

Cartagena de Indias D.T y C., veintiocho (28) de Agosto de dos mil dieciocho (2018)

Acción	HABEAS CORPUS
Radicado	13-001-33-33-009-2018-00196-01
Demandante	CARLOS ALBERTO SCHMALBACH en nombre del señor FABIÁN ELÍAS ÁLVAREZ MARTÍNEZ
Demandados	JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA. Y JUZGADO OCTAVO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Improcedencia- Habeas Corpus carácter subsidiario

### I.- ASUNTO A DECIDIR

Decide la Sala Unitaria de Decisión<sup>1</sup>, la impugnación interpuesta contra la sentencia del 21 de agosto de 2018, proferida por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, mediante la cual se denegó el Habeas Corpus promovido por el señor FABIÁN ELÍAS ÁLVAREZ MARTÍNEZ.

### II.- ANTECEDENTES

#### **2.1. Demandante**

La presente acción fue instaurada por el señor CARLOS ALBERTO SCHMALBACH, identificado con cedula de ciudadanía No. 73.120.419 de Cartagena, en nombre del señor FABIÁN ELÍAS ÁLVAREZ MARTÍNEZ, identificado con cedula No. 15.726.853 de Chinú - Córdoba.

#### **2.2. Demandado**

La acción está dirigida en contra del JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA y el JUZGADO OCTAVO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS.

<sup>1</sup> Conforme lo consagra el artículo 7 numeral 2 de la Ley 1095 de 2006.

### 2.3. La demanda<sup>2</sup>.

La presente acción de Habeas Corpus tiene como objeto la libertad inmediata de FABIÁN ELÍAS ÁLVAREZ MARTÍNEZ, quien no observa antecedentes judiciales, y se encuentra "ILEGALMENTE PRIVADO DE LA LIBERTAD POR VENCIMIENTO DE TÉRMINOS" en la cárcel SAN SEBASTIÁN DE TERNERA, en el distrito de Cartagena, desde el día 17 de agosto del año 2017.

#### 2.3.1 Hechos

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

El acusado fue privado de la libertad el día 16 de agosto del año 2017, por presuntamente incurrir en el tipo penal de actos sexuales con menor de 14 años, en el Municipio de Santa Rosa de Lima (Departamento de Bolívar), conforme a informe policivo.

De acuerdo con lo anterior, se le imputó el delito de actos sexuales con menor de 14 años, conforme al artículo 209 del código penal modificado por el artículo 5 de la ley 1236 del 2008, en fecha 17 de agosto del año 2017, imponiéndosele medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro carcelario- SAN SEBASTIÁN DE TERNERA ubicada en el distrito de Cartagena.

El 10 de octubre del año 2017, la Fiscalía 32 Seccional de Cartagena radicó escrito de acusación contra FABIÁN ELÍAS ÁLVAREZ MARTÍNEZ.

EL JUEZ PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO, avocó el conocimiento del proceso de la referencia, y programó audiencia de acusación para el día 14 de diciembre del año 2017, dicha audiencia no se llevó a cabo, por falta de sala de audiencia, como lo señala el auto de cúmplase, por lo cual, se fijó como nueva fecha para su realización el día 18 de enero del año 2018, la audiencia se realizó y se hizo la respectiva formulación de la acusación y se fijó fecha para la audiencia preparatoria para el día 12 de febrero del 2018.

---

<sup>2</sup> Folios 1-6 del C.Ppal No. 01

La audiencia preparatoria del 12 de febrero del 2018, fue fallida en razón que el defensor del acusado solicitó el aplazamiento por motivos de salud, colocándose como nueva fecha, el 14 de marzo de 2018.

La audiencia preparatoria de fecha 14 de marzo del año 2018, no se realizó, programándose nuevamente para fecha 6 de abril del año 2018, y no se realizó por falta de fluido eléctrico.

La audiencia preparatoria se reprogramó para el día 29 de mayo del 2018 y no pudo llevar a cabo porque se extendió la audiencia dentro del proceso CUI 2013-03119.

La audiencia preparatoria, se programó el día 24 de julio del 2018 y no se llevó a cabo porque la Fiscal presentó excusa, además el INPEC no realizó el traslado del interno, se declaró fallida y se programó para el día 3 de septiembre del 2018.

Sostiene el accionante, que es un hecho que desde el día 12 de febrero del 2018 hasta el 20 de agosto del 2018, han transcurrido 187 días, de los cuales habrá de descontar el lapso de tiempo entre el 12 de febrero del 2018 hasta el 14 de marzo del 2018, es decir 30 días, que no se computan para efectos de vencimiento de términos en razón que el apoderado judicial de la defensa presentó excusa en la audiencia del 14 de marzo del año 2018, es decir, tenemos un total de 157 días aplicables al vencimiento de termino conforme lo establece el artículo 317 de la ley 906 del 2004 del sistema penal acusatorio, modificada por la ley 1786 del 2016.

Manifiesta que, muy a pesar de todas las garantías constitucionales indiscutibles que ofrece la figura del habeas corpus, se agotaron la instancia del juez de control de garantías, ante quienes se agotó la solicitud de libertad por vencimiento de términos y estos fueron los resultados:

- i. Se realizó una audiencia el día 23 de julio para solicitar la libertad y la audiencia fue fallida porque la señora fiscal presentó excusa, ya que se encontraba a la misma hora en un juicio oral, amén de lo anterior, no se había citado el defensor de familia; es decir no fue por causa atribuible a la defensa.

- ii. Se solicitó una nueva audiencia, la cual se llevó a cabo el día 17 de agosto del presente año, y no prosperó la petición de libertad ya que la juez de garantías aunque había manifestado el carácter objetivo de los términos procesales, muy a pesar de ello, no concedió la libertad bajo el criterio de la falta de argumentación, el suscrito defensor manifestó que los términos estaban vencidos porque habían transcurrido a esa fecha más de 180 días y no se había realizado la audiencia preparatoria, dándose la causal del Numeral 5 del artículo 317 de la ley 906 del 2004 modificada por la ley 1786 del 2016, es decir habían transcurrido más de 120 días.

## 2.4. Contestación de la Demanda

### 2.4.1 JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA<sup>3</sup>

Manifiesta que a ese juzgado, le correspondió el conocimiento del escrito de acusación presentado contra el señor Fabián Elías Álvarez Martínez por el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

La audiencia de acusación se realizó el día 18 de enero de 2018 y la audiencia preparatoria se ha señalado en diferentes oportunidades pero no se ha podido realizar por varios motivos. Agrega que fue inicialmente señalada para el 12 de febrero de 2018, no se llevó a cabo porque el defensor se excusó, posteriormente se le revocó el poder y el procesado solicitó que se le asignara un defensor público.

Posteriormente fue fijada para el 14 de marzo de este año, la cual no se pudo llevar a cabo porque el titular del Despacho judicial se encontraba de permiso sindical y el procesado no contaba con defensor. Nuevamente se programó para el 6 de abril de este año, no se realizó por falta de fluido eléctrico y se reprogramó para el 29 de mayo, fecha que tampoco se pudo llevar a cabo porque el Juzgado en mención se encontraba en una audiencia de juicio oral que se extendió; finalmente se programó para el 24 de julio, pero no se realizó porque la fiscal solicitó excusa, razón por la cual se señaló el día 3 de septiembre a las 3:30 de la tarde para realizarla.

Por último, sostiene que el procesado debe solicitar una nueva audiencia para exponer ante un juez de control de garantías su solicitud de libertad por vencimiento de términos, ya que el juez de conocimiento no le esta otorgada

---

<sup>3</sup> Folios. 34-35

esa facultad y el hecho de que la haya solicitado anteriormente, no es óbice para solicitarla nuevamente pero esto no legitima para interponer el habeas corpus. finaliza manifestando que el apoderado del procesado debe elevar una nueva solicitud, la cual debe fundamentar conforme lo exige la técnica ante el juez de control de garantías para que este profiera la decisión; aclara que ese despacho judicial no ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad del señor Álvarez Martínez porque no impuso la medida de aseguramiento ni lo mantiene privado de la libertad y solicita que se declare la improcedencia de este mecanismo por existir otro camino idóneo para obtener la libertad por vencimiento de términos, lo cual debe hacer ante el centro de servicios judiciales para el sistema penal acusatorio.

#### **2.4.2. JUZGADO OCTAVO PENAL MUNICIPAL DE CARTAGENA CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS<sup>4</sup>**

Expone que, el despacho conoció el proceso con radicado No. 13001-60-01115-2017-00255-00, adelantado en contra de FABIÁN ELÍAS ÁLVAREZ MARTÍNEZ, por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, que es de conocimiento de la FISCALÍA 32 SECCIONAL DE CARTAGENA; en el cual se llevó a cabo las siguientes actuaciones:

El día 23 de julio de 2018, mediante reparto verificado por el Centro de Servicios Judiciales de Cartagena, se asignó a este despacho Audiencia de Solicitud de Libertad Provisional, sin embargo, este Juzgado dispuso declarar fallida la misma debido a que la Fiscalía presentó excusa por encontrarse a la misma hora en un juicio oral dentro del caso 2014-00012, asimismo porque no se había citado al Defensor de Familia, cuya citación era necesaria por tratarse de un menor de edad.

Por lo anterior, se le solicitó al Centro de Servicios Judiciales reprogramar la diligencia con carácter prioritario y citar al Defensor de Familia, por tratarse de una víctima menor de edad.

En cuanto a la diligencia de fecha 17 de agosto de 2018, se establece que no correspondió a este Despacho. Se deja constancia que la decisión tomada por el este Despacho se basó en lo que jurisprudencialmente ha establecido la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal respecto de la comparecencia de los representantes de los menores víctimas a la audiencia de revocatoria, en Sentencia SP10944-2017 Radicación 47850, de Magistrado Ponente EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER en fecha veinticuatro (24) de julio de 2017.

---

<sup>4</sup> Folios 62-66

#### **2.4.3. JUZGADO DIECISÉIS PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE GARANTÍAS<sup>5</sup>**

El Juzgado en mención, por medio de escrito del 21 de agosto de 2018, manifestó que fue dicho despacho quien realizó la audiencia de libertad por vencimiento de términos dentro de la cual fungió como defensor el Dr. CARLOS SMALBATCH.

Expone, que en su momento, el solicitante fincó su argumento en el art. 317 No. 5 del CPP., que dispone que *“trascendido ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación”*, sosteniendo que ya había trascendido 183 días sin que se hubiera realizado el juicio.

Que, ese Despacho judicial negó la solicitud de libertad, atendiendo la absoluta e indebida motivación, toda vez que en el sistema penal actual, se debe desarrollar una carga procesal, atinente a la argumentación fáctica, jurídica y probatoria, carga ésta que no fue llevada a cabo por el abogado defensor.

Sostiene que, para aplicar la causal 5 del art. 317 deben demostrarse los motivos por los cuales la audiencia de juicio oral no se realizó, si las causas son por responsabilidad de la defensa, del funcionario judicial que conoce el proceso, a situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, o al procesado, para así finalmente realizar en conteo objetivo del término que se promueve a favor del imputado. Pero ante la falta de argumentación o bien indebida argumentación, no podía el despacho adoptar una decisión diferente de a la que resultó en aquel momento.

Argumenta, que la acción de habeas corpus es improcedente para este caso, pues la solicitud de libertad debe ser realizada al interior del proceso penal, por lo que, el abogado lo que debe hacer es solicitar una nueva audiencia, con la debida argumentación de la petición de libertad.

#### **III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>6</sup>**

Por medio de sentencia del 21 de agosto de 2018, la Juez de primera instancia denegó la solicitud de Habeas Corpus con el argumento que:

---

<sup>5</sup> Folios 70

<sup>6</sup> Folio 73-80

*En el caso concreto el actor fundamenta su solicitud de habeas corpus, principalmente en el hecho de encontrarse vencido el término que establece la ley para resolver su situación jurídica, pues a su juicio, de acuerdo con lo previsto en el art. 317 de la Ley 906 de 2004, se ha configurado uno de los supuestos para la procedencia de su libertad, al haber transcurrido más de 157 días -descontando 30 porque obedecen a excusa presentada por el abogado defensor- desde el 18 de enero de 2018, fecha en la que se llevó a cabo la respectiva formulación de acusación. (...)*

*De esta suerte, para resolver la solicitud de libertad incoada por el señor FABIÁN ELÍAS ÁLVAREZ MARTÍNEZ, debe aplicarse lo dispuesto en esta última reforma (parágrafo 1 del art. 317 de la Ley 906 de 2004), en la que se autorizó un incremento del término establecido en el numeral 5o del art. 317 de la Ley 906 de 2004, por un término igual al inicial, esto es, por otros 120 días, cuando se trate, entre otros, de conductas punibles tipificadas en los artículos 205 a 219 B del Código Penal (Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000)<sup>7</sup>, como el que se le atribuye al accionante.*

*En este orden de ideas, se entiende que en el caso concreto ha operado vencimiento de términos, en el evento de que haya transcurrido un tiempo mayor a 240 días desde la formulación de la acusación, sin que se haya dado inicio a la audiencia de juicio.*

*Revisados los elementos de juicio traídos al plenario, se tiene que la Fiscalía Seccional 32, presentó su escrito de acusación, en la audiencia que para tal efecto se llevó a cabo el 18 de enero del presente año, sin que hasta la fecha hayan transcurrido los 240 días que autoriza el numeral 5o del art. 317 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 2o de la Ley 1786 de 2016, vigente a la fecha en que sucedieron los hechos que originaron la investigación, de manera que no resulta procedente el amparo de Habeas Corpus Invocado en favor del acusado, desde esta perspectiva (...)*

*(...) Debe analizarse la aplicación de la cláusula general de garantía de libertad alegada por la actora, contenida en el art. 1º de la Ley 1786 de 2016, cuyo tenor es el siguiente: (...)*

*El análisis de la anterior disposición, permite a esta judicatura extraer algunas conclusiones de cara al asunto que hoy nos compete:*

- *Que la medida de aseguramiento privativa de la libertad no podrá exceder de 1 año*
- *Que la restricción de la libertad podrá prorrogarse por el término igual (1 año) a solicitud del fiscal, o el apoderado de la víctima, en los casos contemplados en los arts. 205 a 219 B del Código Penal*
- *Que en la solicitud de levantamiento de la medida, se descontará el tiempo que haya transcurrido por causas dilatorias atribuibles a la defensa del procesado.*
- *Que dicha solicitudes corresponde resolverlas al juez de control de garantías.*

---

<sup>7</sup> A su turno, se tiene que el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000, se refiere a los Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales<sup>7</sup>, dentro de los cuales encontramos el tipificado en el art. 209, cuya comisión es atribuida al acusado.

*Aplicando lo anterior al asunto de marras, se concluye iundefectiblemente que aun no ha transcurrido el año establecido como término máximo en la norma arriba citada, para la duración de la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, pues a la luz de la misma disposición, de ese lapso debe descontarse el tiempo atribuible a la solicitud de aplazamiento presentada por el abogado defensor del accionante, como en efecto es reconocido en la solicitud de habeas corpus, el cual corresponde a 30 días (...)*

*De esta manera, habiéndose llevado a cabo la audiencia de imputación donde se realizó la captura del demandante y se le cobijó con la medida de aseguramiento de privación de la libertad, el 17 de agosto de 2017, se tiene que aún no ha transcurrido, al día de hoy, el año que la ley y la jurisprudencia han establecido como máxima duración de la misma”.*

#### **IV.- RECURSO DE APELACIÓN**<sup>8</sup>

El accionante, presentó escrito de impugnación el 24 de agosto de 2018, invocando El principio *pro homine* sustentado en las siguientes normas:

- Ley 1095 de 2006
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 5
- Convención interamericana de Derechos Humanos, art. 14 y 29.
- Ley 1786 de 2016, art. 2, 4 y 317 numeral 6.

Con fundamento en lo anterior, el accionante solicita que se conceda la libertad por vencimiento de términos del señor FABIÁN ELÍAS ÁLVAREZ, aplicando el numeral 6 del art. 317 de la ley 1786 de 2016 que cita:

*“6. Cuando transcurridos ciento cincuenta (150) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente”.*

Al respecto sostiene, que el término señalado en la norma anterior, debe contabilizarse desde que se da inicio al juicio, que, según el art. 336 de la Ley 906 de 2004, es a partir de la presentación del escrito de acusación ante el juez, o, siendo menos estrictos, desde la celebración de la audiencia de formulación de la acusación.

Manifiesta que, siguiendo la anterior tesis hermenéutica, puede concluirse que han pasado, desde el día 18 de enero de 2018, a la fecha de este escrito, 190 días, de los cuales se descuentan 30 (porque el defensor anterior había presentado excusa en la audiencia del 14 de Marzo del 2018), para un total

---

<sup>8</sup> Folios 83-88

de 160 días, lo que habilita al actor, para solicitar la libertad por vencimiento de términos.

Afirma que, la interpretación hermenéutica realizada es meramente de carácter gramatical y sistemático de normas favorables bajo el principio *pro homine*, concluyendo que los vocablos "INICIO" del juicio, debe entenderse favorable a los intereses del privado de la libertad, por lo que solicita entender que lo que no ha añadido el legislador en detrimento de la libertad, no puede ser una interpretación negativa, so pretexto de privilegiar la aplicación de la ley.

En virtud de lo anterior, solicita que se aplique al señor FABIÁN ELÍAS ÁLVAREZ, el numeral 6 del art. 317 de la ley 1786 de 2016.

#### **V.- TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Por medio de auto del 24 de agosto de 2018, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena concedió el recurso de apelación presentado dentro del proceso<sup>9</sup>, correspondiéndole su conocimiento al Despacho 006 del Tribunal Administrativo de Bolívar, atendiendo el Acuerdo No. CSJBOA18-4 del 29 de enero de 2018, que establece el sistema de turnos de magistrados, para la atención de la acción constitucional de habeas corpus en días y horas no hábiles.

#### **VI.- CONSIDERACIONES**

##### **6.1. Control de Legalidad.**

Tramitada la Segunda instancia y dado que, como resultado de la revisión del proceso, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

##### **6.2. Competencia.**

El Despacho es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción de Habeas Corpus, conforme lo establece el artículo 7

---

<sup>9</sup> Folio 90

numeral 2º de la Ley 1095 de 2006, por tratarse de la apelación de una sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena.

### **6.3. Problema jurídico.**

En el presente asunto, se establecerá como problema jurídico el siguiente.

*¿Es procedente sustentar el recurso de apelación contra una sentencia, con argumentos nuevos que no fueron objeto de debate en el proceso?*

*¿Se encuentran cumplidos los requisitos contemplados en la ley que permiten la libertad de un acusado por vencidos los términos?*

*¿Si la acción de Hábeas Corpus es procedente para otorgar una libertad, cuando dentro del proceso penal no se ha hecho uso de los medios al interior al mismo para tal fin?*

### **6.4. Tesis del Despacho**

La Sala señala que se confirmará la sentencia de primera instancia, toda vez que el accionante para sustentar el recurso de alzada, expuso argumentos y causales diferentes a las solicitadas con la demanda, las cuales no fueron objeto de estudio en la sentencia impugnada, volviéndose incongruente el recurso.

### **6.5. Generalidades de la acción de hábeas corpus.**

El artículo 30 de la Carta Política dispone que quien estuviere privado de su libertad y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona el Hábeas Corpus, que debe resolverse en el término de 36 horas.

En efecto, dicha Institución es la garantía más importante para la protección del derecho a la libertad, consagrado en el artículo 28 de la Carta Política, según el cual nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Esta disposición consagra además, que la persona detenida preventivamente debe ser puesta a disposición del Juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ese orden, la acción de hábeas corpus se encuentra definida en el artículo 1° de la Ley 1095 de 2006, como un mecanismo constitucional de defensa del derecho fundamental de la libertad personal, que procede cuando una persona es privada de ella con violación de las garantías constitucionales o legales, o cuando se prolonga ilícitamente su privación.

Según ésta definición, el amparo es solo viable cuando se está en presencia de una vía de hecho; es decir, de una actuación o decisión judicial marcada por la arbitrariedad, bien en el proceso de materialización o formalización de la privación de la libertad, o en el de cumplimiento de la medida restrictiva mientras transcurre el proceso, o durante la ejecución de la pena.

Pero no siempre que el procesado crea encontrarse frente a una de esta específicas hipótesis, está habilitado para activar el mecanismo del hábeas corpus. En ciertos casos, podrá intentarlo directamente, pero cuando el derecho a la libertad se hace depender de la modificación de una situación procesal preexistente, como ocurre cuando se está legalmente detenido y se pide la excarcelación por cumplimiento de una cualquiera de las causales previstas para su procedencia, la solicitud debe presentarse y tramitarse al interior del proceso respectivo, en la forma establecida en el Código para hacerlo, debiéndose entender que allí se agota el procedimiento.

Al respecto la Corte Constitucional<sup>10</sup>, dentro de la facultad de revisión previa de la ley estatutaria de Hábeas Corpus, al examinar el contenido del artículo 1° de la Ley 1095 de 2006, señaló:

*“El texto que se examina prevé que el hábeas corpus procede como medio para proteger la libertad personal den dos eventos:*

- 1. Cuando la persona es privada de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, y*
- 2. Cuando la privación de la libertad se prolonga ilegalmente.*

---

<sup>10</sup> Sentencia C-187 de 2006.

*Se trata de hipótesis amplias y genéricas que hacen posible la protección del derecho a la libertad personal frente a una variedad impredecible de hechos. La lectura conjunta de los artículos 28 y 30 de la Carta Política, pone de manifiesto la reserva legal y judicial para autorizar la privación de la libertad de la persona, más aún si se considera que ésta constituye un presupuesto para el ejercicio de otras libertades y derechos.*

*Como hipótesis en las cuales la persona es privada de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, se pueden citar los casos en que una autoridad priva de la libertad a una persona en lugar diferente al sitio destinado de manera oficial para la detención de personas, o lo hace sin mandamiento escrito de autoridad judicial competente, o lo realiza sin el cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, o por un motivo que no esté definido en ésta.*

*También se presenta la hipótesis de que sea la propia autoridad judicial, la que al disponer sobre la privación de la libertad de una persona, lo haga sin las formalidades legales o por un motivo no definido en la ley.*

*En cuanto a la prolongación ilegal de la privación de la libertad también pueden considerarse diversas hipótesis, como aquella en la cual se detiene en flagrancia a una persona (C.Po. art. 32) y no se le pone a disposición de la autoridad judicial competente dentro de las 36 horas siguientes; también puede ocurrir que la autoridad pública mantenga privada de la libertad a una persona después de que se ha ordenado legalmente por la autoridad judicial que le sea concedida la libertad. Otra hipótesis puede ser aquella en la cual, las detenciones legales pueden volverse ilegales, como cuando la propia autoridad judicial prolonga la detención por un lapso superior al permitido por la Constitución y la ley, u omite resolver dentro de los términos legales la solicitud de libertad provisional presentada por quien tiene derecho.  
(...)*

*Ahora bien. La finalidad que se persigue con la consagración legal de las hipótesis en las cuales resulta procedente el ejercicio de la acción de hábeas corpus, es la de asegurar que todas las decisiones que recaigan sobre la libertad personal sean tomadas mediante orden escrita proferida por la autoridad judicial competente, con plena observancia de las formalidades establecidas para ello y dentro de los precisos términos consagrados en la Constitución y en la ley, así como que la persona sea recluida en el lugar oficial de detención y en ningún otro”.*

#### **6.7. El caso concreto.**

En el *sub lite*, el señor CARLOS ALBERTO SCHMALBACH, actuando en favor del señor FABIÁN ELÍAS ÁLVAREZ MARTÍNEZ, y ejerciendo la acción constitucional de Hábeas Corpus, solicitó la libertad inmediata de éste último, al considerar que se le están vulnerando sus derechos y garantías constitucionales, pues a

su juicio, debe ser libertario toda vez que se ha excedido el plazo para llevar a cabo la audiencia de juicio sin que ésta se haya realizado.

Para sustentar su dicho, el accionante alegó en su favor, la ocurrencia del supuesto de hecho contemplado en el numeral 5° del art. 317 de la Ley 1786 de 2016, según el cual, deberá ordenarse la libertad cuando transcurridos 120 días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio; además, ya ha transcurrido (1) un año desde que se dictó la medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Ahora bien, como quiera que la Juez de primera instancia, en sentencia del 21 de agosto de 2018, no acogió los argumentos plateados en la acción constitucional, el actor presentó recurso de apelación en su contra, argumentando a su favor el principio *pro homine* y sustentando la ilegalidad de la detención, en una causal diferente a la argumentando en primera instancia.

Así las cosas, fincó el interesado su impugnación en la causal 6° del Art 317 de la Ley 1786 de 2016, que establece que, deberá decretarse la libertad del acusado o imputado cuando: "*Cuando transcurridos ciento cincuenta (150) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente*"; frente a lo anterior sostiene el interesado, que deben entenderse que la audiencia de juicio se inicia con la presentación de la acusación, por lo cual ya se encuentra fenecido el plazo para dictar el fallo dentro del asunto.

Al respecto, advierte esta judicatura que la Ley 1095 de 2006 no establece de manera específica la competencia del superior a la hora de decidir el recurso de apelación, sin embargo, al aplicar el procedimiento penal, por analogía, se tiene que el art. 204 de la Ley 600 de 2000 establece que "*En la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación*"<sup>11</sup>. En ese orden de ideas, debe entenderse que la competencia del juez de segunda instancia

---

<sup>11</sup> Si bien es cierto que la normativa aplicada al caso en mención es la Ley 906 de 2004, debe tenerse en cuenta que dicha ley, en su art. 25, consagra la remisión expresa a la Ley 600 de 2000, en los siguientes así: "**ARTÍCULO 25. INTEGRACIÓN.** *En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal*".

solamente está limitada a resolver los asuntos que son materia de impugnación.

Así las cosas, considera esta judicatura, que no es procedente para este Tribunal emitir un pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por el accionante, en la medida en que el mismo trae a colación unas circunstancias nuevas, e incluso, una causal de libertad completamente diferente a la que se planteó desde el inicio del proceso, la cual no fue objeto de estudio por la Juez Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, ni fueron objeto de pronunciamiento por parte de los juzgados accionados.

Sobre este aspecto, se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 5 de diciembre de 2016, así:

*“Sobre el deber de argumentar los recursos La Corte viene refiriendo lo siguiente: (CSJ AP904-2015, rad. 46837) “La interposición de los recursos, concretamente el de apelación y conforme se sigue de lo previsto en el artículo 179A de la Ley 906 de 2004, exige de quien acude al control de segunda instancia motivar la razón del disenso, mediante la precisión de las razones de hecho y de derecho por las que en su criterio la determinación atacada es equivocada y debe ser revocada, corregida o modificada.*

*Tales razones deben ser exteriorizadas de manera puntual y concreta en relación con cada una de las consideraciones que se estiman erradas, de modo que no constituye sustentación admisible la simple alegación genérica y ambigua de insatisfacción frente a lo decidido. (...) Desde esa óptica, la Sala se abstendrá de revisar el auto de primera instancia en aquellos aspectos que no fueron objeto de expresa y concreta manifestación de inconformidad, pues la alegación indeterminada de la apelante en el sentido de que “se decreten todas las pruebas”, carente de argumentos susceptibles de evaluación y confrontación, resulta insuficiente para activar la competencia de la Sala.” (CSJ AP904-2015, rad. 46837)”<sup>12</sup>*

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia, por medio de sentencia del dieciséis (16) de julio de dos mil catorce (2014)<sup>13</sup>, la que estudia la impugnación presentada dentro de un habeas corpus, expresó:

<sup>12</sup> SALA DE CASACIÓN PENAL M. PONENTE: EYDER PATIÑO CABRERA NÚMERO DE PROCESO: 48178 NÚMERO DE PROVIDENCIA: AP8489-2016 clase de actuación: segunda instancia tipo de providencia: auto interlocutorio fecha: 05/12/2016 decisión: declara desierto el recurso delitos: prevaricato por acción.

<sup>13</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO Magistrado. Proceso: AHP3948-2014. Radicación N° 44133. Sentencia de habeas Corpus Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil catorce (2014).

*"(...), el impugnante dijo a su vez disentir de sus fundamentos, pero a cambio de exponer los motivos de su oposición, terminó tácitamente por estar de acuerdo con aquellos, al punto que ningún argumento ofrece en torno a las condiciones en que se produjo la captura y la detención preventiva del imputado, y en su lugar plantea nuevas situaciones que obviamente no expuso en su inicial solicitud, por manera que sobre estas ningún pronunciamiento procede efectuar, a riesgo de vulnerar el debido proceso de la impugnación toda vez que si acerca de las mismas no le fue posible al a quo pronunciarse en tanto no le fueron planteadas, mal podría la segunda instancia referirse a ellas por virtud de la competencia limitada derivada de la apelación. El único tema en común propuesto en la demanda y en la impugnación hace referencia a las condiciones de reclusión en que se halla el imputado, más se advierte que él no hace viable la protección deprecada.*

En ese orden de ideas, no es posible para esta Corporación, emitir juicio alguno sobre los nuevos argumentos expuestos por la parte accionante, como quiera que ello significaría una violación al debido proceso y al derecho de defensa de los accionados quienes no contarían, en esta oportunidad, con ningún medio o recurso para controvertir la decisión que llegare a adoptar esta judicatura.

Así las cosas, se tiene que la Juez de primera instancia emitió un pronunciamiento negativo frente a las pretensiones del accionante, quien actúa en favor del señor FABIÁN ELÍAS ÁLVAREZ MARTÍNEZ, toda vez que consideró que, aún no se encontraban vencidos ninguno de los dos términos alegados por el accionante, para ser dejado en libertad, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso.

En ese sentido, expuso que, el parágrafo del art. 317 de la Ley 1786 de 2016<sup>14</sup> establece que cuando se trata de delitos cometidos en contra de la libertad,

<sup>14</sup> Ley 1786 de 2016, art. 2o. Modificase el artículo 4o de la Ley 1760 de 2015, el cual quedará así: - Artículo 4o. Modificase el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

Artículo 317. Causales de libertad. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1o del artículo 307 del presente código sobre las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

5. (...) Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio.

**PARÁGRAFO 1o. Los términos dispuestos en los numerales 4, 5 y 6 del presente artículo se incrementarán por el mismo término inicial, cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los imputados o acusados, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). (...)**

integridad y formación sexual, el plazo de las causales 4, 5 y 6 se extiende por el periodo del término inicial; es decir, para este caso, la causal 5, que tiene un término de 120 días, queda convertido en 240 días. En este evento, la audiencia de acusación se llevó a cabo desde el 18 de enero del 2018<sup>15</sup> pero el plazo de 240 no se ha cumplido aún, pues a la fecha solo van 145 días, sin entrar a verificar, qué suspensiones han sido por causa imputable a la defensa.

Por otra parte, en cuanto al vencimiento del término de un (1) año desde que se ordenó la privación de la libertad, la Juez a quo, expuso que dicho plazo no se había vencido como quiera que la audiencia en la que se dictó la medida de aseguramiento con detención preventiva privativa de la libertad en establecimiento carcelario, fue el 17 de agosto de 2017, pero, como quiera que el proceso penal inicial sufrió un retraso endilgarle al apoderado defensor (30 días) dicho plazo se extendió y a la fecha de la sentencia del habeas corpus, aun se encontraba vigente.

Así las cosas, como quiera que contra ninguno de estos dos argumentos la parte accionante expresó su inconformidad, esta Corporación se encuentra obligado a confirmar la decisión del fallo de primera instancia, dictado el 21 de agosto de 2018.

Amén de lo anterior, la causal 6ª del art. 317 alegada en la impugnación debe entenderse no en principio de hermenéutica desde la formulación de la acusación, sino desde el verdadero inicio del juicio oral como quiera, que aún no se ha iniciado el mismo, puesto que la audiencia preparatoria solo se llevara a cabo el 3 de septiembre del año en curso, mal podría estar vencido un término que aún no ha iniciado su contabilización.

## VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre la República y por autoridad de la ley,

PARÁGRAFO 3o. Cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar o terminar por maniobras dilatorias del acusado o su defensor, no se contabilizarán dentro de los términos contenidos en los numerales 5 y 6 de este artículo, los días empleados en ellas.

<sup>15</sup> Folio 22

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 21 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Cartagena, que **NEGÓ** la presente acción constitucional de Hábeas Corpus, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** esta providencia a los señores CARLOS ALBERTO SCHMALBACH, FABIÁN ELÍAS ÁLVAREZ MARTÍNEZ, al JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, JUZGADO OCTAVO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS y JUZGADO DIECISÉIS PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS.

**TERCERO:** Notificada esta providencia, devolver el expediente al juzgado de origen. **ARCHIVAR** el expediente.

Se deja **CONSTANCIA** que la presente providencia se terminó e imprimió, a las 4:10 de la tarde del día 28 de agosto de 2018.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**  
Magistrado