de nulidad por parte del Juzgado del Circuito de Mompox, despacho contra el cual se entabló la demanda de amparo, lo que le impedía al enjuiciado

declararse incompetente de acuerdo con las reglas y subreglas fijadas por la Corte Constitucional en torno al tema de la competencia, como se analizó ampliamente en precedencia.

Y en relación con el poder general presentado ante el Tribunal, como ya se indicó, el señor ALEXANDER MORENO CARVAJAL había investido de facultades a su progenitora para otorgar poder a un profesional del derecho con la finalidad de que él pudiera ser representado en distintas actuaciones judiciales.

Como la acusación también estriba en el desconocimiento del principio de inmediatez, esta Colegiatura debe acudir a las directrices establecidas por la Corte Constitucional en esa materia como punto de partida para el correcto entendimiento del señalado axioma con el propósito de establecer si con su proyecto de decisión y salvamento de voto el acusado lo infringió.

Sobre el principio de inmediatez, el Tribunal Constitucional, inicialmente en la Sentencia C-543 de 1992 declaró inexecutable el artículo 11 del Decreto Ley 2591 de 1991, en el cual se establecía que la acción de tutela podía ejercerse en cualquier tiempo excepto frente a las sentencias o providencias que pusieran fin al proceso, para las cuales se determinaba dos meses después de que cobrara ejecutoria.

Posteriormente, en la Sentencia T-246 de 2015, se recordó que,

*«La Sentencia **SU-961 de 1999** dio origen al principio de la inmediatez, no sin antes reiterar, como regla general, que la posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que esta no tiene un término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez constitucional, en principio, no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo:*

“Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.

Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción (...)

Si la inactividad del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que se conceda la acción de tutela, del mismo modo, es necesario aceptar que la inactividad para interponer esta última acción durante un término prudencial, debe llevar a que no se conceda”.

(...)

*A partir de estas consideraciones, la Sala Plena infirió tres reglas centrales en el análisis de la inmediatez. **En primer término, la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. En segundo lugar, la satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada***

caso concreto⁶⁷. Finalmente, esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.

Además de lo expuesto, la Corte ha considerado en los asuntos referentes a acciones de tutela contra providencias judiciales, que el análisis de inmediatez debe ser más estricto, con el fin de no trastocar principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, pues “la firmeza de las decisiones judiciales no puede mantenerse en la incertidumbre indefinidamente⁶⁸...

Empero, la acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual⁶⁹.

En ese orden de ideas, de acuerdo con las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional y las interpretaciones garantistas efectuadas sobre este principio, no se desprende la imposición de un plazo terminante para la procedencia del amparo, sino uno razonable y prudente que debe ser verificado por el juez, de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean cada caso en concreto, máxime si el establecimiento de un plazo perentorio para interponer la acción de tutela implicaría el restablecimiento de la caducidad, con efectos contraproducentes

⁶⁷ En la Sentencia SU-189 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte señaló: “Dicho requisito de oportunidad ha sido denominado Principio de la Inmediatez, el cual, lejos de ser una exigencia desproporcionada que se le impone al interesado, reclama el deber general de actuar con el esmero y cuidado propio de la vida en sociedad. Se trata de acudir a la jurisdicción constitucional en un lapso prudencial, que refleje una necesidad imperiosa de protección de los derechos fundamentales (...) **El cumplimiento del requisito de la inmediatez le corresponde verificarlo al juez de tutela en cada caso concreto. Dicho operador jurídico debe tomar en cuenta las condiciones del accionante, así como las circunstancias que rodean los hechos para determinar lo que debería considerarse como plazo razonable.** Para ello, debe valorar las pruebas aportadas de acuerdo a los principios de la sana crítica, con el fin de determinar si hay una causal que justifique la inactividad del accionante”.

⁶⁸ Sentencia T-594 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, reiterada en las Sentencias T-410 de 2013 y T-206 de 2014, entre otras.

⁶⁹ Ver sentencias T-1229 de 2000, T-684 de 2003, T-016 de 2006 y T-1044 de 2007, T-1110 de 2005, T-158 de 2006, T-166 de 2010, T-502 de 2010, T-574 de 2010, T-576 de 2010.

sobre principios que inspiran la filosofía de la Constitución de 1991, tales como: i) el acceso a la administración de justicia; ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; iii) la autonomía e independencia judicial; iv) la primacía de los derechos de la persona y; v) la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales» (resaltados fuera del texto).

A la luz de la citada jurisprudencia, para que se cumpla la exigencia de la inmediatez, la demanda de protección constitucional debe presentarse dentro de un plazo razonable a partir del suceso que originó la vulneración o amenaza del derecho fundamental, salvo que el ejercicio tardío de la acción se muestre justificado o que la inactividad injustificada afecte el núcleo esencial de los derechos de terceros, o cuando se demuestra que la conculcación al derecho fundamental persiste, aunque el hecho que la originó es muy antiguo.

Tratándose de acciones de amparo contra providencias judiciales el análisis de inmediatez se torna más riguroso con el fin de no perturbar principios de seguridad jurídica y cosa juzgada.

En el proceso penal que se siguió contra ALEXANDER MORENO CARVAJAL, puesto en entredicho a través de la acción constitucional, la decisión de la Sala de Casación Penal dejó en firme la condena el 27 de octubre de 2008, es decir que transcurrieron 7 años de ese momento a aquél en que se entabla la demanda de resguardo.

Adicionalmente el apoderado del accionado ninguna razón suministró para justificar su inactividad procesal,

aunque señaló la persistencia de la afectación de las garantías fundamentales del debido proceso y la libertad.

De otro lado, la petición de nulidad impetrada por el defensor del señor MORENO CARVAJAL ante el Juzgado de Mompo, desde el 29 de mayo del año 2014, no había sido resuelta.

Bajo este panorama, el aforado emitió su concepto en el proyecto de fallo. En él deja en claro que la pretensión expuesta en la demanda se circunscribe a que se declare la nulidad del proceso penal en el que resultó condenado el accionante y como consecuencia se ordene su libertad; de la misma manera, en su parecer, es nítido que dentro del proceso cuya sentencia se hallaba en firme, se habían cumplido los lineamientos constitucionales y legales por lo cual no se configuraba ninguna transgresión de los derechos al debido proceso y libertad pues, de manera categórica así lo plasmó en el esbozo de fallo, razón por la cual desestimó por improcedente la acción de tutela por la presunta vulneración de los derechos a la libertad y a la salud, en conexidad con la vida.

De otro lado, argumentó que ante la ausencia de rastro de que el juzgado accionado hubiese resuelto la petición de nulidad impetrada desde el 29 de mayo del año 2014 por el apoderado del señor MORENO CARVAJAL, se abstuvo de decidir sobre la invalidación para no entrometerse en la competencia de la jurisdicción ordinaria, al tiempo que

señaló que la ausencia de resolución de la petición no configuraba amenaza contra la salud y vida del accionante porque las órdenes de captura corresponden a la expresión de la autoridad judicial legalmente establecida.

Agregó que de acuerdo con el artículo 86 superior y el canon 5° del Decreto 2591 de 1991 la procedencia de la acción de tutela estriba en la existencia de elementos objetivos de los cuales se pueda inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, proveniente de una acción o una omisión de las autoridades, y excepcionalmente, de los particulares.

Y como el accionante tenía la carga de acreditar, siquiera sumariamente, la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible del amparo y no lo hizo, a la vez que el juzgado no rindió el informe correspondiente, debía presumir como ciertos los hechos expuestos por el accionante.

Así que al observar que el Despacho demandado no había resuelto la solicitud incoada por el accionante y tampoco presentó informe sobre los hechos, encontró una mora judicial injustificada, a partir del análisis sobre razonabilidad del plazo y el carácter “injustificado” en el incumplimiento de los términos.

En el análisis que efectuó con fundamento en la Sentencia T-366 de 2005 donde la Corte Constitucional señaló que la no resolución oportuna de un asunto sometido al conocimiento de un funcionario, genera violación al debido proceso, siempre y cuando se analicen y tengan en cuenta las circunstancias especiales de cada caso, que no pudo conocer debido al silencio de la autoridad accionada que impidió entender la injustificada tardanza, y la constancia secretarial informando que el expediente se envió en el año anterior a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, entiende que no se ha resuelto la petición elevada por el accionante advirtiendo una denegación de justicia y violación al debido proceso.

De acuerdo con ello, resolvió tutelar los derechos al debido proceso y acceso a la justicia del accionante, y ordenó al Juzgado Único Penal del Circuito de Mompox resolver la solicitud de nulidad.

Sobre la propuesta exteriorizada por el exfuncionario en la eventual sentencia, de negar la pretensión de la tutela de invalidar el proceso penal seguido contra ALEXANDER MORENO CARVAJAL, en ausencia de la conculcación de los derechos a la libertad y a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, pues halló evidente que en desarrollo de la actuación penal se había garantizado el cumplimiento de los lineamientos constitucionales y legales, lo que excluía cualquier posible violación de los derechos a la libertad y

salud del accionante, la Sala no advierte que se ofrezca caprichosa o arbitraria, en el entendido que se trataba de una de las pretensiones sobre la que debía resolver para adentrarse en la siguiente.

En el mismo sentido, no se observa acomodaticia la determinación de proteger el derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia del demandante, que evidenció conculcados por el estrado de Mompox, en razón de la persistencia de la irresolución, por más de 16 meses, de la solicitud que deprecaba la invalidez del proceso en el que resultó condenado el accionante (recuérdese que la petición se presentó el 24 de mayo de 2014), sin que se ofreciera respuesta a la petición de nulidad, por consiguiente puede calificarse de actual, y por ende, conforme con el principio de inmediatez.

Esto, desde una interpretación garantista del aludido principio y a tono con la cuarta subregla de la jurisprudencia traída a colación, en correspondencia con las circunstancias fácticas y jurídicas que rodeaban el estado de cosas, referidas a la constatación de la permanencia de la vulneración en el tiempo del derecho al debido proceso y que, la situación adversa del peticionario, resultante del irrespeto por sus derechos se mantenía y era actual, debido a que, aun cuando la solicitud se había elevado ante el juzgado de conocimiento aproximadamente 16 meses atrás, para el momento en que el enjuiciado concibe el proyecto de la sentencia de tutela, no aparecía acreditado que hubiese sido resuelta.

Por ende, resultaba razonable y proporcional que el aforado se ocupara del análisis frente a la denunciada violación y resolviera ordenar que se decidiera sobre esa petición en razón a que la afectación del derecho a la resolución oportuna de la solicitud de invalidez del proceso penal permanecía en el tiempo a pesar del lapso de 16 meses transcurrido, que el ente persecutor califica de extenso; no obstante, pese a la duración de ese intervalo la afrenta al derecho al debido proceso era actual.

En esos términos, la Sala considera que la decisión de tutelar el debido proceso y acceso a la justicia del accionante no es abiertamente ilegal, veredicto que se torna independiente del reproche que se le formula por no haber resuelto de manera definitiva sobre la medida cautelar que emitió en el proveído del 7 de octubre de 2015.

Además de las recriminaciones antes estudiadas, en la acusación se reprochó al aforado que, “nada dijo con relación a la medida cautelar que él había decretado, es decir, la cancelación de la orden de captura se mantenía vigente, a pesar del carácter transitorio de la decisión adoptada”. Y añadió, “Pero lo que resulta más reprochable es que a pesar de que en el proyecto del 18 de diciembre de 2015 propone no tutelar el derecho a la salud en conexidad al de la vida, no revocó la medida cautelar que se había ordenado de manera ilícita, con lo cual dejaba cancelada la orden de captura que pesaba contra ALEXANDER MORENO”.

Revisado el potencial fallo concebido por el aforado, la Corporación encuentra que, tal como lo sostiene el acusador, el doctor **LONDOÑO HERRERA** pese a que no amparó el derecho a la salud, cuya supuesta protección generó el decreto de la medida cautelar considerada como abiertamente ilegal, no se pronunció en lo concerniente al levantamiento de la disposición temporal.

Entretanto, en el salvamento de voto sobre la medida cautelar explicó que consideró prudente su concesión porque evidenciaba la posible configuración de un daño en la vida del accionante con fundamento en la prueba aportada, de la que estableció la urgencia del procedimiento médico que se requería y por ello se procedió de conformidad.

Igualmente indicó que la medida se dictaba mientras se emitía el fallo de tutela sin ofrecer ninguna otra reflexión o hacer referencia a su revocatoria.

Sin embargo, esta Colegiatura considera que tal desacierto no constituye en abiertamente ilegal el concepto fijado en el proyecto de fallo puesto que la determinación mediante la cual el aforado se abstiene de tutelar el derecho a la salud, del cual para evitar su vulneración adoptó la ilegal medida provisional, imposibilitaba que la misma siguiera produciendo efectos jurídicos independientemente de que se aludiera a ella.

Cabe agregar que la resolución sobre la orden preventiva se trata de una cuestión accesoria que debía

complementar el proveído con vocación de fallo, que ponía fin a la acción de tutela más no era de su esencia. Ello, en sintonía con el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 que contempla los requisitos del fallo, que se advierten satisfechos en el proyecto de sentencia.

De ahí que la falta de revocatoria de la medida temporal no se constituye en óbice para la materialización de las órdenes de captura libradas contra MORENO CARVAJAL como lo pregona la acusación, porque la decisión y órdenes contenidas en la parte resolutive de las sentencias de tutela deben ser cumplidas y de contera, se reitera, no torna la potencial providencia en manifiestamente contraria a la ley.

En la misma línea el delegado de la Fiscalía General de la Nación reprueba lo que en su parecer es la obstinación del acusado al mantener, en oposición a la postura mayoritaria de la Sala de Decisión de la que hacía parte, en el salvamento de voto, la determinación de tutelar el derecho al debido proceso frente al Juzgado de Mompox, en síntesis, por las mismas razones que censura el proyecto de sentencia.

El exfuncionario explicó en el documento donde plasmó su disenso que vio innecesario vincular a las Salas Penales del Tribunal y de la Corte Suprema de Justicia porque el tema principal de la demanda de tutela se reducía a que desde el 29 de mayo de 2014 se había presentado una solicitud ante el Juzgado accionado que no se había resuelto por lo cual mantuvo la competencia de “forma oficiosa”.

El argumento referido a la conservación de la competencia en forma oficiosa para garantizar los derechos fundamentales conculcados con ocasión de la mora judicial, carece de soporte jurídico. Se recuerda que la competencia es la medida como la jurisdicción se distribuye entre las distintas autoridades judiciales, luego no es susceptible de mantenerse oficiosamente porque se cuenta con ella o se carece de ella.

Sin embargo, como se analizó con antelación, la decisión del Magistrado de abordar la elaboración del proyecto del correspondiente fallo bajo el convencimiento de la concurrencia de los requisitos de procedibilidad para emitir pronunciamiento de fondo, como son, la competencia, la legitimación en la causa por activa, al considerar que el señor ALEXANDER MORENO CARVAJAL estaba debidamente representado por su apoderado, y legitimación en la causa por pasiva, puesto que la acción se dirigió contra el Juzgado del Circuito de Mompox, no se muestra abiertamente contraria al orden jurídico.

Ello es así, porque se repite, aun cuando de los hechos expuestos en la demanda se extraía que se ponía en entredicho sendas providencias emanadas del propio Tribunal del cual hacía parte el enjuiciado y de la Sala de Casación Penal, también se daba a conocer en la situación fáctica de la demanda de tutela la falta de respuesta a la petición elevada ante el Juzgado del Circuito de Mompox cuya pretensión se circunscribía a la declaratoria de nulidad del proceso penal porque debió adelantarse ante la

jurisdicción castrense y no la ordinaria, donde efectivamente se había tramitado.

Adicionalmente, la eventual decisión de resguardo comprendió lo atinente a la mora en la decisión de la petición de nulidad y la opción de amparar los derechos del debido proceso y acceso a la administración de justicia que vinculaba únicamente al Juzgado Promiscuo del Circuito, sin dejar de lado que la acción constitucional se dirigió contra esta autoridad.

En ese marco se concluye que valorado el elemento normativo de la conducta de prevaricato por acción no permite concluir que el exmagistrado, aunque se pronunció de fondo, decidiendo que no procedía la tutela frente a la pretensión de decretar la nulidad del proceso penal que se siguió en contra de ALEXANDER MORENO CARVAJAL que involucraba la decisión de la Sala Penal de esta Corporación, haya contrariado de manera evidente los preceptos reguladores del reparto y el derecho de postulación.

Tampoco se puede predicar que el doctor **LONDOÑO HERRERA** decidió abiertamente contra la ley al tutelar los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, pues evidenció la irresolución de la solicitud de invalidez del proceso penal por más de un año; y finalmente, la orden de resolver la petición de nulidad se dirigió contra el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompox, cuyo superior funcional es precisamente el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

En armonía con lo anterior se determina que el proyecto de fallo y el salvamento de voto no se muestran ostensiblemente adversos al orden jurídico, por consiguiente, no se puede concretar el juicio de responsabilidad penal en contra del acusado frente a esos dos actos al no configurarse el elemento de la tipicidad objetiva en relación con ellos.

En conclusión, **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** contrarió ostensiblemente la ley al emitir la medida provisional de cancelar las órdenes de captura que pesaban en contra de ALEXANDER MORENO CARVAJAL de acuerdo con lo concluido en el acápite correspondiente.

De otro lado, respecto de las decisiones de admitir la demanda de tutela sin la observancia de las reglas de reparto y sin la debida representación del accionante, así como aquella por medio de la cual se negó la tutela de los derechos a la libertad y a la salud y se tuteló el derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia por la falta de respuesta del Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompoxa a la petición de nulidad incoada el 24 de mayo de 2014, la Sala no halla la contrariedad manifiesta con el orden jurídico.

Es de recordar que la Fiscalía calificó el delito de prevaricato por acción en unidad de acción⁷⁰, bajo el supuesto de que las tres decisiones que apreció prevaricadoras tienen como rasgo común que buscan impedir el cumplimiento de la orden de captura. No obstante,

⁷⁰ CSJ SP049-2021, rad. 54646, CSJ SP099-2023, 22 de marzo de 2023, rad. 57046, CSJ SP641-2021, 3 de mar. De 2021, rad. 49197, entre otras.

como ya se expuso, solamente se halla acreditado el ingrediente objetivo del tipo, de manifiestamente contraria a la ley, en la proferida el 7 de octubre de 2015, circunscrita a la determinación que decreta la medida temporal de disponer cancelar las órdenes de captura que pesaban en contra de ALEXANDER MORENO CARVAJAL.

Tipicidad subjetiva

El delito de prevaricato por acción es de modalidad dolosa. De acuerdo con el artículo 22 del Código Penal, *“La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”*.

Esto implica que se debe probar que el agente obra con conocimiento y voluntad de desconocer la normatividad penal aplicable al caso.⁷¹

Sobre la acreditación de este elemento subjetivo de la conducta, la jurisprudencia ha identificado la

«dificultad de obtener pruebas directas», que permitan afirmar su materialización, por lo que, con tal propósito, ha de acudirse a factores como la trayectoria y experiencia profesional del acusado, «la manera minuciosa y disfrazada como se llevó a cabo el comportamiento dirigido a infringir la ley penal, o las explicaciones ofrecidas con base en hechos que procesalmente resultaron inexistentes, ocultados o tergiversados»⁷².

En esta línea, se ha dicho que es igualmente importante verificar si el servidor público obró de forma caprichosa o arbitraria, «como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo»⁷³,

⁷¹ CSJ SP688-2021, rad. 51652 y CSJ SP 1310-2021, rad. 55780

⁷² CSJ SP2767-2019, rad. 54023 y SP2171-2020, rad. 50294, entre otras.

⁷³ CSJ SP 13 ago. 2003, rad. 19303; y, CSJ SP2438-2019, rad. 53651.

o dentro del contexto de cualquier otra situación de la que pueda razonablemente inferirse el propósito de contrariar la normatividad legal.»⁷⁴

La Fiscalía aseguró en la acusación que el implicado **desconoció conscientemente** el contenido de la demanda de tutela desde el cual se podía advertir que los derechos a la salud y libertad no fueron vulnerados o amenazados por ninguna autoridad pública, más aún cuando el accionante era prófugo de la justicia.

Del mismo modo que, al decretar la medida provisional, **desconoció de manera intencional** el ordenamiento penal que consagra variados instrumentos a los que pudo acudir el accionante para acceder al tratamiento médico requerido y a la vez cumplir la sanción legítimamente impuesta.

Aseveró que el proyecto de fallo informa el elemento **subjetivo** del tipo pues en absoluta contrariedad con aquello dictado en el Auto del 7 de octubre de 2015 para conceder la medida provisional, sostuvo que una solicitud de nulidad sin resolver no configura amenaza contra la salud y la vida del actor porque las órdenes de captura corresponden a la expresión de la autoridad legalmente establecida.

De acuerdo con lo anterior, la Sala debe determinar si el enjuiciado obró con conocimiento y voluntad de desatender la normatividad aplicable al trámite que regula la acción constitucional.

⁷⁴ CSJ SP25-2023 8 de febrero de 2023, Rad.56218.

Como se ve, el asunto puesto a consideración del aforado no revestía complejidad, se trata de una acción de tutela una de cuyas características es la sencillez⁷⁵. Nótese que respecto del auto que admite la demanda y decreta la medida cautelar es el propio acusado quien en sus alegaciones dice que ese auto es de aquellos denominados “de cajón”.

Con apoyo en la estipulación probatoria número uno pactada por las partes se establece que el doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** al menos durante 12 años desempeñó el cargo de Magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Cartagena, de lo que se deriva que contaba con una considerable experiencia en el Despacho a su cargo, para el momento en que adopta la decisión.

Ello permite descartar que haya actuado mediado por la inexperiencia o la ignorancia; ese amplio lapso le permitía conocer y aplicar de manera adecuada el artículo 7° del Decreto Ley 2591 de 1991 por medio del cual se reglamentan las medidas cautelares de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, y partir de ellos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional los requerimientos en que se fundan las medidas cautelares.

De otro lado, las explicaciones ofrecidas por el aforado, en el proyecto de fallo, tal como lo destaca el acusador, son indicativas de que cuando adoptó la medida cautelar **sabía**

⁷⁵ C.C. Sentencia C-483 de 15 de mayo de 2008.

que desconocía la realidad fáctica que le enseñaba la demanda, ajena a la conculcación de las garantías fundamentales del debido proceso y la libertad a partir del proceso penal del que se deprecaba la invalidez y aun así **dirigió su voluntad** a decretarla.

De la misma manera **conocía** que la solicitud de nulidad sin resolver no configuraba una amenaza a los derechos de la salud y vida del accionante, porque las órdenes de captura derivaban de una sentencia en firme con la finalidad de que el condenado cumpliera la sanción impuesta.

Esos fundamentos los expresó en el proyecto de fallo donde indicó que en el proceso penal adelantado contra el accionante se «cumplieron las prerrogativas constitucionales y legales dentro del procedimiento penal seguido en contra del Sr. MORENO CARVAJAL, sin que esto configure transgresión alguna contra los derechos fundamentales deprecados, al debido proceso y libertad».

Así mismo, en el eventual fallo indicó:

«Además, el hecho que se hubiese presentado una solicitud de nulidad, y que esta se encuentre sin resolver, no configura una amenaza contra la Salud y Vida del accionante, contrario a lo expresado por el censor, debido a que las ordenes (sic) de capturas (sic), como se indicó en líneas anteriores, corresponden a la expresión de la autoridad judicial legalmente establecida».

Y con apoyo en los artículos 86 de la Carta Política y el 5° del Decreto 2591 de 1991 argumentó:

«... para que proceda la acción de tutela en un asunto determinado, se requiere que existan elementos objetivos de los cuales se pueda inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, bien sea por una acción o una omisión de las autoridades públicas, y excepcionalmente, de los particulares.»

Desde esa reflexión, consideró, en su proyecto de decisión, que el accionante debe acreditar siquiera sumariamente la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible del amparo de acuerdo con la Sentencia T-313 de 2008.

Esos razonamientos permiten a la Sala vislumbrar que el acusado actuó con conocimiento de la ostensible ilegalidad de su decisión de decretar la medida cautelar y que con tal determinación vulneraba el bien jurídico de la administración pública y dirigió su voluntad a hacerlo. Nótese cómo patentiza la inexistencia de elementos objetivos de los cuales se pueda inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales por una acción o una omisión de las autoridades o particulares, conclusión a la que arribó con los mismos elementos de juicio obrantes al momento de entablarse la acción de amparo.

Ello, porque no se decretaron pruebas que acarrearán la recopilación de nueva información, que en ocasiones al momento de dictar el fallo permite arribar a una decisión en un sentido diferente al inicialmente verificado.

De acuerdo con lo expuesto en el proyecto de sentencia es claro que a partir de los hechos y la pretensión se advertía

la improcedencia de la protección al derecho a la salud en conexidad con la vida que de contera reprimía la concesión de la medida cautelar que aun así adoptó, lo que explicaría porque el enjuiciado en el ilegal auto no pudo ofrecer razones sobre su urgencia y necesidad.

Ahora, le asiste la razón al acusado acerca de la inexistencia de certidumbre en el momento en que se decreta la medida cautelar sobre la decisión a adoptarse en el fallo que resuelve la acción constitucional y sobre los requisitos de procedencia de la misma. Empero como la medida cautelar se decreta bajo los presupuestos ampliamente explicados, la misma no depende de la solución que posteriormente se ofrezca en el fallo sino de la realidad fáctica y probatoria expuesta en la demanda, que se insiste, debido a la inactividad probatoria se trataba de la misma cuando se accedió a la medida cautelar y en el momento en que se produjo el proyecto de decisión de fondo.

Las explicaciones que ofreció el aforado en el salvamento de voto, dejan ver que sabía que la pretensión de la acción de tutela se enmarcaba en obtener la nulidad de un proceso penal y aun así dirigió su voluntad a ordenar la cancelación de las órdenes de captura so pretexto de prevenir daños en la salud del accionante y aunque señala en relación con su actuación que *“nunca ha existido interés doloso”*, esa aseveración se torna contraevidente de cara a lo probado por el ente acusador.

Lo estimado en el salvamento de voto patentiza su conocimiento sobre el ostensible distanciamiento del ordenamiento jurídico y voluntad de conceder la medida de manera antojadiza «por cuanto se evidencia prueba de la posible configuración de un daño a la vida del accionante, se aportó prueba de la urgencia del procedimiento médico que se requería y por ello se procedió de conformidad», reflexión que va en contravía de lo discurrido en el proyecto de sentencia.

Sumado a lo anterior, la Fiscalía indica que la autorización por parte del implicado de entregar la demanda al apoderado del accionante sería indicativa de su conocimiento sobre la manifiesta ilegalidad de las decisiones proferidas por lo cual evitó su envío a la Corte. La radiografía del trámite del retiro de la demanda que efectuó el profesional del derecho el 1° de febrero de 2016, es decir, un día hábil después de que se decretara la nulidad de lo actuado y se ordenara el envío a esta Corporación fue descrita por los servidores de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, CARLOS ENRIQUE AGUIRRE NARVAEZ y LEONARDO LARIOS.

El primero de ellos dijo que recibió la solicitud y proyectó el oficio para su devolución por instrucción del secretario, previa orden del doctor **LONDOÑO**, lo cual se constata porque aparece una firma de recibido de LIÑÁN.

Entre tanto, el segundo mencionado, informó que el día que se disponía a librar las comunicaciones, a las dos de la

tarde recibió llamada telefónica del doctor **TAILOR** quien le comunicó que el apoderado del accionante iba a acudir a la Secretaría a retirar la tutela en virtud de la nulidad decretada, lo autorizó a entregarla expresando que no había problema pues había quedado en nada, de lo cual se dejó constancia en el oficio⁷⁶ y en el correspondiente libro. Unos diez o quince minutos después de que recibiera la llamada del Magistrado **LONDOÑO HERRERA** el abogado LIÑÁN PUELLO acudió a la Secretaría con el escrito de solicitud. Luego de que se hizo la devolución, nuevamente el Magistrado **TAILOR** lo llamó para confirmar la entrega.

Bastante particular resulta que apenas autorizó el retiro del proceso de la tutela el exmagistrado, hizo presencia en las dependencias de la Secretaría del Tribunal el apoderado con el propósito indicado y, más aún, que el aforado estuviera expectante del resultado de esa instrucción, al punto que se comunicó telefónicamente con el señor LARIOS para corroborar el retiro.

El Magistrado PASCUALES en su declaración calificó de irregular ese procedimiento porque el auto se había notificado debido a la vinculación en el trámite a los interesados, por ende, ya no era procedente retirar la demanda.

Más precisa fue la Magistrada PATRICIA CORRALES, quien informó que el Código General del Proceso faculta el

⁷⁶ Prueba 13 de la Fiscalía.

retiro de la demanda de tutela, pero no todo el expediente. Y en relación con la autorización del retiro dijo que provino del doctor **TAILOR** y el mismo impidió que se materializara la orden de enviarla a la Corte Suprema de Justicia y el trámite se quedó sin soporte físico, como si no hubiese existido.

Esa actividad del doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** deja en evidencia su interés de impedir que la actuación donde emitió la decisión ostensiblemente ilegal llegara a esta Corporación, de lo que se infiere que sabía que se apartaba del marco normativo.

El doctor **LONDOÑO HERRERA**, manifiesta que el fiscal «no reparó en los problemas dogmáticos en la estructuración de los tipos penales»⁷⁷; sin embargo, no plantea cuáles son y frente a cuáles de los delitos que le fueron enrostrados se presentan.

Expresó que de acuerdo con la lógica aristotélica una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, así que si la Comisión de Disciplina Judicial desde la órbita disciplinaria consideró que no existía mérito para investigar y sancionar con mayor razón no es posible endilgársele algún tipo de responsabilidad penal por la conducta que se considera prevaricadora, menos se le puede sancionar.

En análogo sentido se pronunció el juez disciplinario al determinar que decretó la medida provisional en

⁷⁷ Récord 2:22:32 sesión de juicio del 27 de noviembre de 2023.

cumplimiento de la norma que habilita al juez constitucional para adoptar este tipo de determinaciones. Siendo un punto de derecho susceptible de interpretación razonada, la Fiscalía no demostró que el auto constituye un acto grosero y arbitrario. Agrega que se viola el principio de non bis in ídem y la cosa juzgada prefabricando una responsabilidad que no existe.

Aunque las piezas procesales de la especialidad disciplinaria, a las que alude el procesado en sus alegaciones, no ingresaron al expediente como prueba, en respuesta al alegato se trae a colación la subregla fijada por la Sala de Casación Penal de esta Corporación en torno a ese tópico:

«El trámite disciplinario no guarda relación, ni procesal, ni material, con el objeto, procedimiento y consecuencias del proceso penal. “Por ello ningún efecto comporta, de cara a demostrar los singulares elementos fácticos y jurídicos que componen el delito de prevaricato por acción, acreditar que en la acción disciplinaria la persona fue absuelta por los mismos hechos...la razón es obvia. Entre el derecho penal y el disciplinario existen diferencias significativas derivadas principalmente de los intereses que busca proteger cada disciplina.»

Cuando por unos mismos hechos, se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, no es válido afirmar que existe identidad de objeto o de causa. La finalidad de cada una de esas actuaciones, así como los bienes jurídicos que se protegen son diferentes. En cada una de ellas, la conducta del implicado se analiza de acuerdo con normas de contenido y alcance propios. Mientras que en el proceso disciplinario se juzga el comportamiento de los funcionarios y empleados judiciales frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública, en el proceso penal las normas buscan preservar bienes

*más amplios, derivados de intereses individuales, sociales, estatales, ambientales, entre otros».*⁷⁸

Respecto de la afirmación del acusado y su defensor en sus alegaciones finales, referida a que a los jueces en virtud del principio de autonomía judicial les corresponde determinar el contenido e interpretación de la ley, ello, anota la Corte, encuentra su límite en la prohibición de toda arbitrariedad, puesto que deben ceñirse a los mandatos de la Constitución y la Ley, conforme lo tiene establecido la Sala de Casación Penal, «no puede desconocerse que si bien las decisiones de los funcionarios judiciales deben ser independientes y autónomas, eso no conlleva a desconocer que como lo manda el artículo 230 de la Carta, no se sujeten a los dictados de la **Constitución** y a la ley».⁷⁹

Aunado a lo cual, los funcionarios judiciales deben acatar el precedente judicial debido a que la jurisprudencia es una fuente formal y material de derecho.

La obligatoriedad del precedente judicial se predica de las reglas que fije la Corte Constitucional en relación con los fallos de constitucionalidad y las establecidas por los órganos de cierre de cada jurisdicción, con la precisión, que frente a éstas últimas debe haber tres decisiones en el mismo sentido.

Así lo estableció ese Alto Tribunal en la Sentencia C-836 de 2001, a través de la cual declaró ajustado a la Constitución Política de 1991 el artículo 4° de la Ley 169 de

⁷⁸ CSJ. AP 1023-2020, 27 de may. de 2020, Rad. 56642.

⁷⁹ CSJ. SP, sentencia del 25 de mayo de 2005, Rad. 22855.

1896, señalando en el numeral 18 de la providencia que es deber de los jueces y tribunales de instancia someterse a las decisiones previas del máximo órgano de su respectiva jurisdicción; y en el numeral 21 el imperativo de los máximos tribunales de someterse a sus propias decisiones.

Así mismo determinó que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión.

Posteriormente, en la Sentencia C-816 de 2011, cuando la Corporación estudió la constitucionalidad del artículo 102 (parcial) de la Ley 1437 de 2011, reemprendió el estudio del precedente judicial y concluyó:

*«(...) En síntesis: (i) la jurisprudencia, por definición constitucional, es “criterio auxiliar” de interpretación de la actividad judicial -CP, artículo 230.2-, y de este modo los jueces en sus providencias “sólo están sometidos al imperio de la ley” -CP, artículo 230.1-; (ii) sin embargo, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- **y la Corte Constitucional -en todos los casos, como guardián de la Constitución-**, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica -CP, artículos 13 y 83-; (iii) excepcionalmente, el juez puede apartarse del precedente judicial vinculante de los órganos jurisdiccionales de cierre, mediante una argumentación explícita y razonada de su apartamiento, en reconocimiento a la autonomía e independencia inherentes a la administración de justicia y al ejercicio de la función judicial -CP, artículo 228-...».*

Tratándose del precedente constitucional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que tanto los fallos proferidos en control abstracto como en concreto están amparados por la fuerza vinculante, «debido a que determinan el contenido y alcance de la normatividad superior, al punto que su desconocimiento significaría una violación de la constitución».⁸⁰

Y en relación con la obligatoriedad de los fallos de tutela, obedece al principio de igualdad, y

«... la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitución.»

El desconocimiento del precedente constitucional puede originarse en razón de la inaplicación de las decisiones emitidas por esta Corporación en el marco del control abstracto de constitucionalidad o concreto de revisión de tutelas. Dichos fallos hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (erga omnes tratándose de los fallos de control de constitucionalidad e inter partes para los fallos de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi son obligatorias para todas las autoridades públicas “en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política y, en consecuencia, de los contenidos normativos identificados por la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del Texto Superior».

Conforme lo anterior, el acusado debía acatar las subreglas fijadas por la Corte Constitucional en los autos que citó en el cuestionado proveído. Precisamente en ellos, en el

⁸⁰ C.C., Sentencia SU113/18 del 8 de noviembre de 2018.

marco del control concreto de revisión de tutelas ese cuerpo colegiado formula principios generales y reglas que los jueces han de tener como referente al momento de decidir si adoptan o no un mecanismo de salvaguarda temporal y lo hace a través de este tipo de decisiones porque se trata de mecanismos que se adoptan una vez se admite la tutela.

El doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**, citó en la providencia que decretó la medida cautelar los autos de la Corte Constitucional que establecen las pautas que enmarcan las medidas preventivas, de lo que se infiere que pese a tener el conocimiento de lo abiertamente ilegal de su determinación, al dejar de aplicarlas, encaminó su voluntad a desatenderlas.

Si se hubiera atendido a las reglas fijadas por la Corte Constitucional en los proveídos citados, la decisión no hubiese sido distinta a abstenerse de adoptar la temporal medida que se le solicitaba, frente a cuya emisión, a la postre no ofreció mayores reflexiones en el proyecto de fallo ni en el salvamento de voto.

Como soporte de su determinación, en el Salvamento de voto, ex post trae a colación el Auto A-207 de 2002 de la Corte Constitucional donde se establece que «El juez de tutela podrá adoptar la medida provisional que considere pertinente para proteger el derecho, cuando expresamente lo considere necesario y urgente. Esta es una decisión discrecional que debe ser “razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada».

Y consignó también que «consideró en su momento la procedencia de esta con el fin de evitar una eventual afectación superior de los derechos fundamentales invocados en el libelo de la demanda».

El acusado en el salvamento de voto procura mostrar que la medida temporal fue jurídicamente razonable debido a que buscó evitar el posible daño de los derechos fundamentales invocados. No obstante, su afán de esclarecer la orden no logra su cometido, por el contrario, pone en evidencia su conocimiento de la ostensible contrariedad con la ley que se revela en la ausencia de argumentación de por qué se presenta «razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada», además disímil del concepto vertido en el proyecto de fallo y su voluntad de adoptar la decisión en ese sentido.

En conclusión, el doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** de manera libre y consciente se apartó del deber funcional que le había sido impuesto, debido a que la medida provisional que emitió en el auto del 7 de octubre de 2015, es abiertamente contraria al ordenamiento jurídico.

La valoración individual y en conjunto de los medios de convicción presentados en el juicio oral permite afirmar, más allá de toda duda, que el exmagistrado **TALOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** conocía la manifiesta contrariedad entre las decisiones que adoptó y la ley, además de lo cual, quiso su materialización, es decir, actuó dolosamente.

Encuentra la Sala acreditada desde la categoría dogmática de la tipicidad la autoría del delito de prevaricato por acción por cuenta del contenido de la decisión previamente referenciada.

De la antijuridicidad

El artículo 11 del Código Penal, establece que, *“Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal”*.

De acuerdo con el precepto transcrito, nuestro régimen acoge una concepción dual de la antijuridicidad (formal-material), lo que significa que para que la conducta típica sea antijurídica se requiere que sea contraria a derecho y, además, lesione o ponga en peligro efectivo un bien jurídico protegido por la norma penal.

Resulta claro que la administración pública como bien jurídico protegido, aglutina una serie de valores y principios tales como la rectitud, imparcialidad, integridad, legalidad y objetividad que, desde luego, se constituyen en el deber ser de todo servidor público, lo que tiene que ocurrir siempre y en todo momento como un ideal que irradie la gestión

pública, que permitan evidenciar su transparencia y probidad, esta última referida a su irreprochabilidad⁸¹.

El elemento de antijuridicidad se objetiva en toda su dimensión porque la conducta desplegada por el exfuncionario **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**, no solo fue contraria a derecho en la medida que actuó como autor del delito de prevaricato por acción, descrito y sancionado en el artículo 413 del Código Penal, acorde con las razones esbozadas en la parte motiva, sino que, sin justificación jurídicamente atendible, lesionó el bien jurídico de la administración pública salvaguardado por el legislador.

Ahora, es imperioso indicar que el punible de prevaricato por acción es de conducta instantánea, en razón a que al materializarse el acto manifiestamente contrario a la ley se perfecciona y agota el tipo sin consideración de sus efectos, además sin que se requiera la ejecutoria de la providencia⁸².

Bajo esa concepción no es de recibo el argumento expuesto por el acusado en sus alegaciones finales referido a la falta de antijuridicidad de la conducta porque la directriz de cancelación de las órdenes de captura no se materializó por el juzgado accionado debido a que no recibió los oficios mediante los cuales se comunicó.

⁸¹ CSJ Sala Especial de Primera Instancia, 18 de diciembre de 2019, rad. 48965

⁸² CSJ. SCP. 15 de noviembre de 2001, rad. 14040.

La Corporación, en acuerdo con la delegada del Ministerio Público, considera que no es necesaria la materialización de la orden para dar por consumado el delito pues siendo de resultado, en el plano jurídico, basta para su configuración y conlleva la afectación del bien jurídico de la administración pública la sola disposición de la cancelación de las órdenes de captura.

En lo concerniente al análisis de la antijuridicidad material, resulta necesario recordar que el exmagistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, decidió de manera caprichosa y arbitraria apartarse del ordenamiento jurídico y emitir una decisión que contraviene no solo las disposiciones legales sino también la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre las medidas provisionales en la acción de tutela.

Como se señaló al inicio de este acápite, la concepción dual de la antijuridicidad impone la constatación de la afectación no solo formal sino también material del bien jurídico, es decir que no basta la sola contradicción entre la conducta y la norma incriminadora, pues si nos limitamos a ello nos quedamos en el solo desvalor de la conducta, que por esa razón se torna típica, dejando de lado el desvalor del resultado, que se traduce en la lesividad.

Observada la decisión proferida al margen del orden jurídico por el enjuiciado, permite afirmar que el doctor **LONDOÑO HERRERA**, actuó a sabiendas de que con su comportamiento estaba realizando la conducta punible por

las que fue acusado, conocedor de que ponía por encima de los intereses de la colectividad sus propios intereses y los de quien resultó beneficiado con la providencia adoptada, cometiendo el delito de prevaricato por acción, lo que trajo consigo una clara afectación del bien jurídico de la administración pública.

De la culpabilidad

El fundamento constitucional de la culpabilidad se encuentra en el artículo 29 de la Constitución Política y en el principio de presunción de inocencia, conforme al cual “*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*”.

Este principio constituye el juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica, y debe interpretarse a la luz del aludido precepto «que establece un tránsito hacia el derecho penal de acto y no de autor. En ese entendido, la valoración de la culpabilidad recae sobre actos del ser humano y no sobre aspectos de su fuero interno, el juicio de reproche debe ser adscrito a la conducta del actor y constituye el fundamento de la proporcionalidad de la pena a imponer»⁸³.

⁸³ C.C. Sentencia C-181 de 2016.

En relación con la culpabilidad, ha de señalarse, en primer lugar, que al momento de ejecutar la conducta punible el doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** tenía no solamente la capacidad para conocer la ilicitud, sino igualmente para determinarse de acuerdo con esa comprensión, porque no padecía inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o algún estado similar, conforme las previsiones del artículo 33 del Código Penal.

Del mismo modo, se puede afirmar, sin lugar a duda, que el doctor **LONDOÑO HERRERA** era consciente de la prohibición, lo que se deriva de sus especiales circunstancias personales y profesionales, al ser un Magistrado de la especialidad penal, con una trayectoria de al menos 12 años en ese cargo, le suministraban el conocimiento suficiente sobre el trámite que se debe imprimir a la solicitud de una medida provisional cuando el supuesto daño que se pide precaver no tiene relación con los hechos que se denuncian vulneradores de un derecho.

Aun así decidió marginarse de los preceptos y jurisprudencia que debía aplicar, comprendiendo la ilicitud que ello comportaba, sin miramiento alguno, distinto al arbitrio y al capricho, propiciando con su actuar el desconocimiento de la recta y eficaz administración de justicia que debe guiar la actividad de los funcionarios judiciales.

De ahí que, al aforado, funcionario de la Rama Judicial para la época de los sucesos, le resultaba forzoso respetar los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para la procedencia de las medidas cautelares; de donde deviene obligado concluir que le era exigible un comportamiento ajustado a derecho distinto a aquél por el cual optó de manera voluntaria, yendo en contravía, de lo que sabía con claridad, el mandato constitucional y legal le conminaba acatar, emergiendo el juicio de reproche que conduce a su declaratoria de responsabilidad por el delito de prevaricato por acción.

Todo lo anterior convalida que la conducta desplegada por el enjuiciado, además de típica y antijurídica es culpable, admitiendo el juicio de reproche que a través de esta sentencia se le realiza.

Por último, a no dudarlo le era exigible un comportamiento ajustado a derecho, no aparece demostrado que en este asunto el acusado se hubiese encontrado frente a uno de los supuestos que excluyan la culpabilidad previstos en el artículo 32 del C.P. como lo son los eventos de caso fortuito o fuerza mayor, o que hubiese actuado bajo insuperable coacción ajena, o impulsado por miedo insuperable.

Corolario de lo anterior, al hallarse satisfechos los requisitos previstos en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal de 2004, se declara penalmente responsable al aforado como autor del delito de prevaricato por acción descrito en el artículo 413 del Código Penal.

De la falsedad ideológica en documento público, en concurso homogéneo y sucesivo

El ente persecutor convocó a juicio al doctor **LONDOÑO HERRERA** por considerarlo presunto responsable del concurso de tres falsedades ideológicas en documento público.

El punible de falsedad ideológica en documento público se halla referenciado en el artículo 286 del Código Penal, así:

«El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses».

De acuerdo con el precepto, los elementos que componen la conducta punible son: i) un sujeto activo calificado, servidor público; ii) en ejercicio de sus funciones; iii) extienda documento público que pueda servir de prueba; y iv) consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad.

Sobre la configuración de esta conducta punible, la Sala de Casación Penal de esta Corporación, explica:

«El delito de falsedad ideológica de servidor público en documento público tiene lugar cuando se consignan declaraciones ajenas a la verdad, caso en el cual, el documento verdadero en su forma y origen (auténtico), contiene afirmaciones falsas sobre la existencia histórica de un acto o un hecho, o sus modalidades, bien porque se los hace aparecer como verdaderos pese a no haber ocurrido o cuando habiendo acontecido de determinada manera, son presentados de una diferente.

(...).⁸⁴

De la falsedad ideológica en documento público consignada en el proyecto de fallo datado 18 de diciembre de 2015

De acuerdo con la acusación, el primer delito contra la fe pública que se atribuye al enjuiciado, a título de autor, consiste en que plasmó de manera mendaz, en el proyecto de fallo que presentó a sus compañeros de Sala, dentro de la acción de tutela 0289, la fecha 18 de diciembre de 2015, dato que no coincidía con la realidad puesto que de acuerdo con la hipótesis de la Fiscalía fue elaborado el 28 de enero del 2016, con el propósito de ocultar la tardanza (3 meses y 26 días) en resolver el asunto que por mandato del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 debía decidirse a más tardar dentro de los días 10 días siguientes a la presentación de la solicitud, tiempo durante el cual se favoreció a ALEXANDER MORENO CARVAJAL con la cancelación de las órdenes de

⁸⁴ CSJ SP, 29 de julio de 2008, rad. 29383

captura para que disfrutara de ese beneficio por un término adicional.

De la tipicidad

De la tipicidad objetiva

Como quedó establecido en precedencia, en el presente asunto no se discute la calidad de servidor público del acusado, **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**, estipulada por las partes⁸⁵.

En cuanto al segundo aspecto, la falsedad ideológica en documento público se configura cuando el sujeto activo calificado, en esa condición extiende documento público con aptitud probatoria, plasmando una falsedad o callando total o parcialmente la verdad.

Se trata de la ponencia presentada a los dos restantes miembros de la Sala donde el acusado como magistrado ponente dio a conocer los argumentos que lo condujeron a: i) denegar por “*improcedente*” la acción de tutela ante la falta de vulneración de los derechos fundamentales a la libertad y a la salud en conexidad con el derecho a la vida y ii) amparar los derechos al debido proceso y acceso a la justicia de los cuales es titular ALEXANDER MORENO CARVAJAL. En consecuencia, ordenó al Juzgado Único del Circuito de Mompox resolver sobre la solicitud de nulidad incoada en el

⁸⁵ Obrante en el cuaderno de estipulaciones probatorias, incorporada legalmente en sesión del 3 de febrero de 2020.

término de un mes. No se pronunció en relación con la medida provisional.

En lo atinente al presupuesto de la conducta punible referido a «...consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad...», según se lee en el potencial fallo data del 18 de diciembre de 2015.

En relación con la fecha estampada en el proyecto de la tutela 00289 de 2015, el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ, para la época de los hechos integrante de la Sala de Decisión, junto con la doctora PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ y el acusado, dio a conocer en el juicio, mediante una atestación clara y coherente⁸⁶ que conoció la ponencia muchos días después de haber retornado del período de vacaciones colectivas; sin embargo, la fecha impresa en ella es el 18 de diciembre de 2015.

Exhibida la providencia, al ver en ella la fecha inserta, recordó que uno de los reclamos que se hicieron al ponente, fue precisamente frente a ese dato porque recibieron el proyecto luego de que regresaron de vacaciones colectivas del año 2015; es decir, en enero de 2016, aunque no precisa la fecha con exactitud.

⁸⁶ Récord 2:50:00 del 3 de marzo de 2022 y Récord 10:38 sesión del 22 de septiembre del 2002.

Constató además que para ese momento habían transcurrido más de tres meses desde que se instauró la acción de amparo hasta cuando se presentó el proyecto, superándose ampliamente el término de diez días previsto legalmente para fallar las tutelas de primera instancia.

Con el fin de sortear la situación, en acuerdo con la doctora PATRICIA CORRALES decretaron la nulidad de lo actuado y ordenaron remitir el proceso a la Sala de Casación Civil de esta Colegiatura, disponiendo el restablecimiento de la orden de captura pues ninguna mención se hacía sobre esta en la ponencia, dejando en situación de indefinición la medida cautelar. En la misma línea, se ordenó la compulsión de copias para que se investigara penalmente al secretario, LEONARDO LARIOS por la dilación en el trámite de la tutela y porque el expediente fue devuelto al accionante desconociendo que ya aparecían personas vinculadas y se había fallado.

Explicó el testigo que cuando el proyecto no es acogido por la mayoría de los miembros de la Sala de Decisión, conlleva a que el disidente presente salvamento de voto, así que eso hizo el doctor **TAILOR**.

La Magistrada PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ⁸⁷, al ser consultada sobre el trámite de la tutela 00289, recordó que se presentaron algunas irregularidades pues, aunque fue recibida en octubre del 2015 y debió

⁸⁷ Récord 3:48:26 de la sesión de juicio del 22 de septiembre de 2022 y récord 25 de la sesión del 25 de mayo de 2023.

fallarse en 10 días, el proyecto solamente se puso a circular el 28 de enero de 2016, es decir, después de 3 meses de su arribo al Tribunal.

De gran importancia para corroborar lo manifestado por los Magistrados PASCUALES HERNÁNDEZ y CORRALES HERNÁNDEZ resulta el dictamen pericial rendido por el ingeniero de sistemas FABIO LEONARDO HERRERA PÉREZ⁸⁸ del Cuerpo Técnico de Investigaciones.

Refirió que extrajo de la computadora PC SMART, sin serie, con placa de la Rama Judicial No. 028229, hallada en la Avenida Venezuela, edificio Nacional, Oficina 207 – Despacho del Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**, el correspondiente disco duro original que se identifica con la marca Toshiba S/N 340VHZBS tecnología SATA 500 GBA por los errores que estaba presentando al momento de tomar las imágenes forenses.

No queda duda de que el equipo en que se ubicó el archivo que contenía el proyecto de fallo correspondía al utilizado en el Despacho del aforado. Cuando este reclama prueba en tal sentido pasa por alto que, de acuerdo con la descripción en rótulo y cadena de custodia de la evidencia, consignadas en el folio dos del informe 11-154970⁸⁹ ese dispositivo se hallaba en esa dependencia y de la lectura del documento realizada por el ingeniero se reveló que su

⁸⁸ Récord 01:16:06 a 02:58:54 sesión de juicio del 17 de noviembre de 2022 y Récord 00:14:25 a 02:28:19 de la sesión de juicio del 31 de enero de 2023.

⁸⁹ Prueba 67 de la Fiscalía, Cuaderno prueba pericial.

contenido corresponde en un todo al proyecto de fallo que con su firma presentó para su consideración a los dos restantes miembros de la Sala.

Continuando con el perito, expresó que fue necesario retirar el disco duro por los errores que se presentaron al momento de tomar las imágenes forenses. La falla fue superada cuando se conectó el bloqueador interno marca TABLEAU Ultrabay 3d con la finalidad de realizar la restauración de la imagen forense del disco duro Toshiba S/N 34OVHZBS tecnología SATA 500GB a otro disco duro, procedimiento que resultó satisfactorio y dicha restauración se orientó hacia el disco duro marca Seagate S/N ZA41T1ML de 500GB.

Tras la restauración se llevó a cabo la adquisición de la imagen digital forense de ese disco duro, que resultó conforme y no presentó errores que impidieran la lectura normal de sus contenidos.

El experto, prevalido de la herramienta forense *Acces Data Forensic Toolkit* recuperó e indexó la información contenida en el medio analizado. Una vez seleccionados los archivos, procedió a agruparlos según su tipo o característica creando los marcadores visibles en la página 15 del informe. Se trata de documentos PDF: 1.970, documentos Word: 50.683, hoja de cálculo: 531, imágenes: 4.693 presentaciones: 276 y sistema operativo: 3.

La información fue recuperada y analizada con las herramientas que se utilizan en el laboratorio de informática forense, obteniéndose unos resultados que se almacenaron en la evidencia derivada, un Blu-ray color blanco, marca Smart Buy⁹⁰ marcado con los caracteres 110016000102201600239 que contiene la extracción de la información derivada de la imagen forense de DD SEAGATE ZA41T1ML 500 GB.

Extrajo la información del disco duro que fue retirado de una computadora PC Smart, sin serie, con placa de la rama judicial número 028229 hallado en la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena y observadas las propiedades del documento estableció que fue creado el 28 de enero de 2015. Acentuó que los metadatos dan cuenta de la fecha en que fue creado el documento.

Se procedió a hacer la extracción de la imagen forense en tres oportunidades, en tres máquinas diferentes con bloqueadores de escritura encontrando el mismo error. Luego, con la finalidad de realizar clonación a otro disco duro, se utilizó el clonador Tableau 3 DTD 3, encontrando que ese método forense genera también error de extracción. Por esta razón con este método no se pudo realizar la imagen forense.

Ilustró que la clonación es una copia bit a bit de un dispositivo a otro, copia todo el contenido del dispositivo

⁹⁰ Prueba de la Fiscalía N° 68.

original a uno nuevo. Se hizo el 6 de marzo del 2016, lo hizo con equipos en el laboratorio de informática forense. No sabe de qué año es la versión del FTKY Mayer 34050, ni tampoco en qué año fue fabricado el dispositivo clonador en razón a que no tiene acceso a esa información, tendría que dirigirse a la página web del fabricante de la herramienta forense y del hardware forense para decir en qué fecha fue creado el dispositivo y el software.

Sobre el grado de aceptación por la comunidad técnica o científica de los procedimientos empleado señala que son aceptados por la comunidad de peritos de informática forense de la Fiscalía General de la Nación y están basados en la norma ISO 27037, que es la guía para la identificación, recolección, adquisición y preservación de la evidencia digital aplicada internacionalmente por diferentes organizaciones privadas y gubernamentales que trabajan en esta área.

La comunidad de peritos para estandarizar este tipo de análisis es la de la Fiscalía General de la Nación.

Al elemento clonado se le extrae una imagen forense para ser analizada. Luego, se realiza un procedimiento de verificación y análisis de las mismas, tratando de hacer recuperación de información eliminada o suprimida por los usuarios que hayan utilizado estos dispositivos. Luego de esto se procede a realizar unos filtros de búsqueda de información dependiendo de la orden la Policía Judicial.

Posteriormente, lo que se genera es un reporte de extracción de información allí encontrada o recuperada y de metadatos de los archivos que se encontraron, útiles para la investigación.

Más adelante, estos resultados se plasman en un informe de laboratorio que va acompañado con las evidencias originales, evidencias derivadas y posterior a esto, es entregado al despacho solicitante.

Señala que la información por los metadatos que encontró en los archivos analizados en el informe es de certeza.

De acuerdo con la amplia ilustración del perito, que, por demás, resultó profusa a partir del contrainterrogatorio formulado por la defensa técnica, para esta Sala Especial resulta indudable que el proyecto de Sentencia fue creado el 28 de enero de 2016 en un equipo de cómputo del Despacho del Magistrado **LONDOÑO HERRERA** que exhibido y leído en el juicio⁹¹, se constató, su contenido es idéntico al que fue dado a conocer a sus colegas de Sala por parte del acusado.

Se acreditó que el aforado extendió un documento público con vocación de servir de prueba, su concepto que se convertiría en el fallo si la Sala de Decisión lo adoptaba dentro de la acción de tutela 0289 del 2015, insertando la

⁹¹ Prueba 39, C. de pruebas de la Fiscalía.

fecha 18 de diciembre de 2015, que no corresponde a aquella en que se creó, esto es, el 28 de enero de 2016, luego la allí consignada es mendaz.

Se concluye entonces que se configuran todos los elementos objetivos que describe el tipo penal, puesto que se demostró que el acusado distorsionó la realidad en un documento público y lo hizo en el marco del deber de certificación de la verdad que le había sido atribuido como agente estatal.

Efectivamente, el proyecto de fallo calendado el 18 de diciembre de 2015, emitido por el procesado cuando ostentaba la condición de servidor público y en ejercicio de sus funciones fue presentado a los demás magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena como el potencial fallo decisorio de la acción constitucional, del que se acreditó fue creado el 28 de enero de 2016 y no en la fecha previa consignada en el documento; el cual sirvió de prueba puesto que fue entregado a los otros dos magistrados.

De la tipicidad subjetiva

El punible de falsedad ideológica en documento público es de modalidad dolosa, lo que significa, de acuerdo con el artículo 22 del Código Penal, antes transcrito, que el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.

Aseguró el acusador que consignar la fecha del 18 de diciembre de 2015 en lugar de 28 de enero de 2016 al proyecto de sentencia, por el aforado, **no es una equivocación sino la decisión consciente y voluntaria del acusado de hacer creer que se había tramitado sin dilaciones, en la que, desde antes, dolosamente, favorecía los intereses jurídicos de un prófugo de la justicia.**

En armonía con lo señalado en precedencia, el aforado plasmó en la potencial decisión que pondría fin a la acción constitucional la fecha 18 de diciembre de 2015, que dio a conocer a sus compañeros de Sala de Decisión, a sabiendas de que el proyecto de sentencia fue creado el 28 de enero de 2018.

Se afirma que el doctor **LONDOÑO HERRERA** tenía conocimiento de que el proyecto fue creado en disímil fecha a la consignada puesto que aquella coincide con la data en que se puso a rotar el esbozo de decisión. Así lo dieron a saber los Magistrados **CORRALES Y PASCUALES** en sus atestaciones que ofrecen el poder suasorio suficiente para establecerlo. Los funcionarios al unísono indican que el proyecto de fallo les fue dado a conocer por el acusado después de que regresaron de vacaciones colectivas. La Magistrada **CORRALES** fue más específica al indicar que la potencial decisión se le dio a conocer el 28 de enero de 2016.

Aunado, los funcionarios aseguran que uno de los motivos de reclamo que le hicieron al aforado, precisamente

fue el de la demora y que hubiera fijado esa fecha en el proveído ante lo cual expresó su disidencia que de contera traía el salvamento de voto.

De lo anterior se deriva que el procesado a más de saber de la connotación ilícita de su actuar, dirigió su voluntad a modificar la verdad buscando aligerar el tiempo transcurrido que sobrepasaba los 10 días otorgados por el legislador para resolver la acción de amparo.

Así, se puede predicar que la conducta desplegada por el enjuiciado reviste el carácter de dolosa.

Antijuridicidad

En lo concerniente a este tópico de la conducta punible, la Colegiatura estima que, la fecha consignada en el fallo de tutela carece de la capacidad de desvirtuar la mora judicial en que el acusado había incurrido, debido a que la demanda se recibió en el Despacho del aforado el 6 de octubre de 2015 y el término legalmente previsto⁹² para fallar la acción de amparo es de diez días, lo que significa que estaba ampliamente superado para el 15 de diciembre de 2015, data plasmada en el proyecto de fallo de tutela ya que debió resolverse en el mismo mes de octubre de 2015.

Adicionalmente, la calenda impresa en el encabezado del proyecto de sentencia se debía actualizar en el momento

⁹² Artículo 29 del Decreto 2591 de 1991.

en que la decisión fuese aprobada y firmada por los demás integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena.

De acuerdo con lo anterior, se acredita a cabalidad que en este caso el delito no excedió la antijuridicidad simplemente formal que remite a la afrenta de la fe pública como ente abstracto, pues, el hecho realizado no puso en real peligro otros intereses concretos, ligados con la confianza que se deposita en la administración de justicia.

El juicio de reproche que cabe hacer por la conducta desplegada por el acusado encuentra parapeto en la ausencia de lesión al bien jurídicamente tutelado, que impidió la consolidación de un daño, resultando escasamente lesiva y por consiguiente carente de antijuridicidad material.

Sobre este tema, la Sala de Casación Penal, ha sido consistente en que:

“La teoría de la falsedad inocua, es de recordarse, implicó la superación del antiguo concepto según el cual la veracidad e intangibilidad de los documentos públicos debían ser respetadas con independencia de la nocividad o inocuidad de sus efectos en el tráfico jurídico por ser una emanación del poder documentario del Estado, de modo que la sola alteración de la verdad en los mismos merecía reproche penal. Se trataba de proteger un pretendido derecho a la verdad absoluto.

Hoy en día, con los modernos desarrollos dogmáticos, la noción de la veracidad e intangibilidad ha quedado relegada a un segundo plano, para dar paso a otra prevalente en el derecho penal fundada en criterios de relevancia social y jurídica, a cuyo tenor los documentos deben representar la existencia de un hecho trascendente en el ámbito de lo social, sea creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas. De allí precisamente que en la actualidad se exija que los documentos sobre los cuales recae la acción falsaria necesariamente deban ser aptos para servir de prueba de un hecho social y jurídicamente relevante.

De manera que si la falsedad documental, en cualquiera de sus modalidades, no recae sobre un medio que goce de confianza colectiva, resulta inidónea para vulnerar el bien jurídico de la fe pública, y no ocasiona un daño, ni al menos lo engendra potencialmente; no merece represión penal, ya que por virtud del principio de antijuridicidad material no aparece plausible sancionar el hecho realizado al margen de cualquier incidencia social...”⁹³

En conclusión, al no hallarse acreditada la categoría de antijuridicidad como componente necesario para que la conducta ostente la condición de punible de acuerdo con las previsiones del artículo 9° del Código Penal, se impone la absolución del procesado por este comportamiento delictual al no satisfacerse las exigencias previstas en el canon 381 de

⁹³ CSJ SP, 21 de abr. De 2004, rad. 19930.

la Ley 906 de 2004 en lo que atañe a la arista de la existencia del delito.

De la falsedad ideológica en documento público agravada, del folio 366 del libro radicador de tutelas

El ente persecutor llamó a juicio al doctor **LONDOÑO HERRERA** como determinador de la conducta de falsedad ideológica en documento público con la agravante prevista en el numeral 10° del artículo 58 del Código Penal, “obrar en coparticipación criminal”, por consignar una manifestación contraria a la verdad en el folio 366 del libro radicador de tutelas de primera instancia, correspondiente a la acción de tutela 0289 de 2015, utilizado para demostrar la trazabilidad de los proyectos de tutela que salían del despacho del doctor **LONDOÑO HERRERA**.

Indicó que le aplicaron corrector líquido blanco para sobreponer a lo allí anotado, la fecha 18 de diciembre del 2015 buscando que coincidiera con la consignada en la potencial sentencia suscrita por el aforado con la finalidad de ocultar la verdadera fecha del proyecto de decisión.

Aseguró que el doctor **LONDOÑO HERRERA** determinó a servidores del Tribunal a falsear la verdad, quienes se plegaron a sus designios criminales para favorecerlo y así evitar ser descubierto en el atentado cometido contra la fe pública porque era en realidad el único interesado en lograr que su dilación para emitir el fallo quedara indemne, y por lo

menos, ocultar el último mes, de los casi cuatro que demoró el proyecto de fallo.

El documento fue incorporado en legal forma por el investigador JORGE TULIO ARDILA CELIS⁹⁴, quien, mediante inspección judicial a la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, el 2 de febrero de 2017 con el fin de obtener la trazabilidad de la acción de tutela, halló en una hoja de papel bond el folio 366 del Libro radicador de tutela de primera instancia, del 29 de julio de 2014 a noviembre de 2015 manuscrito por sus dos caras⁹⁵. En él figura el registro del expediente de tutela No “289”-“13001-22-04-000 XXX 00”, el que procedió a segregar mediante un corte cuidadoso, dejó constancia del desglose incorporando una fotocopia en su lugar, se embolsó, rótulo e inició el correspondiente registro de cadena de custodia.

En el renglón 11 del folio se observa el registro «18 Dic – 2015 → Deja constancia esta Secretaria que la presente acción (sic) de tutela por error involuntario se encontraba trasapelada en los anaqueles por lo que se procede a realizar el pase al despacho para su fallo».

En el documento aparece registrado en el primer renglón, 00289 acción de tutela promovida por ALEXANDER MORENO CARVAJAL contra el juzgado primero penal del circuito de Mompox 6 de octubre de 2015 «pasa al despacho».

⁹⁴ Récord 10:35 a de la sesión del 17 de noviembre de 2021.

⁹⁵ Prueba 65 de la Fiscalía.

Décimo renglón con fecha al parecer «18 de diciembre de 2015 (la fecha se encuentra repisada) – deja constancia esta Secretaría que la presente acción de tutela, por error involuntario se encontraba trasapelada en los anaqueles, por lo que se procede a realizar el pase al despacho para su fallo».

Consecutivamente, aparecen las anotaciones: «18 diciembre de 2015 – se registró proyecto» y «29 de enero de 2016 – en providencia de la fecha se dispone declarar la nulidad desde la admisión de tutela y remitir la presente actuación a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Además, se ordenó compulsar copias con destino a la Oficina de Reparto para que se asigne un magistrado e investigue la posible comisión de una falta disciplinaria en cabeza de los empleados de la Secretaría de la Sala Penal».

Luego, se ve otro registro más, de fecha 25 de agosto de 2016, donde se consigna una compulsión de copias.

En la parte superior derecha de ese folio 366 aparecen estampadas dos fechas, la primera, en manuscrito, «28 de enero de 2016 – pasa» y, la segunda, con fechador 5 de octubre de 2015.

En el encabezado se observa sello con el nombre del aforado y debajo el número del folio 366 y 13001-22-04-000-2015-XXX00.

El documento desglosado se sometió a peritación forense, regular y legalmente practicada, cuya base se concretó en el informe N° 11-1097940 donde el experto en documentología y grafología forense del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, JORGE ARMANDO AMOROCHO⁹⁶ siguiendo las reglas previstas en la ley y los protocolos correspondientes, utilizando el comparador de documentos versión BSC 8000, expuso:

«Sometido a examen físico-óptico (individual y comparativo), el renglón undécimo de la página 366, específicamente las características gráficas del documento, en cuanto al sustrato (papel) y tinta de los textos manuscritos dubitados que aparecen en esa zona, se establece:

De margen izquierda a margen derecha en sentido horizontal del mencionado renglón se observan textos manuscritos en original y tinta color negro, que se encuentran ubicados sobre una sustancia de color blanco. Las fibras del sustrato (papel) en esa zona, no presentan indicios de haber sido objeto de cortes, remoción mecánica (borrado, raspado) o lavado químico.

Cuando la zona cuestionada del documento allegado para estudio es expuesta a la acción de la luz ultravioleta de 365 nanómetros, se observa una mancha oscura (imagen que corresponde a la sustancia de color blanco aplicada) a diferencia de las demás zonas del sustrato (que se observan en tono claro), indicio de que esa zona ha sido objeto de una alteración».

El perito, de acuerdo con los análisis efectuados concluyó que los escritos primigenios eran: **“23-Nov-2015 → Paso al despacho”** los cuales fueron objeto de una alteración

⁹⁶ Récord 2:29:10 a 3:28:11 sesión 1 y récord 00:01:46 a 00:59:56 del 17 de noviembre de 2021.

supresiva por obliteración (aplicación de sustancia de color blanco para ocultar o enmascarar los escritos primigenios) y elaboración de los escritos que actualmente se leen sobre la sustancia de color blanco “**18-DiC-2015**→ **Deja constancia esta**”.

Finalmente, en el punto 9 fijó la interpretación de resultados, así:

«La hoja de papel bond, tamaño oficio, formato rayado horizontal, distinguida por su reverso como página 366 y correspondiente al ID 2437999, en el renglón undécimo (11) desde la margen izquierda hacia la derecha, PRESENTA ALTERACION SUPRESIVA (OBLITERACION)».

Es claro que a partir de este medio de convicción, practicado en el juicio oral, con respeto de los principios de inmediación y contradicción, y en términos generales, el derecho de defensa, cuya fuerza demostrativa deriva de la idoneidad técnico científica del perito, la exactitud de sus respuestas, su validez científica y fiabilidad del método utilizado así como su fundamentación, se probó una alteración en el renglón 11 del folio 366 del libro de minutas radicator de tutelas que generó una disparidad entre la anotación genuina preexistente en el documento, «**23-Nov-2015** → **Paso al despacho**» y lo resultante que es el escrito sobre la sustancia de color blanco «**18-DiC-2015** → **Deja constancia esta**».

No menguan su eficacia las críticas de la defensa en torno a que el versado en documentología ostentando

también la condición de químico no pudo dar cuenta de que la sustancia blanca, que a la vista pudo percibir se trata de corrector tal como se acreditó con los testimonios del personal de la Secretaría, en razón a que el experto no declaró que su disciplina fuera la química. Sobre sus credenciales indicó que sus especialidades son la documentología y la grafología, aunado a lo cual, el objeto de la pericia no era establecer la clase de sustancia utilizada para poder ejecutar la sobreescritura sino la alteración efectuada al documento.

En torno a la censura de la asistencia letrada enfocada a la técnica utilizada, que sería de probabilidad y no de certeza, sin suministrar argumento alguno, el experto fue enfático cuando indicó que en su auscultación empleó técnicas de certeza⁹⁷.

En consecuencia, para esta Sala no admite duda, por virtud de lo que atrás se destacó, que en el renglón undécimo del folio 366 del Libro de minutas de tutela se presenta alteración supresiva (obliteración), puesto que inicialmente se consignó «**23-Nov-2015 → Paso al despacho**» anotación que fue alterada mediante la aplicación de sustancia de color blanco para reescribir sobre ella «**18-DiC-2015→ Deja constancia esta**», hallándose un contraste entre lo que inicialmente contenía el documento y el resultado de la acción falsaria.

⁹⁷ Artículo 417-6 Ley 906 e 2004.

Acerca de la existencia de la enmendadura, declaró EMIL YASSETH MENDOZA SUÁREZ⁹⁸, quien refirió que hizo “una corrección” en el folio 366⁹⁹ pieza del libro radicator que fue exhibida, en el que, en virtud de su función, plasmó todas las anotaciones para la época, entre ellas el registro del 18 de diciembre de 2015.

En cuanto a esa anotación del 18 de diciembre de 2015 consignó:

«Deja constancia esta Secretaría que la presente acción de tutela por error involuntario, se encontraba traspapelada en los anaqueles, por lo que se procede a realizar el pase al Despacho para su fallo».

Rememoró que se estampó esa calenda, aun cuando la anotación realmente se hizo el 28 de enero de 2016¹⁰⁰, cumpliendo expresa orden del secretario LEONARDO LARIOS, su superior jerárquico, porque de acuerdo con lo que él le previno debían coincidir la fecha del informe pasando al Despacho con la del libro. Previamente había apuntado que pasaba en enero, pero ante las observaciones y regaños del secretario procedió a enmendar lo apuntado en el Libro Radicator con *liquid paper* y la escribió tal cual se lo ordenó. Luego, pasó al Despacho.

Ello aconteció, según el testigo, porque el 28 de enero de 2016 un colaborador del doctor **TAILOR** se presentó en la Secretaría a indagar por qué no se había pasado al Despacho la tutela incoada por ALEXANDER MORENO CARVAJAL;

⁹⁸ Récord 00:23:13 a 1:42:06 de la sesión 1 del 19 de septiembre de 2023.

⁹⁹ Prueba 65 de la Fiscalía en cuaderno prueba documental de la Fiscalía No 63 a 65.

¹⁰⁰ Récord 01:37:15 de la sesión 1 del 19 de septiembre de 2023.

luego, como el requirente ubicó el expediente en uno de los anaqueles, el secretario LARIOS dispuso que él confeccionara el pase al Despacho con la fecha del último día hábil del 2015 en razón a que ese día fue el encargado de atender público, por lo cual consignó la fecha 18 de diciembre de 2015.

Recordó la fecha porque el incidente fue de enormes proporciones y sabía que generaría procesos disciplinarios por la pérdida de la tutela y su reaparición cuatro meses después. Acentuó el deponente que inicialmente se mostró reticente a elaborar el informe para evitar un disciplinario por lo que discutió con el secretario, pero como LARIOS fue enfático en que se trataba de una orden y era él quien firmaba, decidió obedecerle.

No obstante, resolvió tomar nota en su planilla personal puesto que la del mes de diciembre estaba colmada en esa fecha y dejó la anotación en el libro del día en que se pasaba, previendo que tuviese que rendir descargos pues sabía que iba a ser objeto de reprensión por la injustificada tardanza en pasar al Despacho la acción constitucional.

Practicada la prueba tanto pericial como testimonial en el juicio oral, el delegado de la Fiscalía, en su alegación de clausura, pese a indicar que el contexto fáctico atribuido desde la acusación se acreditó debidamente, optó por mantener la calificación jurídica expuesta en la audiencia de formulación de acusación, esto es, la configuración del delito

de falsedad ideológica en documento público cuando lo cierto es que se demostró su modificación material.

Según el tratadista Jorge Arenas Salazar, de acuerdo con las previsiones del artículo 286 del Código Penal, la exigencia temporal de simultaneidad con la acción de extender el documento es consustancial a la modalidad de falsedad ideológica.¹⁰¹

*«Una característica de la falsedad ideológica es que el documento que se produce es materialmente genuino y su falencia es respecto de la veracidad en el acto de documentar. El contraste se produce entre lo documentado y lo debido documentar. Por tanto, si el falsario espera hasta cuando el documento sea cerrado o se haya concluido ya no podrá realizar una falsedad ideológica. Necesariamente, si quiere falsificarlo, tendrá que acudir a la modalidad material. Ya la ideológica sería un imposible».*¹⁰²

En armonía con lo anterior, la falsedad material se puede realizar en cualquier momento posterior a la elaboración del documento, si es por alteración parcial; en cambio, la falsedad ideológica no puede llevarse a cabo sino en el preciso momento de extender el documento, al consignar en él algo diferente de lo debido documentar. Una vez cerrado o concluido el documento, no es posible ya la falsedad ideológica, solo es admisible la falsedad material.

En relación con este tema la Sala de Casación Penal, enseña:

¹⁰¹ Jorge Arenas Salazar. *Delito de falsedad*: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2015. Talleres gráficos de Stilo Impresores Ltda. pág. 604.

¹⁰² Ídem.

*«En cuanto al momento consumativo y las diferencias de la falsedad ideológica y la material, se tiene que la primera se vincula con la veracidad de la información, con el contenido del documento, por ello la acción concurre con la elaboración o redacción del mismo, mientras que la última de las falsedades en mención tiene que ver con la existencia y autenticidad del objeto material del reato, la genuinidad o autoría y la estructura física, por lo que su ejecución es simultánea o posterior con la emisión del elemento espurio».*¹⁰³

La falsedad se cataloga de ideológica cuando en un escrito genuino se incluyen manifestaciones contrarias a la verdad. Esto es, cuando en un documento verdadero, en su forma y origen, el servidor consigna una falsedad o calla total o parcialmente la verdad, mientras que la falsedad material tiene lugar cuando se crea totalmente el documento apócrifo, es decir, se imita uno ya existente o se altera el contenido de un escrito auténtico.¹⁰⁴

Entonces, la ilicitud no estriba en que se consignara la falsedad desde la confección de la constancia, sino que una vez registrada, tuvo que variarse puesto que se utilizó corrector y sobrescribió otra fecha.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, sobre el documento público que puede servir de prueba recae la presunción de veracidad de lo allí plasmado, por eso quien lo extiende tiene la función certificadora de los hechos atinentes al ejercicio de sus funciones y al hacerlo está obligado a consignar solo la verdad. La falsedad ideológica en documento público necesariamente supone la autenticidad del documento, porque el atentado a la fe

¹⁰³ CSJ SP, 5 mar. 2014, rad. 36337.

¹⁰⁴ CSJ SP, 10 may. 2017, rad. 45147.

pública se remite a su contenido, mientras que la falsedad material reprocha la elaboración de los documentos, desde su creación total hasta cualquier alteración de uno verdadero¹⁰⁵.

En el caso objeto de examen tenemos, que el dependiente de la Secretaría de la Sala Penal, a quien le correspondía registrar los movimientos de los procesos que se producían, EMIL MENDOZA, dice que consignó luego de aplicar corrector con el propósito de superponer a la ya anotada, otra fecha, es decir que frente a un documento auténtico se llevó a cabo una alteración del contenido material de la anotación fijada en el renglón 11 del folio 366 del Libro para hacer aparecer un dato distinto del que ya estaba consignado que no correspondía a la realidad, una fecha distinta, conocida por la doctrina y jurisprudencia como falsedad material propia¹⁰⁶.

En sintonía con lo analizado, la Colegiatura advierte un error en la calificación jurídica por parte del fiscal en la elección del precepto que consagra el comportamiento investigado, puesto que, encontrándose frente a una alteración material de la verdad, le dio tratamiento de ideológica. Por ello se hace necesario su revisión a fin de constatar si se reúnen las exigencias previstas por la Sala de Casación para proceder a su modificación.

¹⁰⁵ CSJ SP, 27 jun. 2012, rad. 32882.

¹⁰⁶ CSJ, Rad. 23872 27 de jul. de 2006.

Esa Sala en la sentencia del 22 de febrero de 2017, radicación 43041, fijó la siguiente subregla: «(...) hoy es procedente variar la calificación jurídica de la conducta imputada por la Fiscalía así no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico, siempre que se mantenga el núcleo fáctico de la imputación, se trate de un delito de igual o menor entidad y se respeten los derechos de las partes».

Revisada la imputación factual tanto en la comunicación de cargos como en la convocatoria a juicio, al doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** se le atribuyó la falsedad consignada en el libro ya identificado, en el cual se registra la entrada y salida de tutelas, pues allí puede advertirse que en el folio 366 correspondiente a la anotación de la acción de tutela 0289 de 2015 le aplicaron corrector líquido blanco para sobreponer la fecha 18 de diciembre del 2015 y así alterar la verdad y permitir que coincidiera con la data del proyecto de fallo suscrito por el acusado, a título de determinador.

Como ya se indicó, considera esta Sala que, a partir del acontecer fáctico endilgado al acusado y la acreditación de una alteración del documento por un servidor público, se configura el punible de falsedad material en documento público referenciado en el inciso 2° del artículo 287 del Código Penal, así:

«FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO. *El que falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.*

Si la conducta fuere realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses.»

Como se aprecia, tiene análogo tratamiento punitivo que la conducta delictual del artículo 286 del Estatuto Penal, luego se puede catalogar de similar entidad a aquélla por la cual se acusó, en ambos casos se conserva el mismo núcleo fáctico de la acusación, presupuesto inflexible del principio de congruencia y no se advierte afrenta a alguna garantía constitucional o legal de las partes e intervinientes especiales, satisfaciéndose así las subreglas fijadas por la Sala de Casación Penal. Eso significa que en este caso procede la modificación de la calificación jurídica de falsedad ideológica en documento público a falsedad material en documento público.

Como el cargo que se le atribuye al acusado es como determinador de la conducta, debemos acudir al inciso 2° del artículo 30 del Código Penal, que prevé «Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción».

La Sala de Casación Penal de esta Colegiatura, respecto de la figura del determinador enseña:

«... es quien instiga, genera, provoca, crea, infunde o induce a otro para realizar una conducta antijurídica, o refuerza en él, con efecto resolutorio, una idea precedente.

Como elementos concurrentes para su configuración, esta Corte ha señalado: i) la actuación determinante del inductor; ii) la consumación o tentativa punible del hecho al que se induce; iii) un

*vínculo entre el hecho principal y la inducción; iv) la carencia de dominio del hecho en el determinador y v) el dolo en el inductor*¹⁰⁷.

*El primer elemento, puede presentarse por medio de un mandato, convenio, orden, consejo, coacción insuperable o promesa remuneratoria entre el determinador y el autor material del delito*¹⁰⁸. Lo relevante, estriba, en que el inductor realice una contribución idónea y eficaz para lograr que su receptor tome la determinación de ejecutar el comportamiento lesivo y lo lleve a cabo, sin llegar al punto de doblegar su voluntad o inducirlo en un error esencial, pues devendría en la figura del autor mediato.

El inducido o autor material debe realizar un injusto típico, consumado o que alcance el grado de tentativa, habiendo acogido nuestra legislación el concepto de accesoriedad limitada, en virtud del cual, la punición del inductor deviene del proceder típicamente antijurídico del autor, dado que, la conducta del determinador, por sí sola, no constituye delito.

Es preciso, además, la existencia de un nexo entre la acción del inductor y el hecho delictivo cometido por el autor, de manera que este sea el resultado de la influencia del determinador, pues no de otra forma sería posible establecer la efectividad de los medios persuasivos desplegados por el determinador.

El inductor debe carecer del dominio del hecho. Es el autor quien ejecuta la conducta a título propio, establece el cómo, cuándo y dónde de la realización típica. Si aquel desarrolla una actividad esencial para concretar la materialización del plan delictivo, no será ya participe sino verdadero coautor del ilícito.

Y, es menester que el inductor obre con conciencia y voluntad inequívoca de generar en el receptor la decisión de cometer la conducta típica, elemento conocido como el dolo del instigador o dolo dirigido a la resolución al hecho.

También ha sido reconocido por la doctrina un segundo dolo en el determinador, este dirigido a la comisión del delito que ha incitado. Es decir, a que el ilícito se materialice en el marco tangencial representado y comunicado por el inductor. De ahí que no se predique la instigación del delito culposo, pues, el inductor conoce y quiere el hecho punible ajeno, también de manera dolosa incita su comisión, por lo que el autor material obra con conocimiento y voluntad de delinquir.

Al respecto, ha precisado Claus Roxin que “el primer presupuesto de un dolo dirigido a la comisión de un hecho del autor es que el inductor se represente con suficiente precisión o certeza la acción que debe cometerse; pues sólo si se da ese presupuesto su dolo

¹⁰⁷ CSJ SP, 23 nov. 2017, rad. 46166, entre otras.

¹⁰⁸ CSJ SP, 2 sep. 2008, rad. 22076; CSJ SP, 13 sep. 2009, rad. 30125; CSJ SP, 20 ago. 2014, rad. 43771; CSJ AP, 23 mar. 2017, rad. 34282, entre otras.

está dirigido a un “hecho”. De ahí se sigue en primer lugar que la incitación a cometer hechos punibles imprecisos, no indicados con más detalle, no es entendible como inducción, ya que en este caso falta un “hecho” concreto al que pudiera haber determinado el inductor”¹⁰⁹.

Sobre lo expuesto, precisa el autor en cita, basta con que el determinador se represente el tipo que el autor debe realizar y “las dimensiones esenciales del injusto”, entendidas como la medida aproximada del daño y la dirección del ataque, en contraposición a quienes exigen que el dolo del inductor abarque todas las condiciones de ejecución del hecho, el cómo, cuándo y dónde, por estar referidas a un dominio que no es propio del determinador.

Postura compartida por esta Colegiatura, en particular, tras admitir la imputación del resultado lesivo por dolo eventual al determinador, cuando el inducido modifica o altera el plan instigado por aquél para ejecutar una conducta diferente o más gravosa que la inducida¹¹⁰. Pues, para establecer la desviación en la ejecución por el autor y la atribución al inductor de las consecuencias excesivas -que pudo representarse como probables-, es menester partir del dolo directo referido a la concreción del hecho con que el determinador obró al hacer germinar o reforzar la idea criminal».¹¹¹

En lo atinente al cargo de determinador de la falsedad consignada en el folio 366 del libro radicador de tutelas, la acusación se hizo en los siguientes términos:

*«...el magistrado **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**, para poder ocultar la verdadera fecha del proyecto de fallo, contó con el concurso de otros servidores del Tribunal, quienes se plegaron a sus designios criminales para favorecerlo y así evitar ser descubierto en el atentado cometido contra la fe pública. Por ello se predica que **LONDOÑO HERRERA** determinó a los empleados a falsear la verdad porque era en realidad el único interesado en lograr que su dilación para emitir el fallo quedara indemne y por lo menos, solapar el último mes de los casi cuatro meses que demoró el proyecto de fallo».*

El Delegado del órgano acusador desde el punto de vista fáctico dijo que el aforado contó con el concurso de otros

¹⁰⁹ Roxin, C. (2014). Derecho Penal. Parte General. Tomo II. (D. M. Luzón Peña, J. M. Paredes Castañón, M. D y G. Conlledo y J. de V., Trad.), Aranzadi S.A. (Obra original publicada en 2003).

¹¹⁰ CSJ SP, 9 may. 2018, rad. 45889

¹¹¹ CSJ SP4813-2021, 27 de oct. de 2021, rad n° 55836

servidores del Tribunal, quienes se plegaron a sus designios criminales para favorecerlo y así evitar ser descubierto en el atentado cometido contra la fe pública; sin embargo, no indicó los actos mediante los cuales el acusado pudo inducir a los servidores del Tribunal para que se enmendara la fecha en que se trasladaba la tutela al Despacho, apuntada en el folio 366 del libro radicator de tutelas.

Verificados los elementos convergentes para la configuración de la figura del determinador señalados en la jurisprudencia citada, el primero se refiere a la actuación del inductor, que puede ser mediante mandato, convenio, orden, consejo, coacción insuperable o promesa remuneratoria entre el determinador y el autor material, que de no acreditarse nos exime de estudiar los demás, puesto que los mismos deben concurrir. Ese primer elemento se concreta en que el agente debe lograr que el inducido tome la decisión de ejecutar el comportamiento delictual y lo realice.

La hipótesis de la fiscalía expuesta en la acusación, es que los empleados del Tribunal se plegaron a los designios criminales del aforado para favorecerlo y así evitar que fuera descubierto en el atentado cometido contra la fe pública.

Como se ve, el ente acusador no concreta cuál fue la actuación llevada a cabo por el acusado como inductor, objeto del juicio de reproche, se limita a fijar la acción de los presuntos inducidos cuando asegura que se plegaron a los designios criminales del exmagistrado.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española la definición de “plegar”, en la acepción que se deriva del contexto es “Doblarse, ceder, someterse”. Es decir, que cuando se asevera que los servidores del Tribunal se plegaron a los designios del funcionario se describe el resultado de la posible influencia del determinador en la psiquis de los autores que los encaminaron a cometer el hecho, no obstante, no se precisa mediante qué actos o de qué modo el aforado como instigador logró generar o reforzar la resolución de cometer el delito en los determinados.

En el ámbito probatorio tampoco la Fiscalía consiguió acreditar de manera nítida la conducta realizada por el doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** por medio de la cual indujo a los empleados del Tribunal a adulterar la fecha previamente apuntada en la mencionada pieza del Libro radicator de tutelas en tal modalidad de participación.

Nótese que EMIL, quien dice ser el autor material de la enmendadura reconoce que la efectuó cumpliendo expresa orden del secretario LEONARDO LARIOS, en razón a que esa anotación no podía ser distinta de aquella en que se pasaba la tutela al Despacho del magistrado. Dice el declarante, que así lo dispuso movido por su interés en salir indemne de la patente mora judicial en que incurrió porque no se pasó oportunamente el expediente al Despacho. Y no solo eso, también aseveró que por ese suceso se adelantó un proceso disciplinario en su contra del cual no sabe si ya culminó, y frente al secretario se adelanta una investigación penal.

De todas formas, dijo el empleado, previendo que podría ser sujeto de un proceso disciplinario por la tardanza en pasar al Despacho la acción constitucional, pese a que obedeció el mandato, anotó en su planilla personal el día real en que el expediente se trasladó al Despacho.

En el juicio oral se exhibió la planilla¹¹² donde el señor EMIL MENDOZA registró, en el renglón identificado en la parte izquierda con un asterisco “*T1 289 2015 Alexander dejo constancia pasa al Despacho por orden del secretario, Londoño, 28 de enero de 2016*” y aparece una firma de la persona que recibe, aunque dice, no está seguro de quién fue. Como se ve, según ese documento, la tutela de ALEXANDER MORENO CARVAJAL pasó el 28 de enero de 2016 al Despacho del Magistrado **LONDOÑO HERRERA**.

A la vez, EMIL aseguró que el doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO** no le dio orden ni instrucción de modificar esas fechas.

La Sala detecta una disconformidad entre lo declarado por el testigo y lo demostrado con la pericia de JORGE ARMANDO AMOROCHO. Emerge evidente que EMIL MENDOZA faltó a la verdad cuando indicó en su declaración que modificó la fecha del 28 de enero de 2016, en el folio 366, que correspondía a la verdadera, por la del 18 de diciembre de 2015, según las directrices impartidas por el secretario.

¹¹² Prueba 29 Cuaderno pruebas de la Fiscalía 38 documentos públicos, Fl. 275.

De acuerdo con la experticia practicada por el perito en documentología la primigenia fecha que aparece en el documento es «23-Nov-2015», y no la señalada por el deponente, 28 de enero de 2016.

Entre tanto, en relación con la misma situación fáctica, LEONARDO DE JESUS LARIOS, sostiene que JORGE LEVILLER PALOMINO, entre el 26 y 28 de enero a las 8:00 de la mañana se acercó a la Secretaría diciendo que iba en búsqueda de la tutela de ALEXANDER MORENO y le pidió autorización para revisar los anaqueles, frente a lo cual no notó nada extraño puesto que era usual que los auxiliares de los Despachos se dirigieran hasta allí con el propósito de verificar los términos o los informes, aunque el extravío de una tutela de 3 a 4 meses se registraba como un suceso novedoso.

LEVILLER luego de una búsqueda de 5 a 10 minutos ubicó el expediente y le preguntó sobre el paso a seguir, él le respondió que se dirigiera hasta el puesto de EMIL para que “hiciera lo propio”, es decir, se informara que se había traspapelado, EMIL elaboró “el pase” al Despacho y él lo rubricó pero sin percatarse de su contenido pues se dedicaba a otras actividades. Y enseguida LEVILLER recibió la tutela de EMIL que pasó al Despacho con la firma de la planilla del 28 de enero de 2016.

El señor LARIOS acotó que el proyecto de fallo del doctor **TAILOR** y el registro llegaron a la Secretaría con fecha 18 de diciembre, lo cual llamó su atención. De ahí no supo

nada más hasta cuando recibió la decisión de nulidad de lo actuado, incluso del auto admisorio, y la orden de remisión de la actuación a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y la compulsas de copias para que se investigara a los empleados de la Secretaría por la mora judicial.

Por ese suceso formuló denuncia en contra del Despacho del doctor **TAILOR** y su auxiliar LEVILLER. La investigación contra el auxiliar fue archivada, pero está pendiente de solicitar el desarchivo porque cuenta con una nueva prueba.

Cuestionado por la defensa sobre su versión libre del 24 de mayo de 2017, rendida ante el Despacho del doctor FRANCISCO PASCUALES en desarrollo del proceso disciplinario donde indicó que no sabía si el mencionado incidente sucedió en diciembre o en enero explicó que no recuerda lo que expresó en esa diligencia porque venía de una incapacidad generada por un accidente cerebro vascular isquémico que le acarreó problemas de memoria, los cuales paulatinamente fue superando.

Aceptó que por esos hechos fue imputado por la Fiscalía, cree en el 2018, y que en las entrevistas que rindió ante ese ente en el 2016 o 2017 expuso lo mismo que está diciendo en el juicio.

A su turno, JORGE LUIS LEVILLER PALOMINO¹¹³, testigo de descargo, de cara a ese episodio declaró en el juicio oral, que era su costumbre revisar los asuntos a cargo del Despacho iniciando año, así se hizo comenzando el 2016. Uno o dos días después del regreso de vacaciones, uno de los judicantes le informó que desde el mes de octubre del año anterior en la Secretaría se encontraba una tutela, revisó y como no la tenía registrada, le comunicó al doctor **TAILOR** quien le indicó que estaba en la Secretaría.

Entonces se dirigió hasta allí a averiguar con el secretario LEONARDO DE JESUS LARIOS NAVARRO acerca del paradero del expediente y le pidió hablar con el conjunto de colaboradores de la Secretaría, quienes escudriñaron en sus puestos de trabajo inútilmente porque no la ubicaron. Como no aparecía le solicitó a LARIOS que lo autorizara para buscarla en el anaquel del Magistrado, donde finalmente la halló.

Ante la inviabilidad de trasladar la tutela al Despacho de manera informal le pidió al secretario que gestionara el pase al Despacho, quien en principio se mostró desinteresado, pero finalmente lo hizo, consignando que estaba traspapelada en los anaqueles de la Secretaría. El doctor **TAILOR** asignó la tutela a uno de sus colaboradores para que confeccionara el proyecto.

¹¹³ Récord 02:32:30 a 3:14:00 de la sesión del 20 de septiembre de 2023.

Aseveró que no conversó con EMIL respecto de la tutela ni le dio algún tipo de instrucción de cómo debía hacer el “pase al Despacho”.

El secretario LEONARDO LARIOS formuló denuncia en su contra y también frente a otros colaboradores de la Secretaría porque supuestamente dio la orden de hacer una constancia distante de la realidad a EMIL MENDOZA y CARLOS AGUIRRE, asunto que fue archivado a su favor, aunque el señor LARIOS sigue insistiendo en “*lavar sus culpas*” porque él fue quien dio la orden de hacer las acomodadas anotaciones y tiene entendido que por esos hechos se encuentra en juicio.

En esa línea de pensamiento, la Sala también encuentra que, si su propósito era, como lo propone la acusación, tergiversar la realidad a través de una anotación para así ocultar la incursión del acusado en la mora en el trámite judicial porque los términos para resolver la tutela estaban más que vencidos no encontraría explicación porqué EMIL aportó la planilla con el registro de “pasa al Despacho por orden del secretario” con la fecha 28 de enero; se trata, como el mismo testigo indica, de su planilla personal, sin que se pueda soslayar que contra él pesa una investigación por estos hechos.

Ahora, se advierte que, si como lo sostiene el acusador, el único con interés en que se transformara la verdad respecto de los registros de la Secretaría con la finalidad de que coincidieran con la data que integró al potencial fallo

sería el implicado, por lo cual determinó a los empleados del Tribunal a consignar una fecha disímil a la real, el escribiente EMIL MENDOZA, quien asegura que realizó la adulteración, es categórico en negar que el Magistrado **TAILOR** le hubiera ordenado variar la anotación en el folio 366.

Resta sentido a la conclusión de un interés de EMIL para ocultar la verídica fecha, pues si su intención hubiese sido falsear la verdadera calenda no hubiera efectuado el apunte en la plantilla con la genuina fecha 28 de enero, que ponía en evidencia lo espuria de la anotación del 18 de diciembre de 2015 en el folio 366 del libro radicador de tutelas.

Tampoco es claro si ese fue el dato que conoció el secretario luego del pase al Despacho, quien asegura que no vio la fecha de esa constancia, puesto que se limitó a firmarla.

Frente al supuesto de que la orden habría provenido del secretario de la Sala Penal, quedaría sin explicación por qué EMIL MENDOZA tomó distancia de manera sustancial de la verdad cuando mencionó la fecha del 28 de enero como aquella que se le ordenó “corregir” cuando está demostrado, sin lugar a dudas, que la anotación genuina sobre la cual supuestamente hizo la modificación era «23 de noviembre de 2015».

Ante este evidente hecho se podrían tejer variadas suposiciones, tales como que EMIL también habría faltado a

la verdad cuando informó que hizo la reforma y en realidad no la efectuó, o que ya se había diligenciado la anotación del pase al Despacho con la primigenia fecha, 23 de noviembre de 2015, o que ya hubiere ingresado al Despacho con informe secretarial de esa data, puesto que, en armonía con la atestación del señor LARIOS se trataba de algo verdaderamente inusual el extravío de una tutela durante ese considerable lapso, y de acuerdo con las declaraciones precedentes, el expediente fue hallado en el anaquel correspondiente al Magistrado **TAILOR**, precisamente por el señor LEVILLER, a quien el secretario denunció por las irregularidades que, en su consideración, se suscitaron en relación con el trámite de la acción constitucional.

Véase que el supuesto que plantea el señor LARIOS es que EMIL lo habría engañado en connivencia con integrantes del Despacho del Magistrado **TAILOR** al presentarle para su firma el informe, pasando el legajo al Despacho con una fecha distinta, hipótesis que adopta el acusador, pero no como fundamento de un acuerdo sino bajo el ropaje de la determinación por parte del aforado.

De otro lado, tampoco se puede obviar el accidente cerebro vascular que padeció el señor LARIOS, el cual le generó incapacidad y afectó su memoria, lo que habría incidido en su desconocimiento de lo acontecido con el expediente de la acción de tutela hasta cuando el señor LEVILLER llegó hasta la Secretaría y le comentó que no se

encontraba en el Despacho, al punto que en la versión rendida en el proceso disciplinario que en su contra se adelantó no supo si los hechos tuvieron lugar en el año 2015 o 2016.

A su turno, LEVILLER PALOMINO, proclama su ajenidad en torno a alguna injerencia sobre EMIL u otro colaborador de la Secretaría para que consignara la fecha del informe pasando el proceso al Despacho o en el libro radicador de tutelas. Enfatiza en que la denuncia que formuló en su contra el señor LARIOS ya fue archivada, aunque persiste en ella porque la orden de hacer las anotaciones distantes de la realidad fue del señor LARIOS, en virtud de lo cual afronta un juicio penal.

Bajo ese panorama, admitir la versión de LEONARDO LARIOS, según la cual EMIL lo engañó en confabulación con integrantes del Despacho del Magistrado **TAILOR** para que firmara el informe, motivo por el cual denunció a LEVILLER PALOMINO y a EMIL MENDOZA SUÁREZ resulta inviable pues en sentido contrario EMIL sostiene que él fue quien le ordenó modificar la fecha; en la misma dirección, la tejida por EMIL debido a que se contrapone a la prueba pericial.

De los cargos propuestos por ese delito y las reseñadas atestaciones, así como la prueba documental y pericial no se obtiene claridad sobre quién emitió la orden o sugirió sobrescribir otra fecha en el renglón undécimo del folio 366

del Libro radicador de tutelas o si EMIL MENDOZA, quien dice haber realizado “corrección” lo hizo motu proprio o por orden o sugerencia de alguien más o si la alteración la efectuó otra persona.

Corolario de lo anterior, como no se demostró la específica conducta realizada por el sujeto activo en la modalidad de determinador, ante la ausencia de tipicidad objetiva no hay lugar a concretar juicio alguno de responsabilidad contra el aforado por este delito contra la fe pública.

Por consiguiente, como se había anticipado en acápite precedente, se privilegia sobre la nulidad su absolución por ese cargo en la medida en que resulta beneficiosa para el enjuiciado y que las falencias denunciadas no conllevan afrenta a los derechos de otros sujetos ni involucran situaciones de interés general; adicionalmente, se advierte que de priorizar la recomposición del proceso no se llegará a una conclusión distinta. Ello, en razón a que con los medios de convicción con que cuenta el ente acusador, analizados en precedencia resultaría imposible edificar una sentencia de condena en contra del acusado.

De otro lado, considera la Corporación que con la decisión adoptada se preservan con mayor solidez los principios de seguridad jurídica, presunción de inocencia, eficacia y celeridad de la administración de justicia.

De la falsedad ideológica en documento público agravada, en la constancia del registro del proyecto de fallo

Se llamó a juicio al exmagistrado **LONDOÑO HERRERA**, *“De la falsedad de la constancia que suscribió el señor CARLOS ENRIQUE AGUIRRE NARVAEZ, la cual también lleva como fecha la de “18 de diciembre de 2015”, de la cual esta Delegada afirma con probabilidad de verdad que el doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** determinó su elaboración, para solapar la falsedad contenida en el proyecto de fallo, al que también le impuso la fecha del 18 de diciembre de 2015.”.*

Aseguró el acusador que el Oficial Mayor de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, certificó que el proyecto de fallo se registró el 18 de diciembre del 2015, cuando en realidad ese documento se firmó el 28 de enero del 2016, esto con la finalidad de encubrir la falsedad contenida en el proyecto de fallo, al que también le impuso esa fecha pretendiendo otorgar visos de oportunidad y licitud para, en realidad, ocultar las circunstancias temporales en que en realidad se confeccionó.

El referido documento goza de capacidad probatoria porque se proponía demostrar que el proyecto de tutela se registró el 18 de diciembre de 2015 cuando en realidad se hizo el 28 de enero de 2016, lo que significa que se pretendía aparentar la expresión de un servidor público conocida a través de un escrito que contenía datos con alcance

probatorio expedido en desarrollo y cumplimiento de su actividad.

De manera similar que, con el delito de falsedad material en documento público previamente analizado, la Fiscalía desde la arista fáctica, en la acusación, no describió los actos que realizó el exfuncionario **LONDOÑO HERRERA**, mediante los cuales se “*determinó la elaboración*” de la constancia de registro del proyecto al señor AGUIRRE NARVÁEZ.

Como se expuso en precedencia, con fundamento en las subreglas fijadas por la Sala de Casación Penal de esta Corporación el primer componente que se debe examinar para establecer si concurren los elementos de la determinación son los actos del inductor, que se concretan, se reitera, en el mandato, convenio, orden, consejo, coacción insuperable o promesa remuneratoria entre el determinador y el autor material, que, se recalca, de no probarse nos exonera de analizar los demás, dado que todos deben confluir.

Ese primer elemento se precisa en que el agente debe alcanzar que el inducido decida ejecutar el delito y lo lleve a cabo.

En el cargo formulado al aforado se le atribuye que *determinó la elaboración* de la constancia de registro; sin embargo, no se señalan los actos a través de los cuales el doctor **LONDOÑO HERRERA** indujo al Oficial Mayor a elaborar esa certificación.

Menos aún la Fiscalía consiguió por medio de la práctica probatoria acreditar de manera fehaciente alguna conducta desplegada por el doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** por medio de la cual indujo a CARLOS ENRIQUE NARVÁEZ a elaborar la constancia del registro actuando como determinador.

Atestó en el juicio oral CARLOS ENRIQUE AGUIRRE NARVAEZ¹¹⁴, quien para la fecha de los sucesos se desempeñaba como Oficial Mayor de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena. Recordó de forma circunstanciada el trámite dado a la demanda de tutela instaurada por ALEXANDER MORENO CARVAJAL.

En lo atinente a la constancia de registro del proyecto que le fue exhibido¹¹⁵ en audiencia, reconoció su contenido: tiene por encabezado Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Penal, Secretaría. El registro de Proyecto del magistrado ponente Dr. **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**, clase de proceso: tutela de primera instancia; accionante: ALEXANDER MORENO CARVAJAL; accionado: Juzgado Único Penal del Circuito de Mompo; radicado 0289 de 2015. Y en el cuerpo se lee “el suscrito oficial mayor de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, deja constancia que, en la presente fecha, el Magistrado Ponente en el asunto de la referencia, REGISTRÓ

¹¹⁴ Desde el récord 3:11:24 de la Sesión 1 y Récord 00:04:30 al 1:33:41 de la Sesión 2 del 25 de mayo de 2023

¹¹⁵ Prueba 16

PROYECTO. Cartagena de Indias, D.T. y C., dieciocho (18) de diciembre de 2015. Aparece la firma de CARLOS ENRIQUE AGUIRRE NARVAEZ, OFICIAL MAYOR.

El declarante admitió que firmó el registro del proyecto, empero explicó que los tres despachos (de la Sala Penal) a diario bajaban los procesos de tutela con constancias de registro que él no elaboraba, pero sí rubricaba y entregaba al escribiente para que anotara en los libros.

No recordó si esa constancia de registro de proyecto la signó el 18 de diciembre de 2015, que es la calenda anotada en el documento, aunque no lo cree puesto que el expediente estuvo extraviado y le comentaron que lo encontraron en los anaqueles de la Secretaría un día de enero de 2016, hallazgo del que no se percató porque ese día él no estaba allí.

Precisó que él se basaba en la buena fe de los jefes y los Despachos, por eso, no siempre revisaba las constancias que le pasaban para su firma, aunque en las contadas ocasiones que lo hizo, advirtió errores.

Mencionó que en muchas ocasiones se hacía el registro del proyecto de la decisión en la Secretaría y transcurrían días para que saliera la sentencia, práctica de los Despachos fincada en el manejo de los términos.

A pregunta planteada por la defensa contestó que el doctor **TAILOR** no le ordenó ni le sugirió firmar el Acta de Registro del Proyecto o estampar o modificar la fecha en el

mismo. No le consta que haya determinado a empleados de la Secretaría para que variaran las anotaciones que les correspondía confeccionar, lo que recalcó cuando fue convocado como testigo por la asistencia letrada. Añadió que no recibió instrucción del Magistrado **LONDOÑO HERRERA** ni del personal de su Despacho para emitir constancias de alguna naturaleza.

Con firmeza respondió que en la Secretaría no participan de la elaboración de los proyectos ni de los registros. Su contacto con estos es posible cuando los despachos los trasladan a la dependencia donde labora y allí les estampan el recibido.

Insistió en que el registro del proyecto del fallo de tutela debieron llevarlo a la Secretaría en el mes de enero, cuando el expediente apareció; sin embargo, no recuerda la fecha porque los proyectos se reciben a diario, y recalca que no siempre lee lo que se consigna en los registros o documentos que bajan.

Explicó que usualmente los proyectos se radicaban con la fecha inserta en ellos, y gran parte de los registros se hacían con fechas anteriores, no el día exacto en que llegaban a la Secretaría y, según le explicaban, lo hacían para conservar los términos.

A comienzos de año llevaban registros de diciembre, en ocasiones con fechas muy antiguas, pero ello no era motivo de discusión con los Despachos porque aducían que lo hacían para no sobrepasar los términos. En el caso de

MORENO CARVAJAL no recuerda la calenda ni quién lo llevó porque arribaban registros a diario, y si aparece su rúbrica es porque lo firmó. Aclaró que el Magistrado **TAILOR** nunca acudió a llevar registros.

Del testimonio del señor AGUIRRE NARVAEZ se desprende, que en ejercicio de su cargo, como Oficial Mayor de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal de Cartagena, i) no elaboró la constancia de registro del proyecto del fallo de la tutela instaurada por ALEXANDER MORENO CARVAJAL, calendada 18 de diciembre de 2015 entregada en su puesto por personal del Despacho del Magistrado **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**; ii) sí la signó; iii) debió suscribirla en enero del 2016, debido a que ese expediente se había extraviado y fue hallado ese mes; iii) no reparó en ello pues no es su costumbre revisar todas las constancias por la cantidad que recibe y iv) es usual que se lleven para firma con otras fechas buscando conservar los términos v) el Magistrado **TAILOR** no le ordenó, ni le sugirió, ni le instruyó para que rubricara la aludida constancia o insertara o modificara su fecha.

De acuerdo con la propuesta del ente acusador, la falsedad se habría cometido en la constancia del registro del proyecto de sentencia insertando una fecha mendaz porque el aforado determinó su elaboración; sin embargo, se insiste, no señaló mediante qué actos el entonces funcionario determinó al Oficial Mayor a realizar esa constancia y estampar esa calenda.

Por otra parte, practicado el testimonio del señor AGUIRRE NARVÁEZ, no teje manto de duda que él NO elaboró el documento, sino que ya confeccionado lo recibió en su puesto de trabajo y le estampó su firma como a diario lo hacía con todos aquellos que ingresaban para ese efecto, sin percatarse de la fecha que tenía impresa; correlativamente no pudo recibir orden, sugerencia o instrucción para su elaboración. Ello lleva a inferir que el documento pudo ser confeccionado en el Despacho del doctor **TAILOR**, desde donde lo llevaron para que el señor AGUIRRE NARVÁEZ lo signara.

En conclusión, como no se acreditó la específica conducta realizada por el sujeto activo en la modalidad de determinador no hay lugar a fundar un juicio de responsabilidad por ese delito contra la fe pública frente al procesado.

Por tanto, se privilegia sobre la nulidad deprecada por la defensa su absolución en razón a la utilidad que implica para el aforado y que los yerros puestos de presente no comportan agravio a los derechos de otras partes ni intervinientes, y tampoco compromete alguna situación de interés general; aunado a lo cual, se advierte que disponer que se rehaga el proceso no conducirá a una conclusión distinta, debido a que con los medios suasorios con que cuenta la fiscalía, objeto de escrutinio en esta decisión resultaría imposible desvirtuar la presunción de inocencia del enjuiciado.

De otro lado, considera la Corporación que con la decisión adoptada se resguardan con mayor firmeza los principios de seguridad jurídica, presunción de inocencia, eficacia y celeridad de la administración de justicia. Por lo tanto, se absuelve al acusado por ese cargo.

DE LAS PENAS A IMPONER

El delito de prevaricato por acción descrito en el artículo 413 del Código Penal tiene prevista una sanción de prisión de 48 a 144 meses, multa de 66.66 a 300 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

Pena de Prisión

Como ya se indicó el artículo 413 del Código Penal tiene prevista para el delito de prevaricato por acción una sanción de prisión de 48 a 144 meses.

De conformidad con lo establecido en el artículo 61 ibidem, corresponde dividir el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos, para lo cual se resta el extremo mínimo (48 meses) al máximo (144 meses) de la pena de prisión, se obtiene una diferencia de 96 meses que al ser dividido en 4 arroja un cociente de 24 meses.

Ahora, los cuartos de movilidad corresponden a los siguientes: el cuarto mínimo de 48 a 72 meses, el segundo

cuarto de 72 meses y 1 día a 96 meses, el tercer cuarto de 96 meses y 1 día a 120 meses, y el cuarto máximo de 120 meses y 1 día a 144 meses.

Pena de Multa

La sanción de multa establecida para el punible de prevaricato por acción es de 66.66 a 300 s.m.l.m.v. que llevada al sistema de cuartos nos arroja los siguientes: el cuarto mínimo de 66,66 a 124,99 s.m.l.m.v., el segundo cuarto de 125 a 183,33 s.m.l.m.v., el tercer cuarto de 183,34 a 241,67 s.m.l.m.v. y el cuarto máximo de 241,68 a 300 s.m.l.m.v.

Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

La privación del ejercicio de los derechos y funciones públicas está fijada desde 80 a 144 meses.

Transformada a cuartos, corresponden a los siguientes: el mínimo de 80 a 96 meses, el primer cuarto medio de 96 meses y 1 día a 112 meses, el segundo cuarto medio de 112 meses y 1 día a 128 meses, y el cuarto máximo de 128 meses y 1 día a 144 meses.

No fueron atribuidas circunstancias de mayor punibilidad y concurre la circunstancia de menor punibilidad de carencia de antecedentes penales prevista en el artículo 55 numeral 1° ídem, puesto que no se demostró

que sobre el implicado para la época de los hechos pesara una sentencia de condena en firme, a tono con las previsiones del artículo 248 de la Carta Política. De acuerdo con la información del Fiscal delegado, de la consulta efectuada por él en la página web de la Policía Nacional, el aforado no registra antecedentes penales.

Ahora, siguiendo los parámetros previstos en el inciso segundo del artículo 61 del Estatuto Punitivo, debido a que concurre únicamente una circunstancia de atenuación punitiva, la ausencia de antecedentes penales, las sanciones habrán de ubicarse en el primer cuarto. En relación con la pena privativa de la libertad, oscila entre 48 y 72 meses, tal como lo ponen de relieve las partes y el delegado de la Procuraduría.

Para determinar la aflicción en concreto se deben tener en cuenta los factores fijados en los incisos 3° y 4° del artículo 61 del Código Penal, esto es, la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Bajo estos lineamientos se procede a establecer la pena. Para el efecto se motivará ponderando las circunstancias y particularidades del caso con base en los medios cognitivos legalmente practicados e incorporados y la realidad procesal que de ellos emana.

La Corporación advierte que la conducta desplegada por el acusado reviste superlativa gravedad porque con ella desconoció de manera palmaria el propósito de las medidas provisionales conforme el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, cuya teleología no es otra que servir de herramienta para proteger derechos fundamentales vulnerados o bajo amenaza de afrenta mientras se dicta fallo en la acción constitucional de tutela.

El enjuiciado dejó de lado el compromiso que adquirió cuando tomó posesión de cargo, de ejercer la función pública con responsabilidad, conforme a la ley y respetando la Constitución.

Afectó la credibilidad, legitimidad y prestigio de la administración pública, socavando la confianza del público en el sistema judicial, máxime cuando la transgresión al bien jurídicamente tutelado proviene de quien ejercía la función jurisdiccional ostentando el cargo de Magistrado por más de 12 años, de especial dignidad dentro de la estructura de la Rama Judicial del Poder Público, razón por la cual recaía en él mayor compromiso con los intereses generales.

De otro lado, defraudó las expectativas de rectitud, honestidad e imparcialidad depositadas en él por la colectividad que espera de quienes imparten justicia probidad en su actuar.

En cuanto a la intensidad del dolo, que la Sala considera alta, se ve reflejada en la manera como el doctor **LONDOÑO HERRERA** decretó la medida provisional no solo desconociendo el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, sino pasando por alto las pautas jurisprudenciales que invocó en la decisión objeto de reproche, orientadas, sin lugar a dudas a beneficiar al señor ALEXANDER MORENO CARVAJAL, en contravía del ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, resulta imperioso distanciarse del extremo del cuarto mínimo, así, se considera necesario, proporcional y razonable incrementarla en un 6,25%, lo que nos arroja un total de **51 meses de prisión.**

En cuanto a la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por las mismas razones, se ubica en el cuarto mínimo y se realiza el incremento del 6,25% para un total de 85 meses.

Finalmente la multa, atendiendo a los factores previstos en el numeral 3° del artículo 39 del Estatuto Punitivo, esto es, el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar, en armonía con el análisis ya realizado al momento de fijar la sanción privativa de la libertad y como no se cuenta con información de la que se derive que la situación económica del procesado es boyante, se fijará en la mínima, con similar incremento que el realizado a la aflicción de

prisión, es decir, 6,25% para un total de **multa de 70,83 s.m.l.m.v.**

La multa deberá ser pagada a favor del Ministerio De Justicia y del Derecho, según las previsiones del artículo 42 del Código Penal, modificado por el artículo 6° del Decreto 2197 de 2022.

SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISIÓN

Al unísono, los delegados de la fiscalía y procuraduría y la defensa advierten la existencia de una prohibición legal en el artículo 68 A para la concesión de los sustitutivos de la pena de prisión en este caso; sin embargo, el fiscal delegado y el procurador, solicitan que previa la actualización de la valoración médico legal que obra en el legajo, donde consta que al aforado se le dictaminó la enfermedad de Parkinson, con la finalidad de establecer su actual condición, siguiendo el parámetro del inciso 2° del artículo 447 del Código Penal se de aplicación al canon 68 ídem y se le conceda la prisión domiciliaria.

A su turno, la defensa técnica indica que en este caso “en principio no podría darse lugar a la detención en su domicilio, obra en la actuación dictamen de Medicina legal, en el cual consta que su estado de salud en aquel momento en que se hizo esa valoración, pues era incompatible con la vida en reclusión, aunado a ello, se ha presentado...algunos documentos correspondientes a la historia clínica actualizada del doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO**, que dan

cuenta que el deterioro de salud, si se compara el dictamen de Medicina legal de su momento con la evolución de la enfermedad...mucho más avanzado al día de hoy, caracterizado por situaciones en las cuales se encuentra en desconexión por cuenta de un medicamento. También consta ...que tiene que dormir las horas que puede hacerlo, en una cama especial que fue entregada por el sistema de salud, y que requiere acompañamiento las 24 horas del día para poder suplir las necesidades, en ese sentido, pues, encontramos que se encuentra acreditado en supuesto relativo a la enfermedad grave, y esa enfermedad grave, pues hace incompatible su vida con la vida en reclusión...”.

Del mismo modo solicita que se mantenga en libertad a su asistido mientras cobra firmeza la sentencia. Argumenta que con su historial de comparecencia al juicio y las condiciones de salud que padece, no existe razón alguna para suponer un riesgo de fuga u otro motivo que justifique su privación de libertad.

La Corte considera para resolver sobre la concesión del subrogado, que el delito de prevaricato por acción, por el que se procede, es de aquellos que afectan la Administración Pública, por consiguiente, de acuerdo con el artículo 68 A del Estatuto Punitivo se halla dentro del listado de excluidos de beneficios y subrogados penales.

La Sala desestima la petición del abogado defensor acerca de que su prohijado permanezca en libertad mientras cobra firmeza la sentencia que se emite, pues el fundamento

aducido sobre que su representado, “ha comparecido al proceso y no existiría, pues, ninguna razón acreditada de riesgo de fuga” se refiere a uno de los presupuestos para privar de la libertad al procesado durante la etapa de la investigación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 308 a 310 del C.P.P.¹¹⁶

En este momento procesal ya han culminado los ciclos de investigación y juzgamiento y ha sido declarada la responsabilidad penal del aforado, así que ante la evidente veda de la concesión de algún sustitutivo de la pena de prisión se advierte necesaria la restricción de la libertad, de manera inmediata, para que el sentenciado comience a descontar la sanción que se le ha impuesto. No se observa otra manera que permita la consecución de ese fin.

No obstante, dentro del expediente se advierte que el procesado padece de la enfermedad de Parkinson, que en su momento condujo a que un Magistrado con función de control de garantías, el 15 de diciembre de 2017, dispusiera la sustitución de la medida de aseguramiento de detención intramural por la prevista para el lugar de residencia.

En esa ocasión, la condición del estado del aforado respecto de su padecimiento se estableció con la valoración No. GRCOPPF-DRNT-16486-C-2017¹¹⁷, como lo recuerda el delegado del Ministerio Público, efectuada por un galeno del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a

¹¹⁶ Así lo estableció la Corte Constitucional en sentencia C-342 de 2017.

¹¹⁷ Fls. 82 a 89 C. 1.

quien se solicitó por la judicatura “establecer el estado de salud de **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** y si las patologías que padece son compatibles con el estado de privación de la libertad en centro carcelario”.

El experto, siguiendo las guías y protocolos correspondientes, arribó a la siguiente conclusión: al momento del examen, **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** presenta 1. enfermedad de Parkinson, 2. portador de marcapaso bicameral secundario a bloqueo av de segundo grado mobitz I y II, 3. Apnea obstructiva del sueño, 4. Cardiopatía hipertrófica, 5. Hipertensión arterial Y se encuentra hemodinámicamente estable al momento del examen, sin embargo por los antecedentes, los paraclínicos reportados y el examen físico realizado, **permiten fundamentar una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal**, por estar comprometida en gran medida su capacidad de autonomía funcional lo que le impide realizar sus actividades básicas cotidianas (comer, vestirse, bañarse, ir al baño, desplazarse, incorporarse, etc.), y hace necesario garantizar ciertas condiciones especiales de manejo y cuidado, así como su asistencia permanente por parte de una persona entrenada.

A la par, indica que se debe solicitar una nueva evaluación médico legal luego de la implantación del neuroestimulador, el cual está ordenado por los galenos tratantes.

Sobre la enfermedad de Parkinson, el versado explicó: “es un tipo de trastorno del movimiento que ocurre cuando las neuronas o células nerviosas no producen una sustancia química importante en el cerebro conocida como dopamina, Por (sic) lo que comienzan a presentarse síntomas lentamente en general en un lado del cuerpo más adelante son afectados ambos lados del cuerpo, algunos de estos síntomas son temblores en las manos los brazos las piernas la mandíbula (sic) y la cara, rigidez en los brazos las piernas y el tronco, Lentitud (sic) de los movimientos, problemas de equilibrio y coordinación. a (sic) medida que los síntomas empeoran, las personas pueden tener dificultad para caminar o hacer labores simples, además de tener problemas como depresión, trastorno del sueño o dificultad para masticar. existen (sic) diversas medicinas que a veces ayudan a mejorar los síntomas y en casos severos, una cirugía y estimulación cerebral profunda (electrodos implantados en el cerebro) puede ayudar, debido a que envían pulsos para estimular las partes del cerebro que controlan el movimiento...”.

Es importante destacar que el procesado se encuentra actualmente en libertad, de conformidad con lo dispuesto en el sentido del fallo emitido por esta Sala, en el cual se estableció que el procesado podría permanecer en libertad hasta que se dictara sentencia y se determinara si su captura era o no necesaria para el cumplimiento de la pena correspondiente.

Ahora, la defensa en el traslado correspondiente del artículo 447 del C.P.P. aportó apartes de la historia clínica del aforado¹¹⁸.

La Sala, a petición del fiscal delegado y del agente del ministerio público dispuso que por el Instituto Nacional de Medicina Legal se valorara nuevamente al doctor **LONDOÑO HERRERA** con el propósito de establecer el actual estado de la enfermedad y si resultaba incompatible con reclusión formal.

Citado por esa entidad para practicarle la respectiva evaluación, según los profesionales especializados forenses encargados de efectuar el examen, fue imposible pues **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA** “muestra mutismo total, no sigue ordenes (sic) ni muestra contacto visual con los examinadores razón por la cual no es posible obtener el consentimiento”, y aunque acudió acompañado por su hermana, ella se negó a otorgar el consentimiento aduciendo que no ostentaba la representación legal de su allegado.

Con fundamento en lo anterior, solicitada relación médico legal al Instituto de Medicina Legal, en dos oportunidades, puesto que se cuenta con el dictamen practicado en el 2017 y la historia clínica reciente, mas no con el consentimiento del procesado, los galenos especializados adujeron que sin la asistencia de la persona por examinar es imposible dictaminar el estado de actual del

¹¹⁸ Disco compacto obrante a fl. 11 del C. 11.

padecimiento que afronta el doctor **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**, y si esa condición es incompatible con la reclusión formal.

Como ya se reseñó, el implicado no contribuyó con la práctica de la valoración que fue programada a solicitud de la Sala, pues no brindó el consentimiento respectivo, de lo que se infiere su falta de interés para que se le practicara la evaluación debido a que la conducta procesal exhibida por el aforado, específicamente las copiosas peticiones elevadas directamente por él (las últimas correspondientes a la interposición del recurso de apelación frente a las decisiones adoptadas en las audiencias concentradas llevadas a cabo el 25 de septiembre de 2017 y recusación del Magistrado Carlos Héctor Tamayo) permiten deducir que se halla en condiciones de dar su consentimiento para la práctica del examen.

En ese sentido la Colegiatura, a fin de materializar el ideal de eficacia de la administración de justicia, con el propósito de evitar dilaciones, adopta la decisión que en derecho corresponde tomando en cuenta los elementos de convicción con los que cuenta.

En relación con el dictamen médico legal obrante en el expediente, si bien han transcurrido más de 6 años desde que el facultativo emitió concepto sobre el estado de las patologías que padece el procesado, se puede afirmar que el mismo no ha perdido vigencia desde la perspectiva de las singularidades de la principal enfermedad que le aqueja, según la ilustración del perito.

Nótese que, respecto del diagnóstico referido a la enfermedad de Parkinson, en la descripción de sintomatología se menciona que a medida que avanza el padecimiento incrementa la afectación en el equilibrio y coordinación, la marcha y en general la pérdida de su capacidad de autonomía funcional, lo que le impide realizar actividades básicas cotidianas como comer, vestirse, bañarse, ir al baño, desplazarse, incorporarse, etc.

La Sala no desconoce que, según se consignó en el informe, el doctor **LONDOÑO HERRERA** estaba pendiente de que se le practicara la implantación de un neuroestimulador, lo que motivó que por parte del perito se sugiriera una nueva evaluación luego de ese procedimiento ordenado por los médicos tratantes, que no se dispuso por el Magistrado de Garantías en razón a que el acusado recobró su libertad.

Aunado, en las partes de la historia clínica que aportó la asistencia letrada del acusado correspondiente al doctor **LONDOÑO HERRERA**, si bien no se halla una secuencia temporal en los fragmentos remitidos, en ellos se logra determinar la coincidencia con el diagnóstico de la enfermedad de Parkinson, el estadio en que se halla, así como la implantación de un neuroestimulador.

Examinadas las piezas de la historia clínica (fecha 14/01/2022) proporcionadas por la defensa, se observa que en el apartado con fecha 25 de febrero de 2018, consta que

al sentenciado se le practicó implante de electrodos a nivel de GP (s); a la vez que se fija que la enfermedad de Parkinson que le aqueja se halla en el estadio III que afecta su calidad de vida.

El 07 de diciembre de 2022 se consigna que el paciente presenta disquinesias, bloqueos para la marcha, disartria hipocinética moderada. Igualmente, que cuenta con un neuro regenerador, se recomienda estimulación cerebral y se ordenan nuevos estudios y evaluación médica multidisciplinaria intrahospitalaria.

Del mismo modo se evidencia que en valoración efectuada el 27 de febrero de 2023 se establece que presenta compromiso motor y del habla, disfonía espasmódica, temblor corporal y extremidades eutróficas.

El 25 de octubre de 2023 se anota que se reprograma estimulador eléctrico no cardiaco. De manera análoga se consigna que presenta marcha lenta independiente con apoyo y disartria hipocinética moderada.

Se registra anotación del 13 de marzo de 2024 donde consta que presenta enfermedad de Parkinson de difícil control farmacológico, se reprograma estimulador eléctrico no cardiaco. Asimismo, se determina aumento de periodos de disquinesias y bloqueos para la marcha (lenta, independiente con apoyo) y disartria hipocinética moderada.

Aunado a ello, durante el desarrollo del juicio, la Corporación pudo percibir las dificultades en el habla del procesado, quien requirió suspensiones del juicio y autorización de asistencia para poder intervenir, comunicarse con su defensor y con la Sala.

Ahora, la norma regulatoria del sustitutivo que se reclama es el artículo 68 del Código Penal, que establece:

“RECLUSIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE. El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta.

Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado.

Se aplicará lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 38.

El Juez ordenará exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste.

En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida.

Si cumplido el tiempo impuesto como pena privativa de la libertad, la condición de salud del sentenciado continúa presentando las características que justificaron su suspensión, se declarará extinguida la sanción.”.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-348 de 2024 declaró la inexecutable de la expresión “muy grave”, contenida tanto en el título como en el inciso 1° del artículo 68 del Código Penal, Ley 599 de 2000, así que este Cuerpo

Colegiado debe efectuar el análisis bajo ese novedoso parámetro normativo.

El profesional del derecho que representa judicialmente al aforado también reclama que su procurado permanezca en su domicilio en razón al deterioro en su salud; asegura que comparado el dictamen de Medicina legal con la evolución de la enfermedad (de acuerdo con la historia clínica), esta ha sido mucho más agresiva. Aduce que debe dormir en una cama especial que fue entregada por el sistema de salud, usa pañal desechable, recibe atención médica de manera domiciliaria y requiere acompañamiento las 24 horas del día para suplir sus necesidades. En ese sentido, encuentra acreditado el supuesto relativo a la enfermedad grave, y la incompatibilidad con la vida en reclusión.

Analizadas las condiciones establecidas en el precepto referenciado, se encuentra que se hallan satisfechas, así:

i) El acusado se encuentra aquejado por una patología incompatible con la vida en reclusión formal. Nótese que, respecto del diagnóstico referido a la enfermedad de Parkinson, en la descripción de sintomatología del dictamen médico legal, se menciona que a medida que avanza el padecimiento incrementa la afectación en el equilibrio y coordinación, la marcha y en general la pérdida de su capacidad de autonomía funcional, lo que le impide realizar actividades básicas cotidianas como comer, vestirse, bañarse, ir al baño, desplazarse, incorporarse, etc.

De manera concurrente, los apartes de la historia clínica que aportó la defensa revelan que el estadio de la enfermedad de Párkinson, es el III, que afecta la calidad de vida del aforado y aunque se le implantó un neuroestimulador el padecimiento persiste.

En lo atinente a la eficacia de la historia clínica para acreditar el estado actual del padecimiento que aqueja al acusado, es preciso señalar que la custodia de la Constitución, en la mencionada sentencia C-384 recordó que previamente, en la providencia C-163 de 2019, ordenó a los funcionarios judiciales tener en cuenta cualquier medio probatorio pertinente en el caso de la sustitución de detención intramural por residencial por razones de salud (apartado §206).

La misma Corporación en los acápites §202 y §203, de la referida sentencia C-348 de 2024, determinó que,

“§202. En ese contexto, es razonable entender que toda enfermedad calificada como muy grave debería conducir al beneficio, pero, además de ello, que en las demás enfermedades corresponde al funcionario judicial realizar un análisis, que se plasme en la motivación de la sentencia, acerca del estado de salud del sujeto, su potencial de curación o agravación, la continuidad del servicio en centro carcelario o penitenciario, el acceso a citas oportunas. En otras palabras, esta decisión no puede interpretarse en el sentido de hacer más lesiva la situación actual de las personas privadas de la libertad, manteniéndolas en

situación intramural cuando esta es incompatible con su vida digna.

§203. En consecuencia, los jueces deberán tener en cuenta criterios como la valoración médica de la salud del recluso, continuidad de la atención en el centro privativo de la libertad, disponibilidad de servicios de gran complejidad, posibilidad de trasladar de manera urgente a la persona a un centro médico que pueda otorgar la atención adecuada, y cualquier otro que permita determinar si la prestación del servicio de salud no garantizaría la dignidad humana del condenado.”.

Considerando el diagnóstico y pronóstico de la condición más crítica que padece el aforado, realizados en el examen médico legal, que se reafirma con la historia clínica, la Sala establece que la patología ostenta la condición de grave e incompatible con la vida en reclusión formal.

ii) El aforado, en el momento de la comisión de la conducta no tenía otra pena suspendida por el mismo motivo.

El funcionario acusador, en su intervención, describiendo el traslado de que trata el artículo 447 del C.P.P. expresó que consultó la página web de la Policía Nacional, entidad encargada de informar el registro de antecedentes judiciales, estableciéndose que el doctor **LONDOÑO HERRERA** carece de antecedentes penales, de lo

cual se colige razonablemente que no tiene sanciones suspendidas por el mismo motivo.

En consecuencia, la Colegiatura ha de adoptar la decisión que satisfaga en mayor medida la garantía de los derechos a la dignidad, la salud y la vida digna del aforado.

Atendiendo el estadio y factor de progresividad de la patología de Parkinson que afecta al doctor **TAILOR IVALDY**, encuentra la Sala que requiere de vigilancia médica pues la enfermedad que sufre es de difícil control farmacológico, requiere atención constante y es una persona que necesita apoyo para realizar tareas básicas de autocuidado.

Por consiguiente, a fin de evitar posibles complicaciones y con el propósito de preservar las condiciones necesarias para que el aforado lleve una vida digna, tales como el servicio médico domiciliario que en la actualidad se le presta, la asistencia de un cuidador porque no puede realizar por sí mismo sus actividades vitales básicas, las periódicas estimulaciones cerebrales y la posibilidad de acudir al sistema de recarga para el generador que posibilita la estimulación cerebral, resulta imperativo autorizar el sustitutivo.

En conclusión, satisfecho el supuesto de hecho del artículo 68 del Estatuto Punitivo procede conceder al doctor **TAILOR LONDOÑO HERRERA** la prisión domiciliaria en virtud de la enfermedad que padece, que además de ser

grave, por su difícil manejo se torna incompatible con la vida en reclusión formal.

Para acceder al mecanismo el procesado deberá garantizar, mediante caución prendaria por valor equivalente a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, que podrá constituir mediante depósito o póliza judicial, el cumplimiento de las obligaciones previstas a partir del numeral 4° del artículo 38B del Código Penal. Para el efecto se comisiona al Juez Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cartagena (reparto), quien deberá recibir la garantía indicada y la suscripción de la diligencia de compromiso. Líbrese el correspondiente despacho comisorio.

Para efectos de la elaboración de la cartilla biográfica y demás documentos necesarios para formalizar la privación de la libertad en su lugar de residencia, atendiendo la particular situación del acusado, el personal del INPEC deberá trasladarse hasta la residencia del doctor **LONDOÑO HERRERA**. Oficiese.

Así mismo, se reconocerá como parte de la pena impuesta, el lapso que permaneció en detención preventiva por cuenta de este diligenciamiento.

Lo anterior no obsta para que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad que asuma la vigilancia de la condena disponga, de acuerdo con las previsiones del inciso 4° del artículo 68 del Estatuto Punitivo que se realicen

exámenes periódicos al aforado a fin de determinar si la situación que dio lugar al subrogado persiste.

En firme la providencia, por Secretaría se enviarán las comunicaciones pertinentes para efectos de su publicidad, en armonía con los artículos 166 y 462 del C.P.P. y se remitirá la actuación al reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que por competencia corresponda para la vigilancia de esta condena.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: NEGAR las solicitudes de nulidad elevadas por el acusado y su defensor en las alegaciones de conclusión y rechazar de plano la presentada por el procesado el 30 de septiembre del año que avanza, acorde con los fundamentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR prescrita la acción penal respecto de los delitos de prevaricato por omisión por los cuales se acusó al procesado **TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA**; en consecuencia, extinguir la acción penal y precluir la investigación adelantada por esas conductas punibles, según las razones expresadas.

TERCERO: CONDENAR a TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA COMO AUTOR RESPONSABLE DEL DELITO DE PREVARICATO POR ACCION, a las penas de 51 meses de prisión, multa de 70,83 s.m.l.m.v. e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 85 meses.

La multa deberá ser pagada a favor del Ministerio De Justicia y del Derecho, según las previsiones del artículo 42 del Código Penal, modificado por el artículo 6° del Decreto 2197 de 2022, por las razones expresadas en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: CONCEDER a TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA el sustitutivo de la prisión domiciliaria de acuerdo con las previsiones del artículo 68 del Código Penal, para acceder al beneficio deberá suscribir diligencia de compromiso en los términos del numeral 4° del artículo 38B ídem y prestar caución por el valor correspondiente a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes de la manera como se determinó en la parte motiva de esta decisión.

Para el efecto se comisiona al Juez Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cartagena (reparto), quien deberá recibir la garantía indicada y la suscripción de la diligencia de compromiso. Líbrese el correspondiente despacho comisorio.

QUINTO: ABSOLVER a TAILOR IVALDY LONDOÑO HERRERA de los cargos por los delitos de falsedad ideológica

en documento público y falsedad material de documento público.

SEXTO: EXPEDIR las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes, en los términos fijados en los artículos 166 y 462 de la Ley 906 de 2004, una vez cobre ejecutoria esta decisión.

SÉPTIMO: EN FIRME este fallo, remítase la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (Reparto) que corresponda para lo de su competencia.

OCTAVO: INFORMAR que contra esta decisión procede el recurso de apelación (artículos 1, 2 y 3 num. 6° del Acto Legislativo 01 de 2018), ante la Sala de Casación Penal de esta Corporación.

Notifíquese y Cúmplase.

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario

SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA 2024