

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA -  
RISARALDA

**SALA DE DECISION PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, trece (13) de julio de dos mil diez (2010)

Proyecto aprobado por Acta No 455

Hora: 6:00 p.m.

**1. ASUNTO A DECIDIR**

1.1 Corresponde a la Sala resolver lo pertinente en relación con la impugnación presentada por el apoderado del señor NELSON ROMERO LAMES, contra la decisión del 30 de mayo de 2011, del Juzgado Quinto Penal del circuito de Pereira, que no tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, invocado por el mismo, en la acción de amparo que promovió contra el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Pereira.

**2. HECHOS RELEVANTES.**

2.1 El supuesto fáctico de la acción de tutela que interpuso el apoderado del señor NELSON ROMERO LAMES es el siguiente:

- El día 6 de junio de 2010 la Fiscalía narró ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, los hechos delictivos en los que se vio comprometida la responsabilidad del señor ROMERO LAMES.
- Al accionante le fue imputado el delito de hurto calificado, conducta descrita en el artículo 240 del Código Penal, modificado por el artículo 37 de la Ley 1142 de 2007, imputación a la que se allanó el procesado, situación que tuvo como consecuencia, la realización de la audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia ante el despacho accionado el día 17 de septiembre de 2010, acto en el cual se hicieron presentes el doctor Hernando León Castillo Ponce como abogado público, en reemplazo de la doctora Gloria Nancy Arias Dávila, y la representante de la víctima designada por el consultorio jurídico.

- En la referida audiencia, la representante de la Fiscalía manifestó no haber podido ubicar a quien figuraba como víctima de la conducta, con el objeto de tasar los perjuicios causados con la comisión de la conducta. Agregó que tenía entendido que la víctima había tenido comunicación con su representante, a quien le manifestó que no estaba interesado en cobrar perjuicios ni promover el incidente de reparación integral, circunstancia que fue ratificada con la estudiante de consultorio jurídico.
- El abogado defensor manifestó que era necesario indemnizar a la víctima para que su representado accediera a las rebajas de ley, por lo cual solicitó la suspensión de la audiencia para adelantar conversaciones con el ofendido, dentro del término de diez días.
- El día 22 de octubre de 2010 se continuó con la diligencia, acto al cual asistió la doctora Arias Dávila, donde se dijo que se había podido indemnizar a la víctima.
- El señor juez manifestó que estaban dados los requisitos de validez del proceso para proferir sentencia, la cual fue de carácter condenatorio.
- La acción de tutela es procedente frente a decisiones judiciales de manera excepcional, cuando la sentencia es constitutiva de una vía de hecho.
- La rebaja por indemnización de perjuicios es un derecho consagrado en la ley a favor del procesado, el cual debe ser garantizado por el funcionario judicial, previa solicitud de la defensa.
- En el presente caso ocurrió un defecto procedimental y una violación directa a la Carta Política, ya que las manifestaciones hechas por quien representaba los intereses del procesado, en el sentido de no haberse podido lograr a la indemnización, merecían ser detalladas, mediando requerimiento del juez.
- El juez debió haber suspendido la audiencia para que la defensa intentara la reparación o convocar a un acto para la tasación de perjuicios a través de un perito, con el fin único de garantizar al procesado la rebaja contemplada en la ley.
- La Corte Suprema de Justicia en la sentencia 30800 de 2009 expuso que la rebaja por indemnización de perjuicios en los delitos que atentan contra el patrimonio económico, constituye un derecho para el encartado, el cual deberá ser garantizado por el juez, aun en el caso de que el

ofendido se niegue a ser indemnizado, permitiendo a la defensa dar trámite al incidente de reparación.

- Si bien es cierto la defensa no hizo solicitud en ese sentido, el señor juez estaba en la obligación de requerir a la apoderada del procesado para que hiciera lo posible y procedente para garantizar el derecho.
- El derecho al debido proceso ha sido vulnerado ya que existió una designación de un abogado público, pero éste no asumió realmente su defensa, ya que no realizó diligencia alguna tendiente a contactar a la víctima para lograr su indemnización. Tampoco aprovechó el tiempo que le otorgó el despacho, en el cual pudo haberse valido de un perito para que se tasaran los perjuicios o se iniciara el incidente de reparación integral. Lo anterior lleva a concluir que no existió defensa técnica.

Solicita que los derechos del procesado sean amparados y se ordenen la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia celebrada el 22 de octubre de 2010.

2.2 Anexó al escrito de tutela poder general.

2.3 Mediante auto del 17 de mayo de 2011, la a quo avocó el conocimiento de la demanda de tutela, vinculó y corrió el respectivo traslado al despacho accionado.

### **3. RESPUESTA DE LA ACCIONADA**

El Juez Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento dio respuesta al requerimiento efectuado por el despacho en los siguientes términos:

- Hizo referencia a la actuación surtida en su despacho el día 17 de septiembre de 2010 referente a la audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia, acto del cual se destaca que el abogado defensor del procesado solicitó la suspensión de la diligencia con el objeto de procurar la indemnización de la víctima y lograr a favor del encausado la rebaja establecida en la ley. En esa diligencia también manifestó el apoderado del procesado que pese a no existir contacto con el encartado, procuraría la indemnización. El despacho accedió a la suspensión de la diligencia.
- Vencido el término otorgado para que la defensa realizara las gestiones de indemnización, el juzgado convocó a la continuación del acto. El día 22 de octubre de 2010 se profirió en contra de NELSON ROMERO

LAMES sentencia condenatoria, no sin antes interrogar a la defensa por el resultado de su labor en lo referente a la indemnización de perjuicios, a lo cual respondió que había sido imposible.

- Atendiendo el esquema del Sistema Penal Acusatorio, el juez que tenga conocimiento de la causa debe ser ajeno al conflicto penal generado y es su deber garantizar el principio de igualdad.
- El juez, dando aplicación al principio de imparcialidad, está llamado a separarse de las pretensiones que animen a las partes dentro de la actuación, garantizando de esta manera, decisiones en derecho y justicia.
- Lo pretendido, en el sentido de que se ahondara con la defensa acerca de las gestiones implementadas para obtener la indemnización, riñe con el sistema de partes y con el principio de imparcialidad a que se ve abocado el juez en todas sus actuaciones.
- En el desarrollo del proceso se pudo determinar que la víctima no tenía interés alguno en la reparación, pese a ello, la defensa estaba en la obligación haber comparecido al proceso con un perito que avalara los perjuicios ocasionados con la conducta, ciñéndose a las directrices de su representado; Sin embargo, no era obligación del juez inquirir a la defensa en ese sentido, tal como lo pretende el abogado que formuló la presente acción de tutela.
- La defensa tampoco solicitó la audiencia de reparación integral de perjuicios para garantizar el derecho del procesado de obtener una rebaja, atendiendo lo dispuesto en los artículos 82 y 89 de la Ley 1395 de 2010.
- Advirtió que el señor Nelson Romero Lames nunca atendió los llamados de la judicatura y no presentó un interés real en el proceso, como para alegar que estaba dispuesto a pagar los perjuicios causados.
- Solicitó la vinculación de la doctora Gloria Nancy Arias Dávila a la acción de tutela.
- Consideró que no ha existido defecto procedimental alguno y en consecuencia el amparo pretendido debe ser negado por improcedencia.
- El procesado ha sido el artífice de la situación por la que ahora se queja, ya que no demostró interés alguno dentro del proceso penal, debiendo asumir las consecuencias de su inactividad.

#### **4. LA DECISION IMPUGNADA**

Mediante fallo del 30 de mayo de 2011<sup>1</sup> el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, decidió denegar la acción de tutela invocada por el apoderado del señor NELSON ROMERO LAMES, por no existir violación al debido proceso y al derecho de defensa, toda vez que el juez de conocimiento actuó con imparcialidad como director del proceso y siendo garante de los derechos de las partes.

La decisión fue apelada por el apoderado del señor ROMERO LAMES.

#### **5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

El apoderado que presentó la acción de tutela impugnó la providencia proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta ciudad, argumentando su inconformidad de la siguiente manera:

- Las vías de hecho se configuraron en la providencia objeto de la acción constitucional, no pudiendo el despacho accionado ampararse en el principio de imparcialidad, cuando se puede estar frente a una vulneración de derechos.
- La doctora Gloria Nancy Dávila en ningún momento asumió la defensa técnica del procesado, ya que no cumplió con sus deberes.
- Al decretarse la nulidad se restablecen los derechos o garantías lesionadas.

#### **6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

6.1 Esta Sala es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la C.N.

A su vez se cumplen los requisitos de legitimación por activa y por pasiva, previstos en los artículos 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

6.2 Problemas jurídicos a resolver: i) la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales y ii) de superarse el test de

---

<sup>1</sup> Folios 33-50

procedibilidad, se debe decidir si con la decisión del 22 de octubre de 2010 del juzgado 2º Penal Municipal con Funciones de Conocimiento le fueron vulnerados los derechos fundamentales al accionante.

6.3 En el presente caso el impugnante insiste en la existencia de una vía de hecho entendida como causal de procedibilidad de la tutela frente a decisiones judiciales.

En principio se debe hacer mención de lo expuesto por la Corte Constitucional, sobre los requisitos para que se configure ese defecto en una decisión judicial así:

“... En consideración de estos parámetros, la jurisprudencia ha identificado diferentes supuestos que de verificarse permiten descalificar una actuación judicial y señalarla de configurar una vía de hecho, esto ocurre cuando la autoridad judicial incurre en un defecto orgánico, sustantivo, fáctico o procedimental.

(...)

Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial.<sup>2</sup>

6.4 En la doctrina pertinente sobre la materia se ha manifestado lo siguiente:

---

<sup>2</sup> Sentencia T 231 de 2004. Cfr. entre otras las sentencias T-318 de 2004, T-231 de 1994 y T-1006 de 2004

"... Acerca de las vías de hecho, se han establecido los requisitos para que en efecto, éstas se configuren y por ende, sea procedente de ser amparada por vía de tutela:

1°. Que exista grave defecto sustantivo, es decir, cuando la decisión se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto.

2°. Que se presente un flagrante defecto fáctico, es decir, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar determinada norma es absolutamente inadecuado.

3°. Que haya un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate y;

4°. Que exista, un evidente defecto procedimental, es decir, cuando el Juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones."<sup>3</sup>

6.5 En la acción de tutela presentada por el apoderado judicial de NELSON ROMERO LAMES ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta ciudad, se hace referencia a una situación constitutiva de *vía de hecho*, que afectó lo actuado en el proceso penal que se adelantó en contra de su prohijado, dentro del cual se profirió sentencia condenatoria sin que la abogada defensora realizara trámites efectivos tendientes a lograr la indemnización del ofendido, a fin de que el procesado obtuviera derecho a una rebaja superior.

Sin embargo hay que manifestar que de acuerdo con la prueba allegada, la defensora del procesado tuvo la oportunidad de solicitar que se adelantara un incidente de reparación integral de la víctima, como se ha previsto en la jurisprudencia pertinente de la Sala de Decisión Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre la aplicación del artículo 269 del C.P. así :

*"En tratándose de este beneficio concreto, si la víctima se niega a colaborar con la justicia para la*

---

<sup>3</sup> Doctrina Constitucional de la tutela contra providencias judiciales Dr. Rodrigo Escobar Gil. Revista Judicial. Publicación Consejo Superior de la Judicatura Bogotá. octubre 2006 P. 6

*determinación del monto de los perjuicios causados, como ocurrió en el presente caso, o no comparece al proceso, es deber del funcionario que conoce del asunto garantizar el ejercicio de esta prerrogativa, acudiendo a la apertura del incidente de reparación integral, con citación de la víctima cuando así lo solicite el procesado, con el fin de establecer su valor "4*

Al no cumplirse esa actuación el juez de conocimiento no tenía otra alternativa que dictar sentencia sin hacer la rebaja correspondiente, situación que excluye cualquier eventual vulneración de derechos del actor por parte del funcionario accionado y por ende afecta las pretensiones del accionante, ya que el artículo 10 del decreto 2591 de 1991 establece que :  
" *La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental "*, situación que no se presenta en este caso ya que el juez de conocimiento no podía reducir la pena al no existir comprobación de que se hubieran cumplido los presupuestos del artículo 269 del C.P. y no se puede considerar que la aplicación correcta de la ley constituya una causal genérica de procedibilidad de la tutela, sin que el apoderado del accionante hubiera demostrado la existencia de algunas de las causales que dan lugar a la configuración del defecto material o sustancial, como las siguientes:

- Carencia absoluta de fundamento jurídico, por haberse basado la decisión en una norma inaplicable al caso concreto o inexistente en el ordenamiento jurídico<sup>5</sup>.
- Aplicación de una norma abiertamente inconstitucional <sup>6</sup>
- Abierta y franca incompatibilidad entre los fundamentos jurídicos y la decisión adoptada.<sup>7</sup>
- Vulneración de la Constitución por desconocimiento del precedente *iusfundamental* o por afectación directa del texto constitucional.

---

4 C.S.J. Sala de Casación Penal. 1 de julio de 2009. Radicado 30800 M.P. Jose Leonidas Bustos Martinez

5 Corte Constitucional. Sentencias T- 158/93 ; T-804 de 1999 y SU 159-02

6 Corte Constitucional. . Sentencias T- 572 de 1994; T 522 de 2002

7 Corte Constitucional. Sentencia T- 100 de 1998



Por lo tanto la Sala considera que en este evento y frente a los aspectos sobre los cuales manifestó su inconformidad el recurrente, no se presentan los requisitos de condición genérica de procedibilidad de la tutela contra decisiones judiciales, llamada genéricamente "vía de hecho", que requiere de ciertas exigencias para su prosperidad, que no se reúnen en este caso y que han sido examinadas en la jurisprudencia pertinente de la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, entre ellos la sentencia a C-590 de 2005 de la Corte Constitucional, en la cual se expuso lo siguiente:

"(...) la Sala considera pertinente señalar que el concepto de vía de hecho, en el cual se funda la presente acción de tutela, ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional. La Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Actualmente no (...) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.<sup>8</sup> En este caso (T-1031 de 2001) la Corte decidió que la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando

---

<sup>8</sup> Sentencia T-1031 de 2001. En este caso se decidió que "(...) el pretermitir la utilización de los medios ordinarios de defensa, torna en improcedente la acción de tutela. Empero, la adopción rigurosa de éste postura llevaría, en el caso concreto, a una desproporcionada afectación de un derecho fundamental. En efecto, habiéndose establecido de manera fehaciente que la interpretación de una norma se ha hecho con violación de la Constitución, lo que llevó a la condena del procesado y a una reducción punitiva, no puede la forma imperar sobre lo sustancial (CP. art. 228). De ahí que, en este caso, ante la evidente violación de los derechos constitucionales fundamentales del demandado, la Corte entiende que ha de primar la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos, por encima de la exigencia de agotar los medios judiciales de defensa."

'su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados.'

"Este avance jurisprudencial ha llevado a la Corte a remplazar '(...) el uso conceptual de la expresión vía de hecho por la de causales genéricas de procedibilidad.' Así, la regla jurisprudencial se redefine en los siguientes términos...

"...todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución."<sup>9</sup><sup>10</sup>

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 30 de mayo de 2011 del juzgado 5° penal del circuito de Pereira, en lo que fue objeto de impugnación.

---

<sup>9</sup> Sentencia T-949 de 2003. En este caso la Corte decidió que "(...) la infracción del deber de identificar correctamente la persona sometida al proceso penal, sumada a la desafortunada suplantación, constituye un claro defecto fáctico, lo que implica que está satisfecho el requisito de procedibilidad exigido por la Jurisprudencia para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales."

<sup>10</sup> Sentencia T-453/05.

**SEGUNDO:** Se ordena el envío del expediente ante la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ**

**Magistrada**

**JAIRO ALBERTO LOPEZ MORALES**

**Secretario**