

Cartagena de Indias D.T y C, veintinueve (29) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	HABEAS CORPUS
Radicado	13-001-23-33-000-2021-00275-00
Accionante	MARLON ENRIQUE BAENA SALAS como agente oficio de GUSTAVO ENRIQUE MERCADO JIMENEZ.
Accionado	JUZGADO 3 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE CARTAGENA, FISCALÍA SECCIONAL 32 DE CARTAGENA, JUZGADO 1 PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO y CENTRO DE SERVICIOS JUDICIALES DE CARTAGENA
Tema	<i>Improcedencia de la acción de habeas corpus cuando no se ha resuelto la solicitud de libertad- No es posible para reemplazar los medios ordinarios de defensa dentro del proceso judicial- No existencia de vía de hecho cuando el juez de control de garantías aplaza la audiencia con el objeto de que la víctima que es menor de edad, este representada por un defensor público.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Incumbe a la Sala Unitaria¹, dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por el señor MARLON ENRIQUE BAENA SALAS como agente oficio de GUSTAVO ENRIQUE MERCADO JIMÉNEZ, quien a través de apoderado judicial interpuso acción de Habeas Corpus contra el JUZGADO 3 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE CARTAGENA, FISCALÍA SECCIONAL 32 DE CARTAGENA, JUZGADO 1 PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO y CENTRO DE SERVICIOS JUDICIALES DE CARTAGENA; en donde el objeto del proceso consiste en determinar si existe una privación ilegal de la libertad.

¹ Artículo 2 inciso 2º de la Ley 1095 de 2006

III.- ANTECEDENTES

3.1. Petición².

3.1.1 Hechos

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

Sostiene que, el señor Gustavo Enrique Mercado Jiménez, se encuentra privado de la libertad desde el 5 de noviembre de 2019, acusado de presuntos actos sexuales con menor de edad.

Indica que, la audiencia de imputación de cargos se celebró el 5 de noviembre de 2019, el escrito de acusación se presentó el 20 de noviembre de la misma anualidad, correspondiéndole el reparto al Juez 1 Penal del Circuito de Cartagena, el cual fijó fecha para el día 12 de febrero de 2020, llegada la fecha antes mencionada, no se realizó la audiencia, por lo que fue reprogramada para el día 2 de abril, pese a ello, en esta última no pudo llevarse a cabo debido a que la Defensoría no designó defensor público, como lo ordenó el juez de conocimiento, programándose nuevamente para el 11 de mayo.

Pese a lo anterior, nuevamente llegada la fecha fijada no fue celebrada por las restricciones del COVID-19, reprogramándose para el 2 de junio, en esta última, tampoco tuvo lugar su realización porque no se conectó la Fiscalía y la cárcel, además la Defensoría no atendió la orden de nombramiento de defensor público, fijándose una nueva fecha, esta es, 2 de julio de 2020.

El 2 de julio de 2020 no se realiza la audiencia porque no hay servicio de energía eléctrica en la cárcel de Ternera, fijándose como nueva fecha el día 4 de agosto, la cual tampoco pudo ser realizada por no haber conexión con la cárcel, aplazándose para el 10 de agosto, en esta última, se acusa al demandante y se señala fecha para la audiencia preparatoria el 10 de septiembre. Afirma que hasta esta fecha, habían transcurrido 306 días, encontrándose vencido el término consagrado en el artículo 307 numeral 5 del código de procedimiento penal.

² Folios 1-9 exp. digital

13-001-23-33-000-2021-00275-00

El 10 de septiembre no se llevó a cabo la audiencia por cuenta de la defensa, reprogramándose para el 14 de octubre, llegada la fecha, fue instalada la audiencia preparatoria, señalándose fecha para el inicio del juicio el 13 de noviembre. Manifiesta que, el 13 de noviembre 2020 se instala el juicio, pero los testigos de la fiscalía no se conectan. se suspende la audiencia por esta razón y se fija nueva fecha para el día 18 de diciembre.

El 18 de diciembre de 2020 la cárcel no cumple con el deber de conectar al procesado a la sala de audiencias virtuales, y se programa nueva fecha para el día 10 de febrero de 2021, esta ultima no se realiza, porque la cárcel no conecta al procesado a la audiencia y se reprograma para el 16 de abril de 2021. El 16 de abril la señora juez de conocimiento no tiene fluido eléctrico, y se señala para el día 7 de mayo de 2021.

Llegada la fecha 7 de mayo se instala la audiencia, se presenta un testigo y el juzgado de conocimiento suspende la audiencia por problemas técnicos, y se programa para el día 30 de junio de esta anualidad.

En relación con la solicitud de libertad por vencimiento de términos, indica que solicitó la audiencia, la cual fue programada para el 28 de mayo de 2021, se inició la audiencia de libertad, pero la fiscal del caso adujo que la madre de la víctima estaba en contra de la fiscalía, y que no representa los intereses de la niña, también fundamenta que el representante legal de la niña es el hermano, quien es el denunciante, e indica que ella ha estado localizándolo pero que le ha sido imposible. Relata que, el juez 3 penal municipal con funciones de control de garantías, le preguntó a la fiscal si la entidad ha cumplido con el deber legal de solicitar defensor público en favor de la menor y la fiscal alegó que no, pero que lo haría en los próximos días.

En la diligencia, afirma que, el juez 3 penal municipal con funciones de control de garantías, bajo el supuesto de garantizar los derechos de la menor al debido proceso, indicó que la presencia del defensor de familia y del comisario de familia de Villanueva, quienes estarían presentes en la audiencia, no garantizaba la defensa técnica de la menor, por lo que se hacía necesario que esta contara con defensor técnico de víctimas para poder desarrollar la audiencia, declarando fallida la audiencia, sin fijar una fecha para la celebración de la misma.

13-001-23-33-000-2021-00275-00

3.2. CONTESTACIÓN DE LOS VINCULADOS

3.2.1 Fiscalía Seccional No.32³.

Manifiesta que, la investigación radicada bajo el nuc 130016001128201901976, iniciándose por denuncia presentada por Jhon Fredy Ortiz Muriel, en calidad de hermano de la víctima el 15 de marzo de 2019, por unos hechos que atentaron contra la libertad, integridad y formación sexual de una menor de edad, quien para la fecha de los hechos contaba con 12 años.

Luego de investigaciones, el 9 de octubre de 2019, solicitó la captura en contra del demandante, el cual es capturado el 5 de noviembre de 2019, poniéndose a disposición de un juez de control de garantías, formulando imputación y solicitando la medida de aseguramiento, la cual fue impuesta en esta última fecha para que fuera cumplida en establecimiento carcelario, contra esta decisión no se presentó recurso alguno.

El 14 de enero de 2020, indica que radicó escrito de acusación, posteriormente se celebró audiencia de formulación de acusación, preparatoria y se dio inicio al juicio oral en noviembre de 2020, alegando que a la fecha no se ha terminado el debate probatorio.

En atención a lo anterior, solicita que la presente acción constitucional sea declarada improcedente, respaldando su solicitud en reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, indicando que el habeas corpus se contempló para aquellas personas que creen estar ilegalmente privadas de la libertad. Con ocasión a ello, indica que al actor no se la vulnerado su derecho a la libertad, debido a que, si bien el día de hoy el juez 3 penal municipal declaró fallida la audiencia, la misma se hizo por petición de esa entidad, con ocasión a que, la menor de 12 años no contaba con representación jurídica la cual se hace necesaria, toda vez que la madre de la misma, no es garantía de protección, adicional a ello, la denuncia fue presentada por un hermano y no por esta última, quien se supone es la garante de los derechos de su hija mas que cualquier otra persona. Lo anterior, llevó al juez de garantías, a solicitar a la defensoría pública que asignara un abogado que asistiera, defendiera y representara a la menor, requiriendo su cumplimiento mediante correo electrónico del 28/05/2021, la cual se encuentra en trámite.

³ Fols. 108-111

13-001-23-33-000-2021-00275-00

Agregó que, el juez de garantías ponderó los derechos de las víctimas, conforme a las normas que así lo indican, así como también respetó los derechos del procesado, solicitando la reprogramación de la audiencia, decisión que no fue apelada por el demandante. Manifiesta que, el hecho de que transcurrieran mas de 365 días sin haber terminado el juicio no da lugar a una privación ilegal de la libertad, máxime si las audiencias durante los años 2020 y 2021 no logran realizarse en ocasiones por fallas en la conexión de internet, de la aplicación teams, o incapacidades médicas, no constituyendo ello en una prolongación ilícita de la libertad, ni una vía de hecho judicial.

3.2.2. Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías⁴.

Dentro del informe rendido, manifestó que en la fecha correspondió en reparto de audiencias programadas, la solicitud con CUI: 130016001128201902976, seguida contra el Sr. GUSTAVO MERCADO JIMENEZ, por el presunto delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS. Indica que, a la mencionada audiencia fueron citados por el centro de servicio las siguientes partes e intervinientes: FISCALIA 32 SECCIONAL DE CARTGENA - CAIVAS - LUZ HELENA PASTOR, CRISTINA MURIEL BABILONIA (MADRE DE VICTIMA), la víctima, el COMISARIO DE FAMILIA DE VILLANUEVA BOLIVAR - DIEGO VASQUEZ, DEFENSOR DE FAMILIA - WALTER NOCUA B-OCTAVIO VERBEL - JOSE CASTRO, PROCURADOR JUDICIAL DELEGADO EN LO PENAL ANTE JUECES DE CIRCUITO y el Dr. FRANKLIN CABARCAS CABARCAS, abogado defensor.

Seguidamente, al dar inicio a la misma, observó que no estaban todos los convocados, echando de menos al defensor de víctimas y su representada, así como la representante legal de la víctima, indagó a la Fiscal si había tenido contacto con estas personas, a lo que manifestó que la madre de la menor no era garante de sus derechos y que ella había tenido contacto con un hermano y solicitó que se aplazara la presente audiencia para solicitar la asignación de un defensor de familia, igualmente le dio el uso de la palabra al Comisario de Familia de Villanueva, quien señaló que la madre de la menor se acercó a su oficina y manifestó estar enterada de la diligencia, finalmente le concedió la palabra al Defensor de confianza del imputado, solicitante de la audiencia, el cual argumentó los motivos por los cuales consideraba que la audiencia debía realizarse.

⁴ Fols. 112-113

13-001-23-33-000-2021-00275-00

Por lo anterior, afirma que con fundamento en el artículo 44 de la Constitución Política, y la observancia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, decidió declarar fallida la audiencia, y solicitar su reprogramación al centro de servicios, contra dicha decisión no se presentaron oposiciones por las partes.

Colorario a lo expuesto, indicó que no ha vulnerado derecho alguno, en el entendido que actuó con fundamento en el Artículo 44 de la Constitución Nacional y el interés prevalente de la menor, respecto de quien observó no contaba en esa diligencia con un defensor técnico.

3.2.3. Centro de Servicios Judicial de Cartagena⁵

En el informe rendido, manifiesta que una vez notificados de la presente acción, procedieron con la búsqueda en las bases de datos, encontrándose los siguientes procesos: 130016001129201400054 y 130016001128201902976.

En dichos historiales se podían encontrar las actuaciones registradas a la fecha de registro, remitido por los juzgados, sobre las recientes audiencias, adujo que deben ser consultadas ante los juzgados de conocimiento y de garantías respectivos. Dentro de su escrito, anexó las actuaciones surtidas en los radicados antes señalados.

3.2.4 Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena con Funciones de Conocimiento⁶

Señala que, le correspondió por reparto el escrito de acusación del señor GUSTAVO ENRIQUE MERCADO JIMENEZ con radicado: 13001-60-01128-2019-02976, por el delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO.

La carpeta se recibió en ese despacho judicial el día 2 de febrero de 2020, y mediante auto se señaló fecha para la audiencia de acusación y siguientes según informó con la siguiente tabla:

⁵ Fol. 121

⁶ Fols. 124-125

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
AUTO INTERLOCUTORIO No. 085/2021
DESPACHO 006

SIGCMA

13-001-23-33-000-2021-00275-00

FECHA DE AUDIENCIA	MOTIVO DE APLAZAMIENTO
20-02-2020	INPEC NO TRASLADÓ AL PROCESADO y SIN DEFENSOR DESIGNADO
02-04-2020	NO SE REALIZA POR LA SUSPENSIÓN DECRETADA DEBIDO A LA PANDEMIA
02-06-2020	NO ASISTIERON LAS PARTES
02-07-2020	INPEC SIN FLUIDO ELECTRICO y SIN DEFENSOR DESIGNADO
04-08-2020	INPEC NO CONECTÓ AL PROCESADO
10-08-2020	SE REALIZA ACUSACIÓN
10-09-2020	PROCESADO CAMBIA DEFENSOR Y ESTE NO TIENE LOS EMP, SOLICITÓ APLAZAMIENTO.
14-10-2020	SE REALIZA AUDIENCIA PREPARATORIA
13-11-2020	SE REALIZA AUDIENCIA JUICIO ORAL
18-12-2020	INPEC NO CONECTÓ AL PROCESADO
10-02-2021	FISCAL ESTABA EN OTRA AUDIENCIA
16-04-2021	JUEZ SIN FLUIDO ELECTRICO
07-05-2021	SE REALIZA, SE SUSPENDE POR PROBLEMAS TÉCNICOS.
30-06-2021	PENDIENTE POR REALIZAR

Manifiesta que, las audiencias programadas han fracasado continuamente por causas atribuibles a los sujetos procesales, el procesado no contaba con defensor, por lo que esa célula judicial ofició en múltiples oportunidades al sistema nacional de DEFENSORIA PÚBLICA, designando al DR. ARIEL OLARTE; posteriormente el defensor público fue desplazado por un defensor de confianza. El día 24 de mayo de 2021 recibimos notificación del cambio de defensor nuevamente. Agrega que, otra de las causas atribuibles a la no realización de algunas de las audiencias obedeció a que el INPEC no trasladó o conectó al detenido y en algunas ocasiones a la FISCALÍA. Solo en una oportunidad, fue por causa atribuible a la señora juez encargada, quien para el día 16 de abril de 2021 y como consecuencia de un fuerte aguacero en la ciudad no tuvo fluido eléctrico para conectarse a la diligencia

Seguidamente, revela que el señor GUSTAVO ENRIQUE MERCADO JIMÉNEZ no se encuentra ilegalmente privado de la libertad, por el contrario, el respectivo juez de control de garantías le impuso medida de aseguramiento al considerar que había lugar a ella. Añadiendo que la libertad por vencimiento de términos no opera de manera automática, debe presentarse solicitud por intermedio de defensor al CENTRO DE SERVICIOS para que se programe la respectiva audiencia ante un JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, quien estudiado el caso deberá conceder o negar la petición según corresponda. Por lo tanto, no tiene ese juzgado, competencia para resolver sobre solicitudes de libertad. En la actualidad el proceso de la referencia se encuentra pendiente de continuar la audiencia de JUICIO ORAL.

13-001-23-33-000-2021-00275-00

Finalmente, solicita desvincular a ese despacho judicial de la presente acción, teniendo en cuenta que no fue el que le impuso la medida de aseguramiento; y tampoco el que debe resolver sobre una posible libertad por vencimiento de términos.

IV. TRÁMITE PROCESAL

Por reparto correspondió el conocimiento de la acción constitucional, tal como consta en el acta de reparto de fecha 28 de mayo de 2021⁷, a las 2:27 pm, mediante auto admisorio de la misma fecha se ordenó la notificación de las accionadas y al peticionario⁸.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Control de Legalidad.

Tramitada la primera instancia y dado que, 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.

5.2. Competencia.

El Despacho es competente para conocer en primera instancia de la presente acción de Habeas Corpus, conforme lo establece el artículo 2º de la Ley 1095 de 2006.

5.3. Problema jurídico.

En el presente asunto, se establecerá como problemas jurídicos los siguientes.

¿Es procedente la acción de Hábeas Corpus cuando la audiencia de solicitud de libertad por vencimiento de términos no se ha llevado por falta de representación de la víctima?

¿Constituye una vía de hecho, la orden del juez tercero de control de garantías de Cartagena, de suspensión de la audiencia de libertad por

⁷Folio 94

⁸ Folios 95-107

13-001-23-33-000-2021-00275-00

falta de una defensa técnica de la víctima menor de edad, que haga procedente esta acción?

En caso de resolverse de manera positiva los interrogantes anteriores, este Tribunal debe entrar a resolver lo siguiente:

¿Están vencidos los 365 días de que trata el parágrafo primero del artículo 307 del CPP?, generándose la libertad del solicitante, por vencimiento de términos, por no haberse llevado a cabo la audiencia de libertad, por causas no imputables al demandante?

¿Están vencidos los 240 días que establece el numeral 5 del artículo 317 junto con el parágrafo primero del mismo estatuto, entre la presentación del escrito de acusación y la no iniciación de la audiencia de juicio

5.4. Tesis del Despacho

El Despacho señala que se declarara improcedente la solicitud de Habeas Corpus, porque este no puede constituirse en una instancia, es decir, se debe acudir a los mecanismos y medios ordinarios, toda vez que el Juez ordinario es quien debe resolver sobre la libertad y el juez constitucional no puede invadir la órbita de juez natural, puesto que no se ha llevado a cabo la audiencia de libertad por vencimiento de términos.

Frente al segundo problema de la procedencia, la suspensión de una audiencia para garantizar el debido proceso a todos los intervinientes, no constituye una vía de hecho o una causal genérica y específica de procedibilidad contra una decisión judicial, puesto que el aplazamiento de la audiencia no constituye una verdadera decisión de fondo sobre las cuales pueda decirse que existe una causal de procedencia que haga posible esta acción por esta causal.

El despacho, se abstendrá de un pronunciamiento de fondo por la improcedencia de esta acción y porque esa labor le corresponde al juez ordinario, en este caso, al juez de control de garantías. El Habeas Corpus es una garantía constitucional de la libertad, pero no está instituida para constituirse en una instancia, dado el carácter subsidiario de esta acción, en consecuencia, declarara su improcedencia.

13-001-23-33-000-2021-00275-00

Para responder al anterior interrogante, el Despacho abordará los siguientes temas: (i) Requisitos de procedibilidad del hábeas corpus, (ii) caso concreto.

5.5. Requisitos de procedibilidad del hábeas corpus.

La Ley 1095 de 2006 establece en su artículo 1º que el *hábeas corpus* tutela la libertad personal **i)** cuando la privación proviene de violación de garantías constitucionales o legales y **ii)** cuando el estado de privación se prolonga de manera ilegal.

La garantía de la libertad también procede cuando se presenta alguno de los siguientes eventos:⁹

(1) siempre que la vulneración de la libertad se produzca por orden arbitraria de autoridad no judicial; (2) mientras la persona se encuentre ilegalmente privada de la libertad por vencimiento de los términos legales respectivos; (3) cuando, pese a existir una providencia judicial que ampara la limitación del derecho a la libertad personal, la solicitud de hábeas corpus se formuló durante el período de prolongación ilegal de la libertad, es decir, antes de proferida la decisión judicial; (4) si la providencia que ordena la detención es una auténtica vía de hecho judicial.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado, por su parte, que cuando existe un proceso judicial en trámite, la acción de *hábeas corpus* no puede impetrarse con las siguientes finalidades:

- (i)** *Sustituir los procedimientos judiciales comunes dentro de los cuales deben formularse las peticiones de libertad;*
- (ii)** **Reemplazar los recursos ordinarios de reposición y apelación establecidos como mecanismos legales idóneos para impugnar las decisiones que interfieren el derecho a la libertad personal;**
- (iii)** *Desplazar al funcionario judicial competente y,*
- (iv)** *Obtener una opinión diversa —a manera de instancia adicional— de la autoridad llamada a resolver lo atinente a la libertad de las personas.¹⁰*

La única excepción a tales reglas se presenta cuando la decisión judicial que interfiere en el derecho a la libertad personal se califique como constitutiva de vía de hecho o se vislumbre la prosperidad de alguna de las causales genéricas que hacen viable la acción de tutela.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-260/99.

¹⁰ CSJ, AHP 11 sep. 2013, Rad. 42220; AHP 4860-2014, Rad. 4860

13-001-23-33-000-2021-00275-00

En alguna de aquellas hipótesis:

... aun cuando se encuentre en curso un proceso judicial, el habeas corpus podrá interponerse en garantía inmediata del derecho fundamental a la libertad, cuando sea razonable advertir el advenimiento de un mal mayor o de un perjuicio irremediable, en caso de esperar la respuesta a la solicitud de libertad elevada ante el mismo funcionario judicial, o si tal menoscabo puede sobrevenir de supeditarse la garantía de la libertad a que antes se resuelvan los recursos ordinarios" (CSJ AHP, 26 de junio de 2008, Rad. 30066)¹¹.

5.6. El caso concreto.

En el *sub-lite*, el señor GUSTAVO ENRIQUE MERCADO JIMÉNEZ, en ejercicio de la acción constitucional de Hábeas Corpus, solicita la libertad inmediata, al considerar que se le están vulnerando sus derechos y garantías constitucionales, pues a su juicio, tiene derecho a la libertad porque ya pasaron 365 días desde que se le presentó el escrito de acusación y no se ha realizado la audiencia de juicio oral.

De los hechos probados se puede extractar que al accionante se le legalizó la captura, se le imputa el delito de acto sexual con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo sucesivo y se le impone medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario el 5 de noviembre de 2019, por parte del Juez Noveno Penal Municipal con Funciones de Garantías, sin que en esa audiencia se presentaran recursos contra las decisiones allí tomadas, lo que significa que la medida de aseguramiento impuesta esta prevista de legalidad. Posteriormente, el 14 de enero de 2020, la Fiscalía 32 seccional presenta el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento del asunto al Juez Primero Penal de Circuito de Cartagena mediante reparto realizado el 12 de febrero de esa anualidad, quien al asumir conocimiento programa varias audiencias para el 20 de febrero, la cual no se realizó porque no se trasladó al procesado por parte del INPEC y no tenía defensor que lo representara (en ese momento se estaba trabajando en presencialidad).

Luego de lo anterior, fue programada para el 2 de abril de 2020, la cual no se llevó a cabo con ocasión a la pandemia COVID 19, nuevamente se programó para el 2 de junio, no asistiendo las partes; ulteriormente, para el 2 de julio donde no se celebró por parte de fluido eléctrico en la cárcel y por no tener

¹¹ PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR, MAGISTRADA PONENTE, AHP1343-2020, Radicación N.º 57784, Bogotá D. C, seis (6) de julio de dos mil veinte (2020).

13-001-23-33-000-2021-00275-00

un defensor designado, reprogramándose para el 4 de agosto del mismo año, donde el INPEC no conectó al procesado; fijándose como fecha siguiente, el 10 de agosto donde se realiza la acusación, programándose para el 10 de septiembre la nueva audiencia, la cual no se lleva a cabo porque el procesado designa nuevo defensor, quien solicita el aplazamiento por no tener los elementos materiales probatorios en su poder.

La audiencia preparatoria, se realiza el 14 de octubre y el 13 de noviembre se da inicio a la audiencia de juicio oral, la cual fue aplazada para el 18 de diciembre, sin que se pudiera celebrar porque el INPEC, no conectó al procesado, fijándose una nueva fecha para el 10 de febrero de 2021, día en el cual tampoco se pudo realizar porque la fiscal se encontraba en otra audiencia, señalándose para el día 16 de abril de este año, calenda en la cual no se realizó la misma por no tener la juez de conocimiento fluido eléctrico debido a una fuerte lluvia que cayó sobre la ciudad; por lo que, se señala el 7 de mayo para continuar la misma, fecha en la cual se lleva a cabo pero se suspende por razones técnicas que imposibilitaron su continuación, programándose para el 30 de junio de 2021 la continuación del juicio oral.

Por otra parte, el 19 de mayo de esta calenda, el accionante le otorga poder a un nuevo apoderado, quien solicita el 20 de mayo la audiencia de libertad, citándose para la misma al acusado, a la fiscal 32 seccional de Cartagena, a la madre de la víctima, al comisario de Villanueva-Bolívar, al defensor de familiar, ministerio público, y se observa, en la solicitud de audiencia preliminar del centro de servicios judiciales de Cartagena, anexado con el informe del juez 3, que se desconoce si la víctima tiene defensor, y solicita a la fiscalía para que notifique a las mismas y a su defensor en caso de existir, anotándose que, los fundamentos legales son los arts. 317 núm. 5 y parágrafo 1 del 307 de la Ley 906 de 2004, donde solicitaría el levantamiento de la medida de aseguramiento, y que la misma fuera sustituida por una no privativa, por haber fenecido el término máximo de vigencia de esa medida.

La audiencia, se instala el 28 de mayo de este año a las 10:00 am, y en ella en el minuto 2:50 en adelante, la fiscal expresa que nos e ha podido comunicar con la madre de la víctima, quien no le ofrece garantías a la misma, puesto que la custodia de la menor la ostenta una tía, y el hermano de la víctima, quien fue el denunciante, no pudo ser contactado porque al parecer estaba hospitalizado, por lo que solicitó a la defensoría del pueblo le asignara un defensor que le garantizara los derechos de la menor, pero que, hasta ese instante se estaba realizando el oficio correspondiente por parte de su auxiliar.

13-001-23-33-000-2021-00275-00

Seguidamente en el minuto 3:35, toma el uso de la palabra el señor Diego Vásquez, en su condición de comisario de familia del municipio de Villanueva, quien manifiesta que a su despacho se acercó la señora Cristina Muriel Babilonia, como madre de la víctima, para expresarle que había sido informada de esta audiencia por parte del defensor del acusado; a continuación, solicita el uso de la palabra el defensor, quien acepta haberse comunicado con la madre de la víctima, no estar de acuerdo con la posición de la fiscal porque considera su conducta negligente, reitera que se le debe respetar el debido proceso a la víctima, pero que igualmente, también a su defendido, por lo que considera que debe realizarse la audiencia, porque la misma esta garantizada por el comisario de familia.

Posteriormente, desde el minuto 10:28 el juez 3 Penal con Funciones de Garantías de Cartagena, toma el uso de la palabra, declara fallida la audiencia porque el interés de los menores estos tienen derecho a estar representados en la audiencia, con fundamento, en el artículo 44 de la Constitución Política, y en el minuto 18:00 el defensor le solicita al juez la reprogramación de la audiencia, comunicándose a su vez al centro de servicio tal circunstancia para que se le garantice a su defendido sus derechos, así como se le ha garantizado a la víctima, en el minuto 19:00 el juez decide ratificar la declaratoria de fallida y la reprogramación con mensaje de urgencia para el centro de servicios.

De lo antes expuesto, se puede concluir que todavía no existe un pronunciamiento por parte del juez competente que en este caso es el juez de control de garantía, sobre la solicitud de libertad del señor Mercado Jimenez, por haber vencido, el término establecido en la Ley de un año, de habersele impuesto la medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario, conforme lo dispone el parágrafo 1 del art. 307 del C.P.P. La Corte Suprema de Justicia, en casos similares a este ha sostenido que el habeas corpus no puede constituirse en una instancia ordinaria o adicional a los mecanismos instituidos al interior del proceso para resolver la libertad de una persona detenida. En el caso en concreto, la audiencia que debía resolver la solicitud de libertad del señor Mercado Jiménez se declaró fallida sin que se resolviera si se le concedía o no la petición.

13-001-23-33-000-2021-00275-00

En caso similar, la Corte Suprema de Justicia, manifestó lo siguiente¹²:

“3. De este recuento procesal se sigue: i) que el libelista se encuentra legalmente privado de la libertad como consecuencia de una medida de aseguramiento impuesta al interior del proceso 880013104001201413700; y ii) que acudió a la presente acción constitucional sin agotar el mecanismo dispuesto al interior del proceso ordinario para revocar dicha determinación, lo cual revela un uso indebido del hábeas corpus.

*Bajo esta perspectiva, es claro que la acción promovida por **Víctor Arellano Rodríguez** tiene como finalidad «sustituir los procedimientos judiciales comunes dentro de los cuales deben formularse las peticiones de libertad», y este supuesto, como fue indicado en precedencia, es uno de los eventos que constituyen la improcedencia de la presente acción constitucional, que no puede ser interpuesta en aras de desplazar la función de los jueces ordinarios.*

En ese orden de ideas, el juez de habeas corpus carece de la facultad de estudiar la procedencia de algunas de las causales para remover una medida de aseguramiento. Estas solicitudes son competencia del respectivo juez de control de garantías, en primera instancia, y del juez de conocimiento, en caso presentarse recursos”.

Como respuesta al primer problema jurídico, el habeas corpus es improcedente para resolver solicitudes de libertad cuando no hay pronunciamiento del juez natural.

En relación con el segundo problema jurídico, consistente en que si la decisión del Juez 3 Penal Municipal con función de control de garantías de Cartagena, de no realizar la audiencia el 28 de mayo de este calendario, constituye una vía de hecho que haga procedente este amparo. La respuesta es no, debido a que, su decisión no contiene ningún defecto de lo específico que puedan constituir una causal de procedencia contra una decisión judicial, ya que su decisión estuvo basada en el artículo 44 de la Carta Política y si bien, no lo manifestó en el artículo 196 del Código de Infancia y Adolescencia Ley 1098/2006, que a la letra reza:

“ARTÍCULO 196. FUNCIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA VÍCTIMA. Los padres o el representante legal de la persona niños, niñas y adolescentes, están facultados para intervenir en los procesos penales en que se investigue o juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente como representante de este, en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal y para iniciar el incidente de reparación integral de perjuicios.

¹² CSJ AHP027-2021, diecinueve (19) de enero de dos mil veintiuno (2021). Radicación n°. 58785, Bogotá. D.C.,

13-001-23-33-000-2021-00275-00

Los niños y niñas víctimas, tendrán derecho a ser asistidos durante el juicio y el incidente de reparación integral por un abogado (a) calificado que represente sus intereses aún sin el aval de sus padres y designado por el Defensor del Pueblo".

La norma anterior, no solo ampara el actuar del juez aquí mencionado, sino de la Fiscalía, teniendo en cuenta la condición de que la custodia de la menor víctima no esta en poder de su madre, así tenga legalmente la patria potestad. En consecuencia, al no existir una providencia contraria a derecho, entendida esta como una vía de hecho, no hay lugar a la procedencia del habeas corpus, especialmente si se tiene en cuenta que el apoderado del demandado solicitó la reprogramación, y no interpuso ningún tipo de solicitud frente a la decisión del juez de declararla fallida para garantizarle el debido proceso, y derecho de defensa a la víctima.

Por las razones anterior, se declarará improcedente esta acción, lo que releva a este operador judicial, de hacer un pronunciamiento sobre los problemas jurídicos asociados que tocan el fondo del asunto.

Finalmente, esta judicatura exhortará al Juez 3 Penal Municipal con función de control de garantías de Cartagena, y al centro de servicios judiciales de Cartagena, para que fije una nueva audiencia dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta decisión, con el objeto, de que no se le puedan afectar el derecho fundamental del señor Mercado Jiménez, audiencia que deberá realizarse en todo caso dentro de los cinco (5) días siguientes a la declarada fallida, conforme lo estipula el art. 159 del Código de Procedimiento Penal. Esta decisión esta amparada, en pronunciamiento de la CSJ- Sala de Casación Penal, cuando al definir una acción de esta naturaleza ha tomado esta misma decisión¹³

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar,

¹³ Consultar AHP3659-2020, Bogotá, D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020), Radicación No. 58736

)

13-001-23-33-000-2021-00275-00

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE, la presente acción constitucional de Hábeas Corpus promovida por el señor GUSTAVO MERCADO JIMÉNEZ, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: EXHORTAR al JUEZ TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS, y al CENTRO DE SERVICIOS JUDICIALES DE LOS JUZGADOS PENALES DE CARTAGENA, fije fecha para la audiencia de libertad por vencimiento de términos del señor GUSTAVO MERCADO JIMÉNEZ, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, la cual deberá realizarse en todo caso dentro de los cinco (5) días siguientes a la declarada fallida, conforme lo estipula el art. 159 del Código de Procedimiento Penal, atendiendo las consideraciones de esta providencia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta providencia a todos los intervinientes procesales, por el medio más expedito.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

Firmado Por:

MOISES DE JESUS RODRIGUEZ PEREZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE
CARTAGENA-BOLIVAR

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d83a3ac8b60c4a0fe212ceead155a5e370b7b63557bd8db1cb6367d5ea6741f2**

Documento generado en 29/05/2021 02:48:37 PM