



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés islas, siete (07) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia No. 039

Medio de control	Acción de Tutela
Radicado	88-001-23-33-000-2023-00022-00
Demandante	Heredad Veeduría Ciudadana
Demandado	Fiscalía General de la Nación -Fiscalía 12 delegada ante la Corte Suprema de Justicia
Magistrado Ponente	Jesús Guillermo Guerrero González

I. OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decide la Sala la petición de amparo elevada por Paola Rada Meza en representación de la organización ciudadana “Heredad Veeduría Ciudadana”, contra la Fiscalía General de la Nación- Fiscalía 12 delegada ante la Corte Suprema de Justicia, por considerar que dicho ente violó su derecho fundamental de petición y acceso a la justicia con base a una denuncia penal presentada el 15 de marzo de la presente anualidad sobre la posible configuración de los delitos de peculado por destinación oficial diferente, fraude a resolución judicial y concierto para delinquir en el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

II. ANTECEDENTES

Se señalan como fundamentos de hecho manifestados por el actor los siguientes:

1.- El Juzgado único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina emitió fallo del 3 de diciembre de 2018 dentro de la acción de cumplimiento No. 88001333300120180016500, ordenando dar cumplimiento al literal c) del artículo 12 del Decreto 2762 de 1991 relativo a la creación del fondo especial para la



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

capacitación laboral de los residentes en el Departamento Archipiélago. En dicho pronunciamiento se ordenó también la compulsa de copias a la Fiscalía General de la Nación a fin de que se estudiara la posibilidad en la comisión de delitos relacionados con la sustracción de la creación del citado fondo.

El cumplimiento al mandato del literal C del Decreto 2762 de 1991 se materializó a través del Decreto 0149 del 13 de abril de 2020.

2.- Mediante resolución No. 00823 del 14 de junio de 2019, el Fiscal General de la Nación delegó el adelantamiento de la investigación a cargo de la Fiscalía Doce delegada ante la Corte Suprema de Justicia, quien en auto de archivo de la investigación del 29 de mayo de 2021 consideró que los Señores Juan Francisco Herrera Leal, Tonney Gene Salazar y Everth Hawkins Sjogreen, en sus calidades de Gobernadores del Departamento archipiélago, NO cometieron conducta alguna que se tipificase dentro del artículo 454 del Código Penal (fraude a resolución Judicial o administrativa de policía)

3.- En auto del 2 de mayo de 2023 la Fiscal No. 12 delegada ante la Corte Suprema de Justicia resolvió una nueva denuncia allegada por la accionante en memorial del 22 de marzo de 2023. En dicho pronunciamiento el ente fiscalizador consideró que los hechos constitutivos de la nueva denuncia guardaban estricta relación con aquellos objeto de indagación previa y archivo, hecho por el cual denegó la solicitud de desarchivo dentro de la investigación penal identificado con el número 110016000102201900202, llevado en contra de los Srs. Juan Francisco Herrera Leal, Tonney Gene Salazar y Everth Julio Hawkins Sjogreen por el supuesto delito de fraude a resolución judicial

- PRETENSIÓN

Primero.- Amparar nuestros derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y la participación ciudadana.

Segundo.- En consecuencia ordenar a la accionada Fiscalía General de la Nación que, en un término máximo de cuarenta y ocho horas (48), admita a trámite la denuncia penal



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

radicada por la suscrita contra personas indeterminadas, por el posible delito de destinación oficial diferente.

Tercero.- Prevenir a la accionada Fiscalía General de la Nación, para que, en lo sucesivo, se abstenga de vulnerar los derechos fundamentales de las denunciadas.

Cuarto.- Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

El reproche descrito por la accionante radica sobre el entendido que su última denuncia -aquella realizada el 22 de marzo de la presente anualidad- fue tramitada como una solicitud de desarchivo de la investigación penal identificada con el No. 110016000102201900202 (fraude a resolución judicial) y NO como una nueva denuncia por el supuesto delito de peculado por destinación oficial diferente con relación a los recursos dispuestos para el Fondo Especial de Capacitación de Residentes de que trata el Decreto 2762 de 1991.

- CONTESTACIÓN

Fiscalía No. 12 delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

Dentro de la oportunidad legal para rendir informe, el fiscal 12 delegado ante la Corte Suprema de Justicia presentó contestación de la siguiente manera:

Relató que el 22 de marzo de 2023, se arrió a su despacho denuncia de parte de la Sra. Paola Rada Meza actuando en calidad de representante de la organización “Herencia Veeduría Ciudadana” poniendo de presente la supuesta materialización de conductas punibles de peculado por destinación oficial diferente, fraude a resolución judicial y concierto para delinquir.

Como quiera que de la denuncia allegada se advirtió en la orden del 2 de mayo de 2023, de conformidad con el inciso segundo del artículo 79 del CPP, que NO había lugar al desarchivo de la actuación, porque los anexos allegados con la nueva denuncia no constituían nuevos elementos probatorio o porque los otros



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

documentos acompañados *“no contienen elemento alguno que desvirtúe los fundamentos de la orden de archivo en comentario, puesto que se trata de respuestas a derechos de petición y otros requerimientos, que en nada influyen con la decisión adoptada en esta actuación”*.

Si bien la doctora PAOLA RADA MEZA, en la nueva denuncia instaurada por los mismos hechos que fueron objeto de la orden de archivo, hizo referencia a “la posible configuración de los delitos de peculado por destinación oficial diferente, fraude a resolución judicial y concierto para delinquir”, la calificación que haga la denunciante sobre los hechos es meramente ilustrativa u orientadora de la actividad investigativa, porque es al ente acusador a quien, de manera privativa y excluyente, le corresponde adecuación típica de los hechos que se pongan en su conocimiento.

En ese orden, la Fiscalía advirtió en la decisión de archivo en comentario que los hechos denunciados, eventualmente, estructurarían el delito de fraude a resolución judicial y bajo esa perspectiva realizó su análisis para dar por descontada la atipicidad objetiva de ese comportamiento. No se puede ahora bajo los mismos supuestos de hecho, iniciar otra actuación penal por otros delitos, porque resultaría violatorio del principio constitucional y legal del non bis in ídem, al amparo del cual, nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, ni se le podrá imputar más de una vez la misma conducta, cualquiera que sea la denominación jurídica que se le dé o se le haya dado.

- TRÁMITE DE INSTANCIA

1. La presente acción de tutela fue presentada el día 22 de junio de 2023 ante la Oficina de Apoyo Judicial de este departamento insular, siendo repartida a esta Corporación en la misma fecha.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

2. El presente medio de amparo fue admitido por auto fechado el 26 de junio de 2023.

3. Dentro del término oportuno para contestar la tutela, la autoridad demandada, presentó su respectivo informe con fecha del 28 de junio de 2023.

III. CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

Es competente esta Corporación a prevención para conocer del presente medio de amparo de conformidad con el art 37 del Decreto 2591 de 1991 y en concordancia con el precedente constitucional de antaño establecido por la Honorable Corte Constitucional; de la misma manera, esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de decreto 2591 de 1991, el cual dispone:

CAPÍTULO II: Competencia

*ARTICULO 37.- Primera instancia. **Son competentes** para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales **con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.***

El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio: (...)¹

Acorde a lo anterior, como quiera que la acción de tutela se impetró por parte de un ciudadano con domicilio en esta ínsula de cara a la supuesta vulneración de su derecho de petición y acceso a la administración de justicia por una entidad del orden nacional, sin embargo el hecho punible cuya investigación se la requiere tendría su hipotética ocurrencia en este territorio insular, motivo por el cual este

¹ Artículo 37 de decreto 2591 de 1991.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

tribunal es competente en primera instancia para dirimir la solicitud de amparo de la referencia.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Legitimación por activa

El inciso 1º del Artículo 86 de la Constitución Política consagra:

“ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

En el asunto sub lite, encuentra la Sala que la acción de tutela fue interpuesta por la Sra. Paola Rada Meza, representante de la organización “Hereditad Veeduría Ciudadana”, quien manifiesta que se le han vulnerado el derecho fundamental de petición y administración de justicia con lo cual es suficiente para tener por acreditada la legitimación por activa.

Legitimación por pasiva

De conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, “*la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley*”. En este orden de ideas, el accionante manifiesta que el derecho invocado se encuentra amenazado en cabeza de la Fiscalía General de la Nación- Fiscalía No. 12 delegada ante la Corte Suprema de Justicia, sujeto sobre el cual recae la solicitud de petición e investigación de las supuestas conductas punibles sobre el manejo de los dineros con destino al Fondo de capacitación del residente acorde al Decreto 2762 de 1991 y el Decreto



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

departamental 149 del 13 de abril de 2020 entre los años 2020 a la fecha , por ende sujeto pasivo del presente medio de control.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Procedencia de la acción constitucional de Tutela

La acción de tutela es un mecanismo de protección la cual está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, disposiciones que establecen que cualquier persona es titular de este medio de defensa judicial constitucional cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o excepcionalmente, por un particular.

A su vez, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, señala que *“la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar los derechos constitucionales fundamentales”*. Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

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

Sobre la procedencia de la acción de tutela en contra de las ordenes fiscales de archivo o desarchivo, el papel de la fiscalía dentro del proceso penal y del acceso a



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

la administración de justicia, la Corte Constitucional en providencia T520A /09 desarrolló los siguientes aspectos relevantes que se citan in extenso:

ACCION DE TUTELA- Procedencia contra decisión de fiscal de archivar investigación penal/PROTECCION EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE ACCESO A LA JUSTICIA- T520 A /09

(...)

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la decisión de archivar o no una indagación en los términos del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, no cuenta con los recursos de reposición y apelación que se alegan. Ello se debe a que el archivo señalado es una orden, de las especificadas en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004 y derivada de la titularidad que tiene la Fiscalía sobre la acción penal. En tal sentido, el artículo 79 del C.P.P. no establece recursos en contra de esa determinación del funcionario judicial investigador, ni proceden expresamente los recursos ordinarios establecidos en la Ley 906 de 2004, artículo 176 C.P.P. Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia ha señalado, que aunque no es posible hacer comparaciones automáticas entre las figuras consolidadas en reglas procesales anteriores, lo cierto es que el archivo de las diligencias establecido en la Ley 906 de 2004 guarda algunas semejanzas con la resolución inhibitoria que regula el artículo 327 de la Ley 600 de 2000, y en esta última, se plasman los recursos de reposición y apelación mencionados con claridad. aunque el juez de control de garantías está facultado para proteger los derechos fundamentales de los involucrados en el proceso, en el caso que nos ocupa no es clara la pertinencia de su intervención para ordenar al Fiscal Delegado 111, de ser el caso, que realice una investigación que no ha adelantado o que entre a valorar la pertinencia de algunos hechos objeto de su conocimiento; teniendo en cuenta que dentro del sistema penal acusatorio al que pertenece, la disposición de la acción penal es de la Fiscalía. Por consiguiente, ante la amenaza de derechos fundamentales mediante acciones u omisiones de los operadores jurídicos, sin que exista un medio de defensa suficientemente efectivo en la protección privilegiada de esos derechos, la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo de protección, por lo que la Corte entrará por ello en el análisis de fondo de los hechos, en esta providencia.”

El derecho al acceso a la administración de Justicia y la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación. T520 A /09

El derecho a acceder a la justicia guarda relación directa con el derecho al recurso judicial efectivo, como garantía necesaria para lograr la efectividad de los derechos fundamentales de las personas, como quiera que “no es posible el cumplimiento de



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

*las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso*².

En ese sentido, es un derecho reconocido expresamente en los principales instrumentos internacionales ratificados por Colombia, que puede ser entendido como la potestad que tiene *“toda persona de hacer valer jurisdiccionalmente un derecho que considera violado”*³ o la oportunidad que tiene de ser oído en un juicio a fin de obtener una respuesta de la justicia pronta y de calidad. El acceso a la justicia, en ese sentido, constituye una de las formas más eficientes de materializar los derechos humanos y su garantía, cumpliendo así con los postulados de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagran el derecho a un remedio judicial efectivo.

El acceso a la justicia supone entonces, (i) el derecho ser a oído en un juicio en el que sus razones sean tenidas en cuenta -defensa e igualdad en el acceso a la administración judicial -; (ii) el derecho a contar con un tribunal competente, imparcial e independiente para el efecto, y (iii) el derecho a una decisión judicial como resultado de un proceso en el que se han respetado las garantías procesales establecidas por la ley⁴. La autoridad prevista por el sistema legal del Estado para el efecto, debe decidir entonces sobre los derechos de toda persona que interponga ese recurso; lo que conlleva efectuar una determinación entre los hechos y el

² Sentencia C-1195 de 2001.

³ MAXERA, Rita. “Informe de Costa Rica”. En: “Acceso a la Justicia y Equidad”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Banco Interamericano de Desarrollo. San José de Costa Rica. 1999.

⁴ Cfr. PAPANICHINI, Ángelo. “Ética y Derechos Humanos”. Ministerio de Justicia. Instituto para el Desarrollo de la Democracia Luis Carlos Galán, Usaid. Julio de 1998.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

derecho – con fuerza legal – que recaiga y trate sobre un objeto específico. Al respecto la Corte Interamericana⁵ ha establecido que:

“(…) Los Estados Parte se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8(1)), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción...Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En este sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares del caso, resulten ilusorios”. (Subrayas fuera del original).

Así mismo, el derecho a un recurso judicial efectivo incluye la obligación de investigar, identificar y sancionar a los responsables y reparar a las víctimas. No cumplir con tales garantías, significa una denegación de justicia, proscrita por los tratados internacionales. La Corte Interamericana de hecho, ha señalado en ese sentido que:

“El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.” “Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se establezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”. En cuanto a la obligación de investigar, señala la Corte que la investigación “...debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.”⁶ (Subrayas fuera del original).

⁵ CIDH, Informe No 30/97, caso 10.987, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997, OEA/ Ser L. V/ II. 98, doc. 6, rev., 13 de abril de 1998) Sin notas de pie de página. Tomado de “La dimensión Internacional de los derechos Humanos” Op.cit.. Caso 10.987 (Argentina)

⁶ CIDH, Informe No 10/95, Caso - Caso 10.843 (Chile) OEA/Ser. L /V/II.91, Doc 7 rev. 3 de abril de 1996. Tomado: RODRÍGUEZ, Diego; MARTIN, Claudia, OJEA, Tomás. “La dimensión Internacional de los Derechos Humanos”. Banco Interamericano de Desarrollo. American University. Washington 1999.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

La Corte en la sentencia C-396 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) señaló que la búsqueda de la verdad como valor, principio y derecho constitucional tiene su origen en la necesidad de alcance y realización de la justicia, que es una función primordial para el Estado Social y Democrático de Derecho, que surge de los artículos 2º, 229 y 230 de la Carta. Ellos le garantizan el derecho de todas las personas de acceder a la administración de justicia y obtener una sentencia de acuerdo con la ley y la Constitución. En materia penal, esa providencia fue particularmente enfática al señalar que en *“la concreción de la justicia penal, resulta indudable que el concepto de verdad adquiere una enorme relevancia, puesto que, aunque difusa e indeterminada, la verdad es el punto de partida de la decisión judicial que hace justicia. De hecho, una decisión judicial en el marco del derecho penal no es justa si está fundada en la comprobación equivocada, hipotética e inverosímil de los hechos o de las condiciones que condujeron a la producción del delito. (...) Es, pues, la verdad en el proceso penal un presupuesto de la justicia y, por consiguiente, no es un asunto neutro o indiferente en la Constitución, sino una premisa fundamental en el ordenamiento superior que realiza y legitima el Estado”*.

Precisamente, como lo resalta la sentencia que se cita, la verdad en el proceso, constituye el punto de partida y de llegada de la justicia penal, pues no sólo es una directriz que el Estado aspira a desentrañar, sino es un paradigma imperativo en la labor judicial. Es por ello que *“la víctima adquiere un verdadero derecho fundamental a conocer la verdad de lo sucedido y la comunidad un derecho colectivo a conocer su historia y la realidad de los sucesos que marcan su futuro y, de otro, el Estado tiene el correlativo deber de identificar a los autores, partícipes, las causas y los medios a través de las cuales se cometieron las conductas reprochadas”*⁷.

⁷ Sentencia C-396 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

Con todo, la sentencia C-396 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) resalta que aunque es clara e indiscutible la relación existente entre verdad y justicia y el deber estatal de buscar la primera para concretar la segunda, la manera de encontrarlas o los métodos utilizados para lograr la sentencia verdadera y justa no ha sido un tema pacífico ni unánime en la doctrina y en la legislación penal, pues como advierte Luigi Ferrajoli, *“si una justicia penal completamente ‘con verdad’ constituye una utopía, una justicia penal completamente ‘sin verdad’ equivale a un sistema de arbitrariedad”* y, agrega, *“las garantías legales y procesales, además de garantías de libertad, son también garantías de verdad”*⁸.

No obstante la Corte sostuvo en la providencia que se reseña, que desde la perspectiva constitucional general, es claro que sólo puede realizarse la justicia material, cuya búsqueda hace parte de la esencia del Estado Social de Derecho, cuando el proceso penal se dirige a encontrar la verdad fáctica o, por lo menos, cuando la decisión judicial se acerca a ella. Sin embargo, existen limitaciones en ese objetivo, que en el proceso penal se concretan en los artículos 29, 31, 32 y 33 de la Carta, según los cuales sólo pueden ser apreciados los hechos y circunstancias que rodean el caso con las garantías propias del derecho penal en los Estados constitucionales y democráticos, máxime si no sólo existen los derechos de la víctima sino a su vez la presunción de inocencia, de no autoincrimación, etc. Puede concluirse en consecuencia, que la búsqueda de la verdad en el proceso penal está subordinada al respeto por la dignidad humana de todos los implicados, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas que racionalicen el proceso.

⁸ Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Página 45.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

El papel de la Fiscalía General de la Nación en el Sistema Penal Acusatorio y el alcance del archivo de la investigación, consagrado en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004. T520 A /09

El actual sistema penal acusatorio -Ley 906 de 2004-, consta genéricamente de dos etapas principales y dos secundarias. Las más importantes, porque constituyen la estructura propiamente dicha del proceso, son las etapas de la investigación y el juicio. De hecho una de las características más relevantes del sistema penal acusatorio es, entre otras, la separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento. Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral⁹. Según el artículo 250 de la Carta, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, la Fiscalía General de la Nación es el organismo oficial encargado de promover el proceso penal desde la indagación hasta el juicio.

Previo a la investigación, sin embargo, las autoridades despliegan una etapa inicial *de indagación preliminar*. La fase de *indagación preliminar*, se inicia con la *notitia criminis*, hecho que puede ser comunicado a ese organismo por denuncia, querrela, petición especial o cualquier otro medio idóneo¹⁰, y que tiene por objeto la realización de las actividades de investigación por parte del Fiscal, a fin de establecer los elementos esenciales probatorios y la evidencia física para la identificación e individualización de los presuntos autores de la conducta punible alegada. Tales elementos no son sinónimo de prueba ya que técnicamente en el

⁹ Sentencia C-396 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹⁰ Cfr. Sentencia C-1194 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Ver Ley 906 de 2004. Artículo 200. Órganos. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo”.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

sistema penal acusatorio¹¹, sólo puede llamarse así, aquella practicada en el juicio oral, con inmediación y contradicción. Ahora bien, el fin de la *indagación* a cargo de la Fiscalía, y de las autoridades de policía judicial¹², es definir los contornos jurídicos del suceso que va a ser objeto de investigación y juicio. La fase de indagación es reservada y se caracteriza por una alta incertidumbre probatoria¹³.

La *investigación*, por su parte, conlleva a su vez, una serie de actos que se despliegan con el fin de recaudar los elementos de convicción requeridos para que en el juicio, las partes sometan a valoración del juez de conocimiento las pruebas, y éste determine, en su neutralidad, la materialización del delito y la inocencia, el grado de responsabilidad del procesado. Con todo, la evidencia o material probatorio que tanto la Fiscalía como la defensa recaudan en el *proceso de investigación*, no se convierte en prueba sino a partir del momento en que ellas son decretadas por el juez de conocimiento, como se dijo. Los elementos de convicción recopilados en las pesquisas, tienen carácter de evidencias, elemento material de prueba o material probatorio, y *no constituyen fundamento probatorio de la sentencia, sino en la medida en que el juez decide decretarlos* y -en ejercicio del principio de inmediación- valorarlos en las etapas del juicio.

Si de la investigación realizada el fiscal encuentra que de la *“evidencia física o información legalmente obtenida, se puede afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”*, el fiscal está

¹¹ Cabe recordar que, en anteriores oportunidades, esta Corporación ha dejado en claro que, en Colombia la función del juez *“va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”*. Ver, sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹² Ley 906 de 2004. Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia.

¹³ Cf. Sentencia C-1195 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

llamado a presentar acusación formal contra el imputado, mediante escrito de acusación (Art. 336 C.P.P), que en principio marca el final de la etapa de investigación y da inicio a una etapa de transición entre aquella y el juicio oral. De acuerdo con el artículo 286 de la Ley 906 de 2004, la formulación de imputación es *“el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías”*. La Fiscalía promueve dicha formulación cuando *“de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”*¹⁴.

Formulada la imputación, la defensa está en posibilidad de adelantar el recaudo de la información pertinente sin que ello impida que el presunto implicado pueda ejercer su derecho de defensa, desde la etapa misma de la indagación preliminar y durante la etapa de investigación anterior a la formulación de la imputación, tal como se desprende del artículo 108 de la Ley 906 de 2004.¹⁵

En respuesta a dicha formulación, el imputado tiene la facultad de aceptar los cargos presentados por el organismo investigativo o de rechazarlos. El fiscal puede optar en ese momento procesal, por (i) formular la acusación contra el imputado; (ii) solicitar la preclusión de la investigación o (iv) puede hacer uso del principio de oportunidad que le confiere el nuevo modelo penal acusatorio. Ahora bien, como lo afirmó la Corte en la sentencia C-591 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal,

“[P]ero debe siempre solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias para la comparecencia de los imputados al proceso; y solo

¹⁴ Cf. Sentencia C-1195 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵ Ver sentencia C-799 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

excepcionalmente podrá realizar capturas en los términos señalados por el legislador con sometimiento al control judicial dentro de las treinta y seis horas siguientes; adelanta registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones sometidas asimismo a control judicial posterior dentro del término de 36 horas; asegura los materiales probatorios; en caso de requerirse medidas adicionales que implique afectación de derechos fundamentales deberá obtener la autorización del juez de control de garantías; suspende, interrumpe o renuncia al ejercicio de la acción penal mediante el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, sometido al control de juez de control de garantías; presenta escrito de acusación ante el juez de conocimiento con el propósito de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; solicita al mismo juez la preclusión de la investigación; dirige y coordina las funciones de policía judicial; e igualmente, demanda al juez de conocimiento la adopción de medidas judiciales para la asistencia a las víctimas, y asimismo, vela por la protección de éstas, de los testigos [...]."

Ahora bien, ¿qué papel juega el archivo de la indagación en el sistema penal al que se ha hecho referencia?

Para dar una respuesta a esta pregunta, lo primero que debe tomarse en consideración es que el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, reza lo siguiente:

Artículo 79. Archivo de las diligencias. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación. //Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal¹⁶.

Como ya se mencionó, el archivo de las diligencias, independientemente de la forma que adopte, se encuentra clasificado como una *orden*, una de las clases de providencias judiciales consagrada en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004.

¹⁶Integra el capítulo denominado Consideraciones Generales del Título dedicado a la acción penal; de tal modo que el archivo de las diligencias aparece junto a disposiciones que regulan la titularidad y obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, el deber de denunciar los delitos y la exoneración al mismo, los requisitos de la denuncia, la querrela y la petición especial, la extinción de la acción penal así como las causales y sus efectos.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

La orden de archivo de las diligencias, ocurre generalmente en la etapa de indagación preliminar y procede cuando se constata que no existen “*motivos y circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito*”. La norma que se ha destacado (Art. 79 Ley 906/04), dispone que ante el conocimiento de un hecho, el fiscal debe: (i) constatar si tales hechos existieron y (ii) determinar si hay motivos o circunstancias que permitan caracterizar el hecho como delito.

En este sentido, la sentencia C-1154 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), sostuvo que en el ejercicio de la acción penal, el principio de legalidad es fundamental para el efecto. Dicho principio se desarrolla en el artículo 66 de la Ley 906 de 2004 así:

*Artículo 66. Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, **está obligado a ejercer la acción penal** y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.*

No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías”.

En efecto, cuando el fiscal ordena el archivo de las diligencias en los supuestos del artículo 79 acusado, “*no se está ante una decisión de política criminal que, de acuerdo a unas causales claras y precisas definidas en la ley, permita dejar de ejercer la acción penal, sino que se está en un momento jurídico previo: la constatación de la ausencia de los presupuestos mínimos para ejercer la acción penal. El archivo de las diligencias corresponde al momento de la averiguación preliminar sobre los hechos y supone la previa verificación objetiva de la inexistencia*”



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

*típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito*¹⁷.

Ahora bien, según la misma sentencia a la que se hace referencia, la caracterización de un hecho como delito, obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. En términos generales, se pueden admitir como tales “*la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado.*”¹⁸ Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permitan caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo.

La decisión de archivo de una acción penal, en consecuencia, no es un desistimiento, ni una preclusión¹⁹, ni una renuncia, interrupción o suspensión de la acción penal, ni corresponde a la aplicación del principio de oportunidad. Tampoco reviste el carácter de cosa juzgada, en la medida en que la figura prevé la posibilidad de reanudar la indagación en el evento de que surjan nuevos elementos probatorios que permitan caracterizar el hecho como delito, siempre y cuando no haya prescrito la acción. En ese orden de ideas, el archivo de la diligencia previsto en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, es la aplicación directa del principio de legalidad que dispone que el fiscal deberá ejercer la acción penal e investigar aquellas conductas que revistan las características de un delito, lo cual es imposible de hacer frente a hechos que claramente no corresponden a los tipos penales vigentes o nunca sucedieron.

¹⁷ Cfr. sentencia C-1154 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa),

¹⁸ Roxin, Claus. 1999. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos la Estructura de la Teoría del Delito*, p. 304. Madrid: Civitas.

¹⁹ Ley 906 de 2004. Artículo 331. Preclusión. En cualquier momento, a partir de la formulación de la imputación el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

Revisado lo anterior, el archivo de la indagación se encuentra en el ámbito exclusivo del fiscal, y no comporta una extinción de la acción penal, aunque sí tiene efectos significativos para la víctima en el proceso. En ese sentido, el ejercicio arbitrario de una determinación como archivo de un caso, en cabeza del Fiscal de conocimiento, puede suponer en los términos ya enunciados una afectación cierta del derecho de acceso a la justicia.

Se recuerda, en efecto, que no le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. La Fiscalía, de hecho, no puede entrar a hacer consideraciones de carácter subjetivo a la hora de dar aplicación al artículo 79 de la ley 906 de 2004²⁰. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación, lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo. En ese sentido se condicionó la exequibilidad de la norma²¹.

En ese sentido, la sentencia C-1154 afirmó que:

“Como lo ha establecido esta Corporación en varias oportunidades las víctimas en el proceso penal tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación²². Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión de Derechos Humanos se han pronunciado en varias ocasiones sobre los derechos de las víctimas. En sus pronunciamientos se han consolidado las formas de reparación de las víctimas que constituyen la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición que incluyen entre otras la garantía de la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad²³.”

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Ref.- Exp. No. 11-001-02-30-015-2007-0019. Aprobado Acta No. 022. Bogotá, D. C., Julio Cinco (5) De Dos Mil Siete (2007).

²¹ Sentencia C-1154 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²² Sentencia C-228 de 2002 MP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. AC: Jaime Araujo Rentería. (Cita transcrita de manera incompleta frente a la original),

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú) Sentencia de 14 de Marzo de 2001. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en la sentencia Barrios Altos del Perú estableciendo que la amnistía que había concedido Perú era contraria a la Convención, a pesar de que el país se había comprometido a reparar materialmente a las víctimas, pues se estaba desconociendo su derecho a la verdad y a la justicia: “Todo Estado está en la obligación de realizar una



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

La decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas. En efecto, a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad.”

Por lo tanto, ya que esa decisión de archivo puede perturbar a las víctimas, concluyó la sentencia C-1154 de 2005 lo siguiente: (i) dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. (ii) La orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos; así como para (iii) el cumplimiento de sus funciones al Ministerio Público. Igualmente, se debe resaltar que las víctimas tienen la posibilidad de solicitar (iv) la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación y (v) eventualmente cabe la intervención del juez de garantías. Finalmente la Corte en esa providencia, (vi) condicionó la norma a que “*la caracterización del delito*” corresponda a la tipicidad objetiva del mismo. No puede hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad.

CASO CONCRETO

La señora Paola Rada Meza, en representación de la organización de veeduría ciudadana “Hereditad Veeduría Ciudadana” presentó acción de tutela invocando la violación de su derecho al acceso a la administración de justicia- ante la aparente

investigación exhaustiva de hechos de los cuales tenga conocimiento como presuntas violaciones de derechos humanos, además de sancionar a los responsables de los mismos... El derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.” (párrafos 47-49 sentencia de fondo). En el mismo sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado estableciendo que el derecho de participación de los afectados por atentados contra la dignidad humana en proceso penales no se limita sólo a la reparación material sino además les corresponde un derecho a la reparación integral incluyendo el derecho a la verdad y a la justicia (Ver sentencias T-1267 de 2001 MP: Rodrigo Uprimny Yepes; SU-1184 de 2001 MP: Eduardo Montealegre Lynett; C-578 de 2002 MP: Manuel José Cepeda Espinosa; C-875 de 2002 MP: Rodrigo Escobar Gil; C-228 de 2002 MP Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; C-004 de 2003 MP. Eduardo Montealegre Lynett; T-249 de 2003 MP: Eduardo Montealegre Lynett.)



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

errada identificación de su denuncia con una solicitud de desarchivo de pesquisas previamente archivadas bajo el número de investigación penal 110016000102201900202, en razón a la compulsa de copias ordenada por el Juzgado único Administrativo de San Andrés Islas en el marco de una acción de cumplimiento con relación a la creación del Fondo de Capacitación Especial del Residente descrito en el Decreto 2762 de 1991.

Para la accionante, en el escrito de noticia criminal fechado el 22 de marzo de 2023 no se refiere únicamente al desarchivo de una investigación previa -fraude a resolución Judicial-; Con dicho memorial también se pretendió establecer una nueva denuncia relacionada a la posible destinación oficial diferente de los dineros pertenecientes al Fondo Especial de Capacitación del Residente desde su creación y hasta la fecha, es decir, del 13 de abril de 2020 (Decreto 149 del 13 de abril de 2020) a la fecha, aunado a la devolución retroactiva desde el año 1991 de los dineros que fueron recibidos con destino a dicho fondo y el posible concierto para delinquir.

Como soportes documentales de la denuncia ya mencionada, la orden fiscal que negó el desarchivo fechada el 2 de mayo de 2023 evaluó los siguientes:

1. Oficio del 24/10/2019 dirigido a la señora Cindy Hawkins Rada, Directora Ejecutiva de Heredad Veeduría Ciudadana, por medio del cual, el Secretario de Hacienda Departamental de San Andrés Marlon Mitchel Humphries , le suministra respuesta a requerimiento con radicado 24398, relacionado con la consulta sobre recaudo de los dineros en cumplimiento del literal C del artículo 12 del Decreto 2762 de 1991, la destinación de dichos dineros y los resultados de la capacitación del personal beneficiado.
2. Oficio 1235 del 28/02/2019 dirigido a la doctora PAOLA RADA, de HEREDAD VEEDURÍA CIUDADANA, por medio del cual, el Profesional especializado del Grupo de Rentas Departamentales de San Andrés CARLOS COTES



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

WILLIAMS, le responde derecho de petición relacionado con los ingresos percibidos por la entidad territorial por concepto de residentes temporales.

3. Sentencia No. 068-18 del 3 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, en la Acción de Cumplimiento No. 88001-33-33-001-2018-00165-00 por medio de la cual, accede a las pretensiones de la demanda promovida por HEREDAD VEEDURÍA CIUDADANA, ordenando al gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dar cumplimiento al literal c) del artículo 12 del Decreto 2762 de 1991.
4. Oficio 2283 del 15/04/2021 dirigido a la doctora PAOLA RADA MEZA, de HEREDAD VEEDURIA CIUDADANA, por medio del cual, el Gobernador encargado ALEN LEONARDO JAY STEPHENS, le da respuesta al derecho de petición de información y copias referida al recaudo y manejo del fondo especial para la capacitación de los residentes en el archipiélago y anexos.
5. Oficio 2-2020-009966 del 17 de marzo de 2020 dirigido a la doctora LIZA HAYES MATHIAS, Secretaria de Hacienda de la gobernación de San Andrés, por medio del cual, LUIS FERNANDO VILLOTA QUIÑONEZ, Subdirector de Fortalecimiento Institucional Territorial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, emite concepto solicitado por el ente territorial respecto de la competencia para la creación del Fondo Especial para la Capacitación Laboral de los residentes en el Departamento de que trata el artículo 12 del Decreto 2762 de 1991.
6. Oficio 11011002 del 15 de marzo de 2020 dirigido a la doctora PAOLA RADA , por MARTHA LIGIA ORTEGA SANTAMARIA, asesora de la Presidencia de la República , por medio de la cual , le informa que la denuncia relacionada con el incumplimiento de la sentencia No 068 del 3 de diciembre de 2018, que ordena la creación del Fondo Especial de Capacitación para los Residentes de San Andrés, fue remitida a la Procuraduría General de la Nación, anexando copia de la comunicación correspondiente.
7. Decreto No 0149 del 13 de abril de 2020 expedido por el gobernador de San Andrés EVER JULIO HAWKINS SJOGREEN “POR MEDIO DEL CUAL SE



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

CREA, CONFORMA Y ORGANIZA EL FONDO DEPARTAMENTAL PARA
LA CAPACITACION LABORAL DE LOS RESIDENTES EN EL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO -FONCAP”

De los documentos y hechos narrados la Fiscalía No. 12 delegada ante la Corte Suprema de Justicia expuso:

(...)

De acuerdo con lo reseñado, se advierte en primer término que los hechos denunciados en esta oportunidad por la abogada PAOLA RADA MEZA, apoderada general de Heredad Veeduría Ciudadana, guardan plena correspondencia con los que fueron objeto de esta indagación que se adelantó contra JUAN FRANCISCO HERRERA LEAL, TONNEY GENE SALAZAR Y EVERTH JULIO HAWKINS SJOGREEN, en condición de gobernadores de San Andrés, que tuvo origen en la compulsión de copias dispuesta por el Juzgado Único Administrativo de la isla, al fallar la acción de cumplimiento propuestas por dicha veeduría.

En segundo lugar, se observa que los documentos aportados no cumplen con las exigencias contempladas por el inciso segundo del artículo 79 de la Ley 906 DE 2004, bien por que no se trata de nuevos elementos de juicio que desvirtúen los fundamentos de la orden de archivo del 28 de mayo de 2021 o porque o tienen el potencial para enervarlos.

Si bien en el escrito de denuncia que se allega en esta oportunidad por la doctora PAOLA RADA MEZA, menciona, entre otras, que:

“Estando documentados por el Ministerio de hacienda y crédito público, la Gobernación de San Andrés, Isla dictó el decreto 149 del 13 de abril de 2020, donde dice crear el Fondo Departamental para la Capacitación laboral de los residentes, donde omite el trámite legal competente y evade la devolución de los dineros recaudados desde el 13 de diciembre de 1991 a favor del irregular fondo creado”

Tales aspectos fueron ampliamente tratados en la orden de archivo del 28 de mayo de 2021. En la que entre otras se consideró:

(...)

En consecuencia, de no existir Fondo creado, ningún recurso ha sido trasladado a este Fondo para la Capacitación de los Residentes en el Departamento. No obstante, los recursos por este concepto se han identificado para que sean trasladados a una cuenta independiente.

No obstante no haber tenido autorización para la creación del Fondo, se abrió cuenta bancaria No... donde se registran los pagos por concepto de Trabajador Foráneo..”

(...)

Los demás documentos aportados como son el oficio 2283 del 15/04/2021 por medio del cual, el Gobernador encargado Alen Leonardo Jay Stephens, le da respuesta al derecho de petición de información y copias formulado por la doctora PAOLA RADA MEZA, de HEREDAD VEEDURÍA CIUDADANA, referida al recaudo y manejo del fondo



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

especial para la capacitación de los residentes den el archipiélago, y anexos...no contienen elemento alguno que desvirtúe los fundamentos de la orden de archivo en comento, puesto que se trata de respuestas a derechos de petición y otros requerimientos , que en nada influyen con la decisión adoptada en esta actuación.”

Finalmente dispuso:

(...)

De acuerdo con lo anterior, y a propósito del contenido y alcance del inciso final del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, no hay lugar a reconsiderar el desenlace que se dio a las evidencias que integran la actuación, para concluir la atipicidad objetiva que se predica de la conducta de los señores JUAN FRANCISCO HERRERA LEAL, TONNEY GENE SALAZAR Y EVERTH JULIO HAWKINS SJOGREEN...”

En este punto la Sala concuerda con el Fiscal vinculado dentro del presente medio de control constitucional al entender que la determinación de una conducta investigable nueva, no depende de la caracterización de tipo que realice su denunciante; ello está únicamente determinado por los hechos en los que se fundamenta la nueva denuncia en virtud que la calificación del tipo es resorte exclusivo del titular de la acción penal, es decir, la Fiscalía General de la Nación.

Sin embargo, de los documentos previamente señalados -y estudiados en la orden de archivo original y aquella que denegó el desarchivo- vale la pena resaltar aquellos referidos en los numerales 1ro y 4to y puestos de cara al Oficio CGD 21-102 del 2 de marzo de 2021 arrojado de parte de la Contraloría General de la República con destino al ente de persecución criminal como producto de su propia labor investigativa. Del citado documento se extrae:

“ La Contraloría General de la Republica , a través de su Regional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, comunico a esta Fiscalía con el Oficio CGD-21-102 del 2 de marzo de 2021, que luego de adelantar la correspondiente investigación fiscal a partir de la denuncia No. D-19-0023, se rindió informe definitivo en el que se plasmaron las siguientes conclusiones:

(...)

2. En cuanto al Recaudo de los dineros por concepto de Tarjeta de Residente Temporal (un salario mínimo legal mensual vigente del impuesto de tarjeta de Residente y Residencia Temporal), como lo manifiesta la entidad, si bien tiene una cuenta independiente a la que ingresan los recursos, estos entraron como ingresos de libre destinación y se destinó para gastos comunes tales como gastos de funcionamiento, gastos de inversión y servicio a la deuda.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

3. **Que, no existieron ni existen convenios con instituciones educativas de educación técnica y tecnológica para el fortalecimiento y desarrollo empresarial, así como la innovación tecnológica y educación socio empresarial en el Departamento Archipiélago y el fortalecimiento y desarrollo en agricultura desarrollado por mujeres en la isla de San Andrés, como lo señaló la entidad**, esto es: “que existiendo Fondo Especial para la capacitación laboral de los residentes en el Departamento, los recursos por Tarjeta de Residente Temporal han sido destinados a la capacitación laboral de los residentes a través de la suscripción de convenios entre otros , con instituciones de educación técnica y tecnología para el fortalecimiento y desarrollo en agricultura desarrollado por mujeres en la isla de San Andrés”, cabe resaltar que estos oficios, labores o perfiles son diferentes o no ajustan a los perfiles, oficios o labores mas solicitados y que ingresan al Departamento como trabajador foráneo.

Aunado a esto, el Juzgado Único Administrativo del Departamento Archipiélago señala en su sentencia que, “la entidad no ha cumplido la orden legal de la creación del fondo y mucho menos ha destinado esos recurso a la capacitación laboral a los residentes en el Departamento Archipiélago, percepción que no se desvirtúa con la manifestación sin soporte probatorio de haberse suscrito convenios con instituciones educativas de educación técnica y tecnológica para el fortalecimiento y desarrollo empresarial, así como la innovación tecnológica y educación socio empresarial en el Departamento Archipiélago y el fortalecimiento y desarrollo en agricultura desarrollado por mujeres en la isla de san Andrés”. **Lo anterior en concordante con la respuesta por la entidad al ente de control en oficio radicado 3954-2020 del 14 de febrero de 2020, donde reconoce que no existen convenios con instituciones de educación técnica y tecnológica, lo que evidencia que los recursos no fueron destinados a la capacitación laboral a los residentes, sino, a gastos comunes, es decir se les dio un trato o uso diferente.**

4. Que la entidad, desde agosto de 2019 realiza el recaudo desde una cuenta independiente llamada TARJETA DE RESIDENTE Y RESIDENTE TEMPORAL, bajo el concepto FONDO ESPECIAL-CAPACITACION LABORAL, y que, entre agosto de 2018 y diciembre de 2019, según las personas que ingresaron en esta fecha, el valor de los dineros ingresados a las arcas es de \$208.685.232.

5. **Que a pesar de habersele dado un trato o uso diferente al recurso por concepto de Tarjeta de Residente Temporal**, no se evidencia detrimento al patrimonio de la entidad toda vez , que estos fueron destinados a gastos comunes.” (Subrayas y negrillas de la Sala)

Es de anotar que la orden de archivo original centro su estudio bajo la posible tipicidad descrita en el art. 454 del Código Penal (Fraude a Resolución Judicial o administrativa de policía) pese a que de las averiguaciones realizadas por el ente de persecución penal se obtuvieron hallazgos fiscales como el reseñado.

Al respecto se reitera que el titular de la acción penal es la Fiscalía General de la Nación, sin embargo cabe resaltar que: i) la orden de compulsas de copias para la investigación de posibles conductas punibles con nacimiento en el proceso de



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

acción de cumplimiento No. 88001-33-33-001-2018-00165 en ningún sentido restringió o demarcó la labor investigativa con circunscripción exclusiva al delito descrito en el art. 454 de la Ley penal y ii) el material documental recopilado es posible que se encuentren presentes los elementos objetivos de distintas conductas punibles a aquella por la que finalmente se archivó la investigación y posteriormente se denegó su reapertura.

En consideración de esta Sala, el Fiscal Delegado No. 12 debió haberse comprometido a una investigación más extensiva – del tipo- en su búsqueda de la verdad so pena de incumplir con sus obligaciones y amenazar el derecho al acceso de administración de justicia de los habitantes de este departamento insular. En ese sentido, al Fiscal de conocimiento no le era razonable en la fase investigativa desatender sus propios hallazgos sin que mediara para ello una razón justificada, pues para esta corporación la preocupación de los denunciante no resulta a priori inverosímil o exenta de fundamento lógico bajo el hecho que según el oficio CGD 21-102 del 2 de marzo de 2021, los recursos por concepto del gravamen a la contratación de no residentes aun previa la creación del Fondo especial para la Capacitación fueron captados en cuentas de libre destinación, hecho que contraria lo dispuesto en el literal C del art 12 del Decreto 2762 de 1991, es más, del citado documento se tiene que a la fecha de su expedición NO existen ni existieron programas de capacitación o convenios educativos tendientes a dar el uso previsto para dichos recursos.

En conclusión, el archivo original de la investigación con nacimiento en la compulsión de copias ordenada por el Juzgado único Administrativo de esta jurisdicción bajo el supuesto de inexistencia de una conducta típica exclusiva – fraude a resolución judicial o de policía administrativa- existiendo una duda apoyada en reportes fiscales sobre el recaudo y destinación de los dineros con nacimiento en el gravamen sobre la contratación de personal foráneo, comporta una violación al derecho de administración de justicia de los accionantes y sobre todo de los habitantes insulares de los cuales estos han tomado su vocería.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

En razón de lo anterior esta sala ordenara al Fiscal de conocimiento a reabrir la investigación penal y adelantar las averiguaciones necesarias con relación al informe de contraloría general de la republica antes mencionado, excluyendo de dicha evaluación lo ya discernido en cuanto al archivo de la investigación con No. identificación 110016000102201900202 por el delito de fraude a resolución judicial o administrativa de policía.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho al acceso a la administración de justicia de la organización “Hereditad Veeduría Ciudadana” identificada con Nit. No. 901035798-8.

En consecuencia, ORDENAR al *Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia No 12*, reabrir la indagación archivada identificada con el No. 110016000102201900202 y subsiguientemente adelantar una investigación técnica completa, que tome en consideración los hechos y las pruebas aportados con ocasión del oficio CGD 21-102 del 2 de marzo de 2021, a fin de que se dirima la duda relacionada con relación a si existe o no alguna otra conducta típica distinta de aquella descrita en el art. 454 de la Ley 599 de 2000

SEGUNDO: COMUNÍQUESE a las partes, por el medio más expedito, tal como lo establece el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMÍTASE el expediente dentro de la oportunidad legal a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no sea Impugnada esta decisión.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

JESUS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ
Magistrado Ponente

JOSE MARIA HERRERA MOW
Magistrado

NOEMÍ CARREÑO CORPUS
Magistrada

Firmado Por:

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 001 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Noemi Carreño Corpus
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 003 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jose Maria Mow Herrera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 002 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

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: **3bd51f76dcc59695a3aeb844c15169c13687557d29a3b6d1a4dda58b60f85eb**

Documento generado en 07/07/2023 05:02:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>