



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Penal  
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3

2/6

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**Magistrado Ponente**

**STP5501-2017**

**Radicación N° 91346**

Acta 109

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017).

Procede la Sala a pronunciarse, en primera instancia, respecto de la demanda de tutela presentada por EDER FERNANDO ARCINIEGAS OSORIO contra la Fiscalía 7ª Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, por la presunta vulneración de su derecho fundamental de defensa dentro del proceso penal que se adelanta en su contra por los delitos de homicidio en persona protegida y secuestro.

A la presente actuación fue vinculada la Fiscalía 74 Especializada adscrita a la Dirección Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

*Rafael*

217

con sede en Medellín, así como los sujetos procesales que actúan dentro de la citada actuación.

### **FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN**

De la demanda de tutela, sus anexos y de otros documentos allegados al expediente se infiere lo siguiente:

1. El 5 de diciembre de 2005, la Justicia Penal Militar inició proceso penal contra el mayor EDER FERNANDO ARCINIEGAS OSORIO, por el presunto Homicidio de los señores Javier Jaramillo Ricardo y Carlos Arturo Pineda; sin embargo, el 24 de abril de 2008, la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario con sede en la ciudad de Medellín asumió el conocimiento de la investigación<sup>1</sup>, actuación en la que por resolución de 16 de septiembre de 2016 la Fiscalía 74 Especializada, adicionó la imputación jurídica provisional y situación jurídica del citado ciudadano, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva, como coautor de los punibles de homicidio en persona protegida en concurso con secuestro simple agravado; decisión contra la cual el ARCINIEGAS OSORIO interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

---

<sup>1</sup> «Se hace evidente que el procedimiento militar adoptado en su momento arroja dudas sobre la operación desarrollada...» el 10 de julio del año 2005 en la Vereda Playa Rica jurisdicción del municipio de Puerto Libertador departamento de Córdoba, en cuyo lugar en desarrollo de la Misión Táctica 29 de la Operación Escorpión dentro de la orden de operaciones fragmentaria No. 55, miembros del batallón Rifles de la Compañía Antilope en conjunto con la contraguerrilla No. 82 de la Compañía Nariño del Ejército Nacional dieron muerte en un presunto enfrentamiento a los señores Javier Jaramillo Ricardo y Carlos Arturo Pineda.

Rafael

2. El 10 de noviembre de 2016, al resolver el recurso horizontal, la Fiscalía Instructora no repuso su decisión, en consecuencia, concedió en el efecto devolutivo la alzada, proveído comunicado al accionante a través del centro penitenciario y carcelario en el que se encuentra recluso.

3. El 16 de enero de 2017, La Fiscalía 7ª Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, declaró «inadmisible» el recurso de apelación interpuesto por el demandante ante su indebida sustentación, ordenando la devolución del expediente a la Fiscalía de origen para que se continuara con la investigación.

4. Agotado el anterior trámite, EDER FERNANDO ARCINIEGAS OSORIO promueve demanda de tutela al considerar que la Fiscalía General de la Nación a través de sus Delegadas 7ª y 74 incurrieron en un defecto procedimental que afectó sus garantías fundamentales al debido proceso y defensa, al no haberle notificado personalmente la resolución que resolvió el recurso de reposición en forma adversa y declararle desierto el recurso de apelación por falta de sustentación, cuando éste contenían los elementos mínimos aludidos por la jurisprudencia para ser considerado, esto es, debida argumentación y coherencia lógica y jurídica.

En ese contexto solicitó el amparo de los derechos fundamentales invocados, en consecuencia, se ordene a la Fiscalía 74 vinculada le notifique personalmente el auto a

*Rafael*<sup>3</sup>

través del cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión de 16 de septiembre de 2016.

### **TRÁMITE DE LA ACCIÓN**

Avocado su conocimiento, se ordenó correr traslado de la demanda a las autoridades accionada y vinculadas para que ejercieran el derecho de contradicción y aportaran la información pertinente, obteniéndose las siguientes respuestas.

1. El Fiscal 74 Especializado adscrito a la Dirección de Fiscalía Especializada de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Medellín, luego de hacer un recuento de las actuaciones adelantadas dentro del proceso censurado, refirió no haber vulnerado ningún derecho fundamental del accionante en tanto que la resolución que resolvió el recurso de reposición no es notificable, de conformidad con las previsiones del artículo 190 de la Ley 600 de 2000, tal solo se comunica, lo que en efecto se realizó, como incluso lo reconoció el demandante.

Precisó que en términos de igualdad y equidad, la providencia que niega la reposición y concede la apelación, no permite adición a los argumentos del apelante, pues ello sería tanto como alterar el principio de preclusión de los actos procesales e intervención de las partes.

  
4

2. El Fiscal 7° Delegado ante el Tribunal de Medellín, señaló que los traslados secretariales de conformidad con los artículos 176 y 178 de la Ley 600 de 2000 no son notificables, corren en la secretaría del despacho sin necesidad, tan siquiera, de informárselo al sujeto procesal privado de la libertad, por tanto, ningún derecho fundamental se ha vulnerado al actor, máxime cuando éste ha estado representado judicialmente por un profesional del derecho, el cual debió estar atento al trámite impartido a la actuación censurada.

**CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Decreto 1382 de 2000 en concordancia con lo previsto en el artículo 44 del Reglamento General de la Corte<sup>2</sup>, esta Sala de Casación Penal es competente para resolver la demanda de tutela instaurada por EDER FERNANDO ARCINIEGAS OSORIO, como quiera que la Fiscalía accionada ejerce sus funciones ante el Tribunal de Medellín, del cual la Corte es su superior funcional.

Ha sido insistente esta Sala en señalar que la acción de tutela es un mecanismo excepcional, subsidiario, preferente, sumario, y establecido constitucionalmente, por medio del cual se le ha confiado a los Jueces de la República la protección de forma inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando por la actividad u

<sup>2</sup> Acuerdo No. 006 de 2002.

omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en los eventos establecidos en la ley, se genere una amenaza o vulneración a los mismos.

Igualmente se ha sostenido, que este mecanismo constitucional tiene un carácter estrictamente subsidiario y como tal no constituye un medio alternativo para atacar, impugnar o censurar las decisiones expedidas dentro de un proceso judicial; criterio que se debe reiterar en el presente asunto, en el cual la demanda se dirige a resquebrajar la firmeza de las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales demandadas.

Sin embargo, de manera excepcional, cuando concurren todas las causales genéricas y por lo menos una de las específicas de procedibilidad, el amparo resulta procedente con el fin de recobrar la vigencia del orden jurídico y el ejercicio pleno de los derechos fundamentales afectados.

Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, ameritan que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Además, que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Igualmente, exige la jurisprudencia que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere

*Rafael*<sup>6</sup>

interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; así mismo, cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

Además, que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

Y finalmente, que no se trate de sentencias de tutela.

Los anteriores requisitos no pueden quedarse en meros enunciados, pues han sido ratificados por la Corte Constitucional, primero en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, ya citada y luego en las decisiones T-332, T-780 y T-212 de 2006, reforzando lo dicho en la primera de las mentadas providencias, en el sentido que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas sólo pueden tener cabida «...si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, **que habilitan la interposición de la tutela**, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto» (C-590 de 2005) –Negritas fuera del original-.

Una vez establecido el cumplimiento de los anteriores requisitos, el juez de tutela sólo podrá conceder el amparo

Rafael  
7

223

cuando halle probada la ocurrencia de alguno(s) de los defectos constitutivos de las que han sido llamadas causales específicas de procedibilidad de la tutela contra sentencias<sup>3</sup>.

Conclusión ineludible de las consideraciones precedentes, es que la acción de tutela, como mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales, procede excepcionalmente para controvertir el sentido y alcance de las decisiones judiciales, siempre que (i) se cumplan los requisitos generales de procedibilidad, (ii) se advierta que la providencia cuestionada incurrió en una o varias de las causales específicas, y (iii) se determine que el vicio o defecto es de tal trascendencia que conlleva la amenaza o la vulneración de derechos fundamentales.

En el presente caso, advierte la Sala desde ya, que se constata el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos para la procedencia de la acción constitucional, pues el asunto sometido a consideración resulta de

<sup>3</sup> **Defecto orgánico**, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

**Defecto procedimental absoluto**, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

**Defecto fáctico**, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

**Defecto material o sustantivo**, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

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

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

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

**Violación directa de la Constitución.**

Rafael

224

indudable relevancia constitucional, toda vez que se persigue la protección eficiente de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa presuntamente transgredidos como consecuencia de decisiones judiciales que han cobrado firmeza y contra las cuales no es procedente interponer ningún recurso; alegándose precisamente una irregularidad procesal que afectó las formas propias de cada juicio, amén de que la vulneración de los derechos subsiste y no se trata de un decisión que resolvió un asunto constitucional.

Además dada la especial naturaleza protectora de este instituto constitucional y advirtiéndose que de manera ostensible se encuentra transgredido el derecho fundamental al debido proceso, por tanto, indispensable surge para la Judicatura abordar su estudio en procura de garantizar la vigencia y efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales del actor, pues como se verá a continuación en el presente caso se incurrió en una vía de hecho por defecto procedimental absoluto. Lo anterior está soportado en las siguientes razones:

De los elementos probatorios que obran en autos, se sabe que la Fiscalía 7ª Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, mediante resolución del 16 de enero de 2017, declaró *desierto* el recurso subsidiario de apelación interpuesto por el accionante contra el proveído de 16 de septiembre de 2016, por medio del cual la Fiscalía 74 Especializada, adicionó la imputación jurídica provisional y situación jurídica de EDER FERNANDO ARCINIEGAS

Raúl G. 9

225

OSORIO, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva, como coautor de los punibles de homicidio en persona protegida en concurso con secuestro simple agravado, ante la indebida sustentación del mismo, pues «no ofrecen, siquiera, en nuestra percepción, una aparente sustentación, ni cumplen con la finalidad que exige la ley, esto es, que se muestren los puntos en desacuerdo menos, satisfacen el mínimo contenido probatorio y jurídico que conduzca a una revocatoria de la medida de aseguramiento de detención preventiva», procediendo en consecuencia a devolver las diligencias a la Fiscalía de origen, al advertir de manera expresa que contra dicho proveído «**no procede recurso alguno**»<sup>4</sup> (negrillas fuera de texto).

Situación que sin lugar a dudas generó la trasgresión del derecho al debido proceso de la parte actora, pues es claro que el evento de considerar que el recurso no fue sustentado debidamente, la consecuencia no podía ser otra que en efecto declararlo desierto pero habilitando la oportunidad de que en contra de esa decisión se interpusiera el recurso de **reposición**, medio de defensa judicial a través del cual podía el accionante esgrimir los argumentos que en consecuencia se vio abocado a presentar por la vía constitucional, más no proceder a devolver las diligencias a la Fiscalía de origen.

En efecto, tratándose el procedimiento penal, las Leyes 906 de 2004 y 600 de 2000, establecen en sus artículos 179 A, adicionado por el artículo 92 de la Ley 1395 de 2010<sup>5</sup> y 194 inciso 2<sup>o</sup><sup>6</sup>, respectivamente, que cuando no se sustente

<sup>4</sup> Fl. 173

<sup>5</sup> «Cuando no se sustente el recurso de apelación se declarará desierto, mediante providencia contra la cual procede el recurso de reposición.»

<sup>6</sup> «**Sustentación en primera instancia del recurso de apelación.** [...]»

*Rafael*  
10

el recurso de apelación, se declarará desierto mediante auto de sustanciación en contra del cual procede el recurso de reposición, supuesto que se verifica no sólo ante la omitida presentación de la fundamentación del recurso, sino también ante la constatación de que los argumentos allí contenidos no comprenden una verdadera censura de la decisión confutada, o lo que es igual, una debida sustentación.

Esta Sala de Casación Penal, en auto ATP-3961 del 15 de julio de 2015, rad. 46319, que ilustra el tópico en cuestión precisó<sup>7</sup>:

... Los artículos 179 A y 179 B ibídem, disponen:

ARTÍCULO 179A. <Artículo adicionado por el artículo 92 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando no se sustente el recurso de apelación se declarará desierto, mediante providencia contra la cual procede el recurso de reposición.

ARTÍCULO 179B. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE QUEJA. <Artículo adicionado por el artículo 93 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja dentro del término de ejecutoria de la decisión que deniega el recurso.

De acuerdo con lo anterior, es claro que procede la declaración de desierto, cuando el recurso de apelación no es sustentado

Cuando no se sustente el recurso se declarará desierto, mediante providencia contra la cual procede el recurso de reposición...»

<sup>7</sup> Aunque dicha providencia hace referencia al sistema penal acusatorio -Ley 906 de 2004-, nada impide que las consideraciones allí adoptadas y consideradas sean aplicadas a la sistemática procesal mixta

*Raúl Osorio* 11

oportunamente o se sustenta de manera deficiente, valga decir, sin argumentación suficiente para respaldar el disenso, decisión contra la cual sólo procede el recurso de reposición.

Por su parte, la denegación se predica de la negativa del funcionario judicial en conceder la alzada por cuanto no fue interpuesta oportunamente o porque se considera que la decisión no es susceptible de tal medio de impugnación, determinación contra la cual, proceden los recursos de reposición<sup>8</sup> y queja.

De acuerdo con lo expuesto, refulge evidente que en el presente asunto la Fiscalía 7<sup>a</sup> Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín incurrió en un defecto procedimental al declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el accionante y ordenar la devolución a la Fiscalía de origen y así, dejarlo sin posibilidades de controvertir el razonamiento según el cual la alzada contenía los elementos mínimos aludidos para la jurisprudencia para ser considerado, esto es, una debida argumentación y coherencia lógica y jurídica, pues según lo expuesto, el recurso de reposición era procedente para tal efecto.

Así las cosas, ante la carencia de otro medio de defensa judicial idóneo, se torna imperiosa la intervención del juez constitucional, motivo por el cual se tutelará el derecho fundamental al debido proceso de EDER FERNANDO ARCINIEGAS OSORIO.

<sup>8</sup> Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 176. RECURSOS ORDINARIOS. Son recursos ordinarios la reposición y la apelación. Salvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia. (Subrayas propias de la Sala).

*Rafael* 12

822

En consecuencia, se ordenará a la Fiscalía 7ª Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, habilite la oportunidad para que, si a bien lo tienen, las partes interpongan contra la resolución del 16 de enero de 2017 recurso de reposición -artículo 189 de la Ley 600 de 2000<sup>9</sup>-, y si es del caso tramite y decida el mismo.

En ese orden, la Fiscalía 74 Especializada adscrita a la Dirección de Fiscalía Especializada de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Medellín, remitirá inmediatamente el diligenciamiento al citado despacho judicial.

Por sustracción de materia, la Sala no hará pronunciamiento frente a los demás reparos del actor, en tanto, que ante el amparo concedido, los argumentos esgrimidos en esta acción bien pueden ser debatidos al interior del proceso penal, máxime cuando puede advertirse de los elementos allegados, incluso como el actor lo reconoce, que la resolución emitida el 10 de noviembre de 2016 que resolvió el recurso de reposición y concedió en el efecto devolutivo la alzada interpuesta contra la decisión del 16 de septiembre de la misma anualidad, le fue debidamente

---

<sup>9</sup> **Artículo 189. Reposición.** Salvo las excepciones legales, el recurso de reposición procede contra las providencias de sustanciación que deban notificarse, contra las interlocutorias de primera o única instancia y contra las que declaran la prescripción de la acción o de la pena en segunda instancia cuando ello no fuere objeto del recurso.

Cuando el recurso de reposición se formule por escrito y como único, vencido el término para impugnar la decisión, el secretario, previa constancia, dejará el expediente a disposición del recurrente por el término de dos (2) días para la sustentación respectiva. Vencido este término, la solicitud se mantendrá en secretaría por dos (2) días en traslado a los sujetos procesales, de lo que se dejará constancia. Surtido el traslado se decidirá el recurso dentro de los tres (3) días siguientes...

*Rafael* 13

622

comunicada en el establecimiento carcelario donde se encuentra recluso<sup>10</sup>.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**1. Conceder** el amparo constitucional del derecho fundamental al debido proceso del que es titular EDER FERNANDO ARCINIEGAS OSORIO, conforme las razones expuestas.

**2.** Ordenar a la Fiscalía 7<sup>a</sup> Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, habilite la oportunidad para que, si a bien lo tienen, las partes interpongan contra la resolución del 16 de enero de 2017 recurso de reposición - artículo 189 de la Ley 600 de 2000-, y si es del caso tramite y decida el mismo.

La Fiscalía 74 Especializado adscrito a la Dirección de Fiscalía Especializada de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Medellín remitirá inmediatamente el diligenciamiento al citado despacho judicial.

<sup>10</sup> Fl. 138 cuaderno original



3. Notificar a las partes de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

4. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez ejecutoriado el presente proveído.

Cúmplase

  
**JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

  
**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

  
**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

  
NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

