

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 226

La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del parágrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de Proceso	ACCIONANTE/SOLICITANTE DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	Decisión	Fecha de decisión
2018-1271-1	Sentencia 2º instancia	HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA Y OTRO	JORGEALBERTO MEJÍABARBOSA	Confirma sentencia de 1º instancia	diciembre 15 de 2022
2022-1867-6	Sentencia 2º instancia	FEMINICIDIO AGRAVADO Y O	RAMON ANTONIO ORTIZ AMAYA	modifica sentencia de 1º instancia	diciembre 15 de 2022
2022-1806-2	Tutela 2º instancia	JUDITH ALEJANDRA FERNÁNDEZ MARÍN	NUEVA EPS Y OTRO	Modifica fallo de 1º instancia	diciembre 15 de 2022
2022-1717-2	auto ley 906	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	DIEGO HERNANDO PERIAÑEZ	confirma auto de 1 instancia	diciembre 15 de 2022
2022-1794-2	Tutela 2º instancia	MARTHA CAROLINA VELASQUEZ YEPES	FISCALÍA 106 LOCAL DEL CARMEN DE VIBORAL	Confirma fallo de 1º instancia	diciembre 15 de 2022
2022-1969-3	Consulta a desacato	JOHN FREDY OROZCO ROLDAN	UARIV	Revoca sanción impuesta	diciembre 15 de 2022
2022-1827-3	Tutela 2º instancia	ANA EDELMIRA RAMIREZ RAMIREZ	REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL	Modifica fallo de 1º instancia	diciembre 15 de 2022
2022-1908-3	Tutela 1º instancia	WILSON SALCEDO CABRERA	FISCALIA 24 SECCIONAL DE PUERTO TRIUNFO	Niega por hecho superado	diciembre 15 de 2022
2022-1863-4	Tutela 2º instancia	LUIS FERNANDO GUZMAN GONZALEZ	UARIV	Revoca fallo de 1º instancia	diciembre 15 de 2022
2022-1807-4	Tutela 1º instancia	NELSON MINOTTA GARCIA	FISCALÍA 97 SECCIONAL DE APARTADO Y O	concede recurso de apelación	diciembre 15 de 2022
2022-1745-5	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	VICTOR MANUEL HENRIQUEZ VELASQUEZ Y OTRO	confirma auto de 1 instancia	diciembre 15 de 2022
2022-1881-5	auto ley 906	HOMICIDIO	NANCY YULIED MUÑOZ PENAGOS	confirma auto de 1 instancia	diciembre 15 de 2022
2022-1972-5	Decisión de Plano	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	DAVID JOSÉ CORREA BERRIO	Declara infundado impedimento	diciembre 15 de 2022
2022-1977-5	Consulta a desacato	MARIA GLORIA HIGUITA HIGUITA	UARIV	Revoca sanción impuesta	diciembre 15 de 2022
2022-1904-6	Tutela 1º instancia	ANDRÉS FELIPE RANGEL MONTOYA	JUZGADO 3º DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA	niega por improcedente	diciembre 15 de 2022
2022-1784-6	Tutela 2º instancia	JOSÉ PASTOR CRUZ MARTÍNEZ	NUEVA EPS Y OTRO	confirma sentencia de 1º instancia	diciembre 15 de 2022
2022-1992-6	auto ley 906	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO	ANGELA CRISTINA VALENCIA Y OTROS	Define competencia	diciembre 15 de 2022

2022-1945-6	auto ley 906	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	JULIAN FERNANDO CORREA TRUJILLO	confirma auto de 1 instancia	diciembre 15 de 2022
2022-1747-5	Sentencia 2º instancia	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	LUS ANGELA CEBALLOS VAHOS	confirma sentencia de 1º instancia	diciembre 15 de 2022
2022-1123-5	Sentencia 2º instancia	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	DIANA CAROLINA ATEHORTUA MONSALVE	confirma sentencia de 1º instancia	diciembre 15 de 2022

FIJADO, HOY 16 DE DICIEMBRE DE 2022, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022)
Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 270

RADICADO : 05000 31 07 002 2015 00533 (2018-1271-1)
DELITOS : HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA
CONCIERTO PARA DELINQUIR
ACUSADOS : JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA
HORTENCIA ARDILA MENCO
PROVIDENCIA : SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por el señor Delegado de la Fiscalía y el Defensor del señor JORGE ALBERO MEJÍA BARBOSA en contra del fallo proferido el 09 de marzo de 2018, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante el cual decidió CONDENAR a los señores JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA y HORTENCIA ARDILA MENCO por el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO.

En la misma providencia, se ABSOLVIÓ a la señora HORTENCIA ARDILA MENCO, quien había sido también acusada por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA.

ANTECEDENTES

Consta en las diligencias que el 2 de abril de 2002, la señora NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA, presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda Puerto Matilde del municipio de Yondó, junta afiliada a la Asociación Campesina del Valle del Río Cimitarra –ACVC- se desplazaba en un vehículo, cuando a la altura de un sitio conocido como “Kilómetro Cinco”, entre la cabecera municipal de Yondó y la vereda El Tigre fue retenida por integrantes de la estructura paramilitar CONQUISTADORES DE YONDÓ que instalaron un retén ilegal. La mencionada fue llevada ante los mandos para reclamarle sobre los señalamientos que se le hacían como colaboradora de la guerrilla. Finalmente, los mandos de esa organización criminal ordenaron su muerte.

Conforme con la investigación de la Fiscalía, se establecieron fuertes nexos de algunos políticos de Yondó (Antioquia) con la organización ilegal para hacerse con el poder local y de otros que fueron más allá, instigando a los paramilitares para dar muerte a los opositores políticos.

Por lo anterior, se procesaron a los señores HORTENCIA ARDILA MENCO y JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA, Concejala y Personero Municipal respectivamente.

El 3 de marzo de 2014, la Fiscalía inició la instrucción formal por los delitos de homicidio en persona protegida y concierto para delinquir agravado y expidió órdenes de captura con contra de HORTENCIA

ARDILA MENCO y JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA entre otros. Las capturas se hicieron efectivas el 7 y 9 de marzo de 2014.

Los procesados fueron vinculados mediante indagatorias, rendidas los días 10 y 11 de marzo. La situación jurídica fue definida el 13 de marzo de 2014. El cierre de la investigación se hizo el 25 de noviembre de 2014 y la resolución de acusación se emitió el 28 de enero de 2015. Se acusó a la señora HORTENCIA ARDILA MENCO como determinadora del delito de Homicidio en Persona Protegida y autora de Concierto para Delinquir Agravado. Al señor JORGE ALBERTO MEJÍA en calidad de coautor del delito de Concierto para Delinquir Agravado.

El proceso pasó a los Juzgados Penales del Circuito Especializado de Antioquia, en donde el 08 de julio y 05 de agosto de 2015 tuvo ocurrencia la audiencia preparatoria y la etapa de juzgamiento se surtió entre el 14 de octubre de 2015 y el 27 de julio de 2016.

El Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia dictó sentencia el 9 de marzo de 2018.

LA DECISIÓN OBJETO DE APELACIÓN

Para lo que interesa, el Juez de primera instancia encontró merito suficiente para emitir la sentencia condenatoria en contra de los dos procesados por el delito de Concierto para Delinquir Agravado.

Expresó que en la etapa de instrucción se acopiaron elementos de convicción que dan cuenta de la relación de Jorge Alberto Mejía Barbosa y Hortencia Ardila Menco con el Frente Conquistadores de Yondó del Bloque Central Bolívar de las A.U.C. Elementos que luego en la fase de juzgamiento se pretendieron desacreditar.

Encontró que la intervención del señor MORALES AGUIRRE en el juzgamiento a favor de los acusados no es más que una inútil retractación interesada, por lo que concluyó que los procesados se plegaron a una organización armada ilegal que en su momento dominaba la zona, con la única pretensión de obtener réditos políticos, pues quedó clara la connivencia entre muchos sectores de la dirigencia política del municipio de Yondó y alrededores con el Frente Conquistadores de Yondó de las A.U.C. de la que mutuamente unos y otros se sirvieron. Sin esa connivencia los procesados no hubieran podido acceder a los cargos de concejala y personero.

Hace notar que las relaciones eran constantes, públicas y abiertas con los comandantes de una organización armada ilegal por lo que no son de recibo las teorías exculpatorias, no era que eventualmente asistieran a alguna reunión bajo condiciones de apremio. Los procesados conscientes del accionar político, económico y militar del grupo ilegal, en lugar de actuar como les impone la ley, decidieron plegarse a dicha organización y dirigir sus esfuerzos a cumplir tareas que aseguraban el triunfo y la consolidación de una idea política fundamentada y sustentada en la afectación de múltiples bienes jurídicos.

No apreció situación alguna que permitiera entender que en las primeras salidas procesales el señor MORALES AGUIRRE hubiera faltado a la verdad, justamente cuando se refirió de manera detallada y pormenorizada a las relaciones y las acciones que a favor del Frente realizaron los procesados. Durante la totalidad de la actuación realizó señalamientos desprevenidos, francos y serios en contra de los implicados y sólo a último momento y sin justificación, pretendió borrar de un tajo lo indicado en la etapa de instrucción, que resultaba conforme con otros medios de convicción.

Concluyó que las relaciones entre los procesados y el Frente Conquistadores de Yondó no eran de subordinación o de intimidación, sino de camaradería y de acuerdo, definido por el grupo paramilitar para afianzar su dominio en la región y obtener reconocimiento político.

En cambio, con relación a la acusación por Homicidio en Persona Protegida en contra de la señora HORTENCIA ARDILA MENCO, señaló que no hay duda que en el municipio de Yondó (Antioquia) para la fecha de los hechos operaba el Frente Conquistadores de Yondó del Bloque Central Bolívar de las Autodefensas Unidas de Colombia.

Igualmente, que la señora NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA perdió la vida por acción de miembros del mencionado grupo, quienes así lo relataron ante la justicia. La víctima era una persona perteneciente a la población civil y ajena a las hostilidades, además de ser una líder comunal.

Explicó que en Colombia existe un conflicto armado interno que se caracteriza por la presencia de grupos ilegales organizados y armados que han logrado control territorial, económico y social de algunas zonas del país y dentro de su accionar se tiene como práctica habitual denominar objetivo militar a todo aquél que no comparta sus intereses y que a la vez represente un peligro para el triunfo de sus ideales. Denominación que por lo general deviene en la muerte, que fue lo que ocurrió con la señora NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA.

Expresó que el señor RAMÓN ARCADIO POSSO SUCERQUIA, miembro confeso de la organización criminal dijo en diligencia de indagatoria que el señor RODOLFO MORALES AGUIRRE le indicó que esa señora era colaboradora de la guerrilla y confiando en lo dicho por esta persona que era de la zona y conocedor de la gente, autorizó la comisión del homicidio.

También hizo ver que el señor RODOLFO MORALES AGUIRRE en declaración indagatoria señaló que a él le informaron que la señora NELCY hacía parte del brazo político del E.L.N., encargada de abastecer de víveres a las unidades del frente Edgar Amilkar Barón que operaba en la zona de Yondó y el Río Cimitarra y parte del Sur de Bolívar y que dicha señora era también informante de los mismos. Esa información la hizo llegar por escrito al comandante DIEGO quien valoró la información y ordenó su retención y su posterior asesinato.

Hace ver que, según la prueba, RODOLFO MORALES AGUIRRE ostentaba la calidad de jefe militar del frente y dijo en su indagatoria que entre las personas que le informaron que la señora NELCY

CUESTA era colaboradora de la guerrilla, estaba la procesada HORTENCIA ARDILA MENCO, concejal del municipio de Yondó.

Con todo, el A quo consideró que, de los elementos de convicción allegados, no se podía deducir que la procesada HORTENCIA ARDILA MENCO cumpliera con las exigencias para tenerla como determinadora del homicidio, pues no ostentaba una posición que tuviera suficiente fuerza o poder para generar, suscitar o crear o infundir en las A.U.C. y en particular en el Frente Conquistadores de Yondó la idea y voluntad de terminar con la vida de una u otra persona en particular. Se trataba de una simple concejala de un municipio bajo control armado de un grupo ilegal que para ese momento histórico fue capaz de disputarle el control territorial a las fuerzas armadas legalmente constituidas.

Para el A quo las acciones de la procesada con relación a la muerte en comento, se ajustan a simples señalamientos sin que ello llegue a configurar o reforzar en las A.U.C. la idea de dar muerte a los considerados miembros de la guerrilla. La procesada no tenía voz ni voto en la organización, ni participaba en la toma de decisiones.

Igualmente, tuvo en cuenta que al revisar con atención las declaraciones de RODOLFO MORALES AGUIRRE se tiene que si bien fueron las sindicaciones de la acusada sobre la actividad de la víctima las que enfocaron la atención de aquél en ésta, no fueron tales señalamientos los que determinaron la comisión del delito, porque como siempre lo reconoció el paramilitar, en últimas fueron las órdenes de alias DIEGO (RAMÓN A. POSSO SUCERQUIA) las que determinaron la muerte de NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA.

LA IMPUGNACIÓN

1. Tanto el señor JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA (folio 182 del cuaderno 11) como su defensor (folio 173 ídem) interpusieron el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria.

El señor defensor hizo llegar el escrito de sustentación del recurso al Centro de Servicios de los Juzgados Especializados de Antioquia, pero allí no le dieron trámite. Igualmente, el Juez de Primera Instancia no se pronunció frente a la interposición del recurso y la falta de sustentación.

No obstante, el expediente llegó a esta Corporación para desatar recurso de apelación también interpuesto por la Fiscalía. El 12 de marzo de 2020, la presente Sala de Decisión desató el recurso del Ente Acusador y declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA por falta de sustentación.

El togado de la Defensa interpuso el recurso de Casación y la Honorable Corte Suprema de Justicia en decisión del 26 de octubre de 2022 casó el fallo impugnado y decretó la nulidad de lo actuado desde la emisión del fallo de segunda instancia, inclusive, para que se procediera a resolver inmediatamente todos los recursos de apelación presentados en forma legal y oportuna, al considerar que fue por error del Centro de Servicios que no se desató la alzada interpuesta por la defensa.

Es necesario anotar que el expediente regresó de la Alta Corporación el 12 de diciembre de 2022 y fue recibido en el Despacho del Magistrado Ponente el día 12 de diciembre de 2022 a las 4:50 pm.

Como el defensor y el procesado conforman la parte defensiva, la Sala considera entonces que al presentar el primero la sustentación del recurso, ello es suficiente para que la Sala desate el recurso interpuesto por procesado y defensa y sustentado por el señor defensor.

Los argumentos del señor defensor pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1.1. Disiente de la síntesis argumental que esgrimiera el A quo en cuanto infiere a la construcción del acervo probatorio de carácter circunstancial para decantarse por la aplicación de la sana crítica (persuasión racional).

1.2. Para la defensa existió un falso raciocinio, un error de valoración por parte del A quo al evaluar el mérito persuasivo de los medios de prueba, específicamente cuando plasmó las conclusiones que se derivaron de su análisis, haciéndolo de manera parcializada, aplicando las reglas de la experiencia y los postulados de la sana crítica con desconocimiento de los derroteros que de manera pacífica y uniforme ha fijado el legislador y la Alta Corporación de Justicia al delimitar los elementos estructurales del delito de Concierto para Delinquir.

1.3. El A quo condenó a su asistido con el dicho de tres testigos miembros de la estructura paramilitar, descartando de la valoración probatoria los demás testimonios que de haber sido considerados, sin lugar a dudas, edificarían al menos la duda en favor de JORGE ALBERTO MEJÍA pues el acervo probatorio que funda la sentencia no comunica en grado de validez y facticidad en términos de fiabilidad la generalización que demandaría de ellas las reglas de la experiencia como lo requiere la ley instrumental penal.

1.4. Desde la teoría del caso y las alegaciones de conclusión ha rogado al Juez de la causa considerar que en ningún momento JORGE ALBERTO MEJÍA niega la existencia de reuniones con los mandos del FCY pero que las mismas ocurrieron precedidas de constreñimiento y amenazas en contra de su vida.

1.5. Además, la mera reunión con miembros de grupos al margen de la ley no constituye per se el delito de concierto para delinquir, pues se echan de menos los elementos esenciales del concierto para delinquir o al menos la pobraza del rol o la función que supuestamente cumplía el encartado dentro de la estructura de la organización criminal, tal como lo ha venido exigiendo la jurisprudencia.

1.6. El A quo otorgó valor probatorio a lo declarado en la etapa de investigación por MORALES AGUIRRE, NOEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, WILMER SENÉN SILVA RIVERO y JESÚS ANTONIO LONDOÑO GARZÓN y otros más, y no a lo declaración de MORALES AGUIRRE en la audiencia pública de juzgamiento. Yerra el A quo como quiera que pone en el extremo de la duda favorable, exclusivamente al señor Morales Aguirre, siendo que de

los otros testimonios practicados en el juicio, puede advertirse que no obra prueba siquiera testimonial que señale con toda claridad a su representado como parte de una estructura criminal, con una división de funciones, con un rol y una actividad dentro de la misma, por el contrario los testimonios de la comunidad tienden a señalarlo como el personero que al igual que ellos, se hacía presente en las reuniones que eran convocadas por la organización paramilitar.

1.7. Recuerda precedentes en los que se han absuelto investigados por supuesta colaboración con grupos al margen de la ley en donde se advierte que el contexto de las zonas donde se presume la colaboración era de los conocidos como zona roja, sectores del país donde la situación de violencia y conflicto, conllevaba a una ausencia total de la figura estatal, especialmente en términos de seguridad. Obvia el A quo cualquier valoración en este sentido, aún teniendo prueba indiciaria que apuntaba a que cualquier reunión o incluso actuación desplegada por su asistido no obedecía más que a la respuesta a los actos de constreñimiento que ejercían los grupos paramilitares en la zona, como es que le otorga valor probatorio a lo declarado en la etapa de investigación por MORALES AGUIRRE, NOEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, WILMER SENÉN SILVA RIVERO y JESÚS ANTONIO LONDOÑO GARZÓN para rematar al procesado pero descarta los mismos a efectos de hacer una valoración despojada de subjetivismos, en punto de la situación de conflicto en la zona y de lo que las Altas Cortes han admitido como colaboración por constreñimiento en zonas de conflicto sin ser menester reporte oficial de amenaza o de victimización en contra del presunto colaborador, a fin de acreditar el temor o la insuperable coacción ajena con la que actuaron.

De esto dan cuenta los testimonios de Luz Emile Orozco Laverde, Luis Jaime Guzmán Cuervo y otros deponentes que son contestes en afirmar que desconocían el propósito y contenido de tales reuniones, e incluso el testimonio de los propios miembros del grupo paramilitar, como el testimonio de Jesús Antonio Londoño quien relató como en alguna oportunidad se encontró al personero municipal saliendo de la finca donde tenía posesión las autodefensas y refiere que al indagar al propio RODOLFO MORALES sobre la presencia del personero de Yondó en la finca éste le comentó que el personero era una ficha clave, estratégica para la organización; no obstante, al indagar en curso del juicio oral al propio Rodolfo Morales indicó que esas manifestaciones las hizo ya que ANTONIO LONDOÑO se puso muy nervioso y que fue una estrategia para tranquilizarlo, haciéndole ver que era de confianza. No entiende cómo se le da mayor credibilidad a la deposición que hiciera el testigo de oídas que a lo manifestado en curso del juicio oral por el propio RODOLFO MORALES.

1.8. El fallador descartó las declaraciones dadas por los miembros de la estructura paramilitar, quienes narraron que el Personero que antecedió en el cargo a JORGE ALBERTO MEJÍA fue declarado objetivo militar por parte de las A.U.C. ello como consecuencia de las denuncias que formuló en contra de la organización y como consecuencia fue amenazado y desplazado forzosamente.

Estas declaraciones analizadas con las que desconocían la naturaleza de las reuniones que sostenía el personero de Yondó con miembros de la AUC y sumado a las manifestaciones de los miembros de la estructura organizada donde se da cuenta del poder y la ausencia estatal en el municipio para esa fecha, por cuenta de

la presencia paramilitar en esa zona, permite arribar a la conclusión, sino de plena inocencia, al menos la aplicación del principio universal de in dubio pro reo.

1.9. Incurrir el A quo en falso juicio de identidad por cuanto en el contenido de las interceptaciones, en ninguna de ellas se menciona expresamente el conocimiento personal que alguno tuviera sobre la colaboración que prestaba su prohijado a la estructura paramilitar. Le dio valor probatorio a unos meros indicios que no se acompañan de reales pruebas que pudiera desvirtuar la inocencia de sus prohijados.

1.10. A lo anterior se suma la falta de valoración de los elementos constitutivos del concierto para delinquir desarrollados en línea jurisprudencial por la Corte Suprema de Justicia, en punto de la diferenciación con la coautoría.

Se condena a su defendido sin decir cuál era la empresa conformada con ese concierto, un acuerdo de voluntades y una participación activa de los acusados. Elementos estos que no fueron demostrados

1.11. En la sentencia se hace referencia a que el dicho de la presión no tenía respaldo alguno y pareciera invertir la carga de la prueba, olvidando que en efecto hubo testimonios que acreditaron la situación de desplazamiento de quien con anterioridad fungió como personero de Yondó. Solicita se aplique la presunción de inocencia y se revoque la sentencia de primera instancia para en su lugar absolver a su defendido.

2. El señor Delegado de la Fiscalía, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

El recurso de alzada está expresamente dirigido a atacar la absolución que se dictara en favor de la procesada HORTENCIA ARDILA MENCO.

Los argumentos del señor Fiscal pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1.1. No comparte lo dicho por el A quo, porque precisamente las conclusiones a las que llega el señor Juez y que son el reflejo de las pruebas allegadas a la investigación, fueron determinantes y con un aporte valiosísimo dentro del iter criminis, para generar la idea y concretar el homicidio. Ese señalamiento que fue realizado por una Concejala del municipio de Yondó, o sea la señora HORTENCIA ARDILA MENCO, no se puede considerar que no llegó a configurar o reforzar en las A.U.C., la idea de dar muerte, con el argumento que es una “simple concejala”, por el contrario es una autoridad representativa del municipio, elegida por voto popular en representación del pueblo y persona de confianza del grupo ilegal, porque también representaba sus intereses desviados de la ley, siendo la persona que servía de enlace entre administración municipal y el grupo ilegal de autodefensas.

1.2. Sostiene que ese señalamiento fue la plena prueba para que el grupo de autodefensas F.C.Y., mirara el actuar de la señora NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA, que como presidenta de la Junta de Acción Comunal de la Vereda Puerto Matilde del municipio de Yondó, iba en contra de los intereses de los grupos de

autodefensas. Al ser señalada como colaboraba de la guerrilla, es aprehendida en un retén ilegal, trasladada ante los mandos para reclamarle sobre los señalamientos y finalmente los mandos dar la orden de muerte.

1.3. Hace ver que en esa orden de muerte por parte de los mandos de la organización ilegal, se indica que estaba demostrada la colaboración hacia la guerrilla por parte de la señora NELCY GABRIELA CUESTA, por la labor realizada por el comandante RODOLFO MORALES AGUIRRE, y este la prueba que tenía, era precisamente el señalamiento que hacia la concejala del municipio, HORTENCIA ARDILA MENCO.

Y estas condiciones, se advierte que el actuar de la señora HORTENCIA ARDILA MENCO implicó la manipulación de modo eficaz e idóneo la voluntad del ejecutor, al plagiarla, reclamarle por su colaboración con la guerrilla, que lo dieron como un hecho cierto, y generar la orden de muerte.

1.4. Señala que el rol a cumplir concretamente de la señora Concejala HORTENCIA ARDILA MENCO, era de enlace con la clase política local de Yondó (representantes de la comunidad, concejales, presidentes de las juntas de acción comunal etc.), y de transmitir la información para materializar estos enlaces, esto es, que su rol no era de comandante, ni de patrullera, ni tenía porque estar uniformada, ni armada, pues era más clandestino aún, dentro de la legalidad representaba al pueblo, autoridad dentro del municipio, pero con el fin que desde ese rango que ostentaba, conocer e informar quienes iban en contra de los intereses de los grupos de autodefensas.

1.5. Explica que la división del trabajo criminal al interior de una organización criminal implica, inicialmente un dominio del hecho inmediato para unos y mediato para otros; así las cosas, unos integrantes están destinados a obtener información y trasmitirla, otros a recibirla y procesarla, otros a evaluarla e impartir órdenes de proceder y finalmente otros a ejecutarlas finalmente. Fue HORTENCIA ARDILA MENCO, quien obtuvo la información junto con otras personas y la trasmitieron a sus comandantes como alias RODOLFO (comandante militar) y alias DIEGO (comandante de frente) quienes la recibieron y evaluaron y finalmente tomaron una decisión para impartir la orden o autorizar un procedimiento prefijado a su misión visión anti-subversiva y otros la ejecutaron, como alias Los Avenas (quienes la trasportaron y retuvieron en una casa) JADER, y alias CABALLO, CHELIN, etc., autores materiales propiamente dicho, quienes la mataron y abrieron el vientre con un cuchillo para arrojarla al río Magdalena.

Agrega que el dominio del hecho es funcional, inherente a la pertenencia a una estructura organizada de poder, y lo tuvo la señora Concejala HORTENCIA ARDILA MENCO por interpuesta persona, porque en su rol, obtuvo una información que trasmitió a sus mandos para que tomaran la decisión, actos que ejecutaron otros de manera material, desenlace fatal que se sabía por todos, tanto propios como extraños, máxime que ya habían hechos criminales anteriores por señalamientos similares, como lo del candidato a la alcaldía FERNANDO VANEGAS (documentado en el expediente) y como así lo señalara el mismo comandante RODOLFO MORALES.

1.6. Insiste en que la procesada con otras personas señalaron a la víctima ante una organización antsubversiva y presionaron a alias RODOLFO que qué iba a hacer al fin con ella. Y en este caso está muy ligado el delito de concierto para delinquir al homicidio en persona protegida, pues se condenó por concierto para delinquir y se absuelve por el homicidio cuando se demuestra que cada integrantes de esta organización, actuó cumpliendo su rol.

Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia absolutoria y en su lugar se condene también a la señora HORTENCIA ARDILA MENCO por el delito de Homicidio en Persona Protegida.

2. El señor Representante del Ministerio Público como sujeto no recurrente, solicita se confirme la sentencia en lo que fue objeto de impugnación.

2.1 Considera que en verdad no se presenta para la acusada ARDILA MENCO, la figura jurídica de la determinación en el homicidio, en atención a que no surge prueba que indique de manera concreta que haya instigado o inducido a los autores y ejecutores del homicidio, pues de haber ocurrido el simple señalamiento de ser auxiliadora de la guerrilla no tenía esa entidad o fuerza para determinar el ataque homicida, pues entre otras cosas fueron varias personas, no menos de tres, quienes realizaron dicho señalamiento.

2.2. Señala que hay que tener en cuenta que ni siquiera los testigos precisan a que grupo guerrillero auxiliaba la víctima, pues mientras RODOLFO MORALES AGUIRRE, indica que "la señora NELCY hacia parte del brazo político del E.L.N", RAMÓN ARCADIO

POSSO SUCERQUIA, lo contradice, al señalar que RODOLFO "me dijo que pertenecía a las FARC". Al no determinarse el grupo piensa que ello no fue determinante para el desenlace.

2.3. Explica que tal como lo colige el señor Juez, la decisión del grupo paramilitar de asesinar "fueron definidas autónomamente por sus máximos cabecillas", por lo mismo no les interesaba si auxiliaba al ELN o FARC, simplemente se dedicaron a matar y así lo hicieron. Advierte que el señalamiento, de haber existido, no fue determinante en el asesinato, como lo concluye el señor Juez.

Por ello, sostiene que no hay prueba fehaciente que demuestre el homicidio fue ejecutado en cumplimiento de los señalamientos, pues que ni siquiera logran precisar a qué grupo guerrillero auxiliaba.

2.4. En cuanto a la responsabilidad bajo otro título como perteneciente al grupo armado ilegal, hace ver que ella debe estar fundada con suficiencia en una convicción más allá de duda razonable, que debe surgir como consecuencia del juicio de atribución que debe realizarse para definir si es reprochable, con base en el principio de responsabilidad personal y de derecho penal de acto o principio de responsabilidad por el hecho, lo que impone asumir la valoración de la conducta protagonizada por la acusada, evitando realizar juicios sobre la condiciones personales de ésta o pretensiones político criminales orientadas a satisfacer expectativas de orden políticas de un sector de la sociedad a costa de la flexibilización de las reglas de imputación propias

de un modelo de estado democrático que se funda sobre el respeto de la dignidad humana.

Observa entonces que si bien se probó que HORTENCIA ARDILA MENCO, hizo parte de las estructuras de los grupos paramilitares, no se acreditó, que haya impartido una orden con el fin de quitarle la vida a la señora NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA. En este sentido, no existe dentro de la prueba testimonial practicada en la investigación y juicio, acreditación sumaria de dicha orden, por el contrario surgen elementos de juicio serios que acreditan que ni siquiera precisan a que grupo subversivo auxiliaba la víctima. Tampoco se acreditó que haya dado o transmitido orden con tal jaez. Tanto así que la Fiscalía reconoce que fueron muchas personas las que señalan a la víctima de ser auxiliadora de la guerrilla.

CONSIDERACIONES

1. Recurso de Apelación interpuesto por el defensor del señor JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA.

El problema jurídico presentado por el recurrente se contrae en determinar si el material probatorio recaudado en el presente proceso, es o no suficiente para obtener un conocimiento cercano al criterio de certeza que exige la ley penal sobre la responsabilidad del procesado en el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO.

Al proceso se adjuntaron varios testimonios que en forma clara señalan al señor Jorge Alberto Mejía como una persona que en su calidad de Personero Municipal colaboraba con el grupo al margen de la ley que tenía dominio territorial y político en la región.

El señor JESÚS ANTONIO LONDOÑO GARZÓN en declaración rendida el 22 de noviembre de 2011 afirma que se desmovilizó del B.C.B el 12 de diciembre de 2005, ni su familia sabía ni nadie, sabía que como secretario del Concejo de Yondó (Antioquia) su vinculación al grupo. Explicó cómo se hizo el nombramiento del personero y que resultó elegido el señor Jorge Alberto Mejía Barbosa a quien no conocía y no sabía quién lo había llevado. Cuando él se posesiona en el cargo, un día estando reunido en una finca que era cuartel de RODOLFO MORALES quien fungía como comandante de las A.U.C. en Yondó, se encontró con JORGE ALBERTO MEJÍA. Él también se sorprendió mucho cuando lo vio allá. El señor RODOLFO le manifestó que el Personero era una ficha clara, estratégica en Yondó y lo invitó a hacer equipo con él. Más adelante habló abiertamente con JORGE MEJÍA sobre hechos y situaciones que tenían que ver con la organización, las Autodefensas. Tiene entendido que el Personero era una ficha clave porque allí se recibían denuncias y toda esa información llegaba a las autodefensas. Por el Personero se enteraban si había audiencias de algún capturado, alguna fuga, si había un seguimiento por parte del Batallón o de la Policía. Sostiene que después el señor Jorge Alberto Mejía siguió recibiendo apoyo por parte de las autodefensas a través de un patrullero que lo escoltaba. (Ver declaraciones del testigo visibles a partir del folio 284 y ss del cuaderno 2).

El señor RODOLFO MORALES AGUIRRE, comandante militar del Frente Conquistadores de Yondó de las Autodefensas del Bloque Central Bolívar, al cual perteneció entre los años 2000 y 2004, en declaración indagatoria fue claro en manifestar que JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA personero municipal de Yondó para los años 2001 a 2003 era un amigo de mucha confianza para la organización. Inclusive fue nombrado personero por solicitud de las AUTODEFENSAS al Concejo Municipal. Agregó que uno de los compromisos que tenía con ellos era servir de enlace y armonizar las relaciones con los comandantes de la fuerza pública y la población civil. También informaba sobre las denuncias que presentaba la población civil en contra de miembros de las autodefensas. Un caso específico fue la muerte de “SAPO MACHO”. En una ocasión le entregó cuatro radios nuevos de comunicaciones, marca AICOM y unas antenas para los radios que le había mandado de Puerto Berrío, alias MOVIL 15. En varias ocasiones se quedó como comandante de Yondó durmiendo en la casa fiscal donde él vivía. También colaboraba aportando información sobre los operativos de las autoridades. Cuando llegaba un comandante nuevo, de la policía o del ejército, el personero los presentaba y afirma que a esos comandantes les daba un AVANTEL para la comunicación directa con él. Ver diligencias del 1º de octubre de 2013, folio 174 y ss cdo 3, y del 19 de febrero de 2014, folios 102 y ss cdo 4. |

WILMER SENEN SILVA RIVERO, quien perteneció al Frente Conquistadores de Yondó del Bloque Central Bolívar de las Autodefensas, en diligencia de indagatoria rendida el 31 de octubre de 2013 (folios 247 y ss cdo 3) y el 11 de febrero de 2014 (folios 86 y ss cdo 4) explica que el personero JORGE ALBERTO MEJÍA era

otro de los colaboradores de las AUTODEFENSAS. Suministraba información de cuándo iba a entrar la policía, el ejército y era quien informaba sobre las operaciones en contra del grupo para que escondieran las armas. Estuvo en la Alcaldía en la oficina de él, tres días con un radio informándole a los comandos sobre la inteligencia que tenía el grupo. Afirma que salía a comer y regresaba y él le decía para dónde se movía el ejército y la policía. Estando en su oficina hablaban del grupo y cuando un grupo estaba en un lugar, le decía que le timbrara al comandante que estaba allá que se moviera que el ejército iba para ese lugar. Agrega que el personero se reunía con RODOLFO cerca a la Alcaldía. También RODOLFO iba a la oficina que era donde más hablaban.

NOEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, también integrante de las autodefensas en diligencia de ampliación de indagatoria del 18 de febrero de 2014, visible a folios 96 y ss del cuaderno 4, también señala que las alianzas que las conexiones que tenía el grupo con la fuerza pública las tenía RODOLFO por intermedio del personero JORGE MEJÍA. Dijo que fue elegido como personero cuando él era comandante político del grupo. El Concejo había sido ayudado por el Frente, la Alcaldía, el Concejo y el Personero eran de las autodefensas. Jorge Mejía fue puesto porque le pidieron el favor al Concejo que lo eligieran y él empezó a colaborar con las demandas y denuncias que llegaban a la personería, las entregaba completa, no quedaba registro en la personería. Las relaciones que se tuvo con el Ejército y la Policía fue a través de él, porque era muy allegado a ellos, además era teniente de la reserva. En una oportunidad se compraron cinco pistolas que el personero llevó en cajitas y se las entregó a RODOLFO. Asegura que estuvo presente y fue en la finca El Mirador que queda en la represa. También a

través del Personero se compraron camuflados y munición. Dice que tenía comunicación con RODOLFO por AVANTEL y le avisaba cuando iba a llegar tropa o algún operativo con el frente. En muchas ocasiones fue con RODOLFO a saludarlo y en otras solo.

En el juicio el testigo es claro cuando dice que el señor RODOLFO le presentó al personero JORGE ALBERTO y le dijo que era allegado a la organización, que podía contar con él en alguna situación que pudiera necesitar. Supo que había denuncias que colocaban la comunidad y pasaba la información a la organización. Asegura que tenían bastantes colaboradores dentro de la alcaldía.

SONIA RODRÍGUEZ GUARNIZO, habitante del municipio de Yondó (Antioquia) para la época de los hechos, quien ocupaba un cargo en el comité de Derechos Humanos, en declaración del 20 de febrero de 2014, visible a folios 109 y ss del cuaderno 4, afirma que cuando llegaron las Autodefensas, todos los que eran sindicalistas fueron amenazados y declarados objetivo militar. Conoce a JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA porque era el personero municipal y en una ocasión la citó a la oficina de la personería para hacerle un llamado de atención porque supuestamente trataba mal a las personas, que tenía un carácter fuerte y en el pueblo nadie la quería. Le trató de insinuar que era señalada como infiltrada de la guerrilla en la administración. Afirma que lo veía en el parque de la alcaldía con el comandante RODOLFO MORALES, también con TOCHE, DIEGO y estos paramilitares entraban como “Pedro por su casa” a la oficina del Personero.

MIRYAM DÍAZ CASTELLANO, también habitante de Yondó (Antioquia) para la época de los hechos, en testimonio rendido el 20

de febrero de 2014, visible a folios 112 y ss cuaderno 4, afirma que tuvo conocimiento de la existencia del grupo paramilitar comandado por RODOLFO MORALES AGUIRRE, que tenía una casa en la vereda La Represa, otra en San Luis Beltrán, en la Laguna del Miedo y hacía retenes en el Kilómetro Cinco. Ella era contratista de ECOPETROL y se unieron 50 o 60 contratistas para formar la ASOCIACIÓN DE CONTRATISTAS DE YONDÓ. Estando creada la asociación los paramilitares los citaron a una reunión. En ella se les exigió un aporte dependiendo de la cuantía del contrato. Afirma que los paramilitares decidían a quién le daban el contrato. Con respecto a JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA, dice que veía que a la oficina de la personería entraban constantemente los paramilitares RONADL, GOMELO, BETTY, PERRO KIMBER, TOCHE, RODOLFO y en una reunión que citaron a los líderes del “no despeje” en la alcaldía, estaban los comandantes Rodolfo Seija y Morales, el personero Mejía, el alcalde Saúl Rodríguez y unos concejales. Asegura que todo el mundo sabía quiénes eran los comandantes y ellos se identificaban así en las reuniones.

Igualmente, LUIS EDUARDO CUJAR RIVERA, quien vivió en Yondó entre 2001 y 2003, en declaración rendida el 21 de febrero de 2014 (folio 127y ss cuaderno 4) afirma que los funcionarios de la administración de la Alcaldía, tenían vínculos con los paramilitares. Ellos se mantenían en todas las oficinas públicas. Los funcionarios se veían compartiendo con los paramilitares en varios ambientes.

La prueba dejó clara las relaciones estrechas entre los funcionarios del municipio de Yondó para la época de los hechos con el grupo armado de las autodefensas que ejercía control en el sector, tanto así que eran constantes las reuniones y trato personal entre ellos,

como lo aseguran algunos pobladores, por ejemplo el señor MIGUEL ANTONIO DÍAS LERMA, habitante del corregimiento San Miguel del Tigre de Yondó (Antioquia) en declaración rendida el 20 de febrero de 2014 (folios 119 y ss cuaderno 4) afirma que pudo percibir reuniones de los paramilitares con políticos. Asegura que pudo ver a Hortensia y Nixon Arrieta concejales del municipio.

Estos testimonios merecen plena credibilidad, porque en forma desprevenida, sin que se advierta interés alguno, narran claramente los hechos que les consta y dan detalles suficientes para pensar que suministran su conocimiento sobre los hechos, sobre todo sobre la conexión existente entre varios políticos y funcionarios de la entidad territorial con el grupo paramilitar que hacía presencia en el municipio. Sus manifestaciones son detalladas, cuentas situaciones claras que incriminan sin lugar a duda al señor JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA sin que pueda percibirse que su gran colaboración con el grupo ilegal se diera en alguna situación de presión o intimidación. Al contrario, lo que manifiestan estos testigos permite afirmar sin lugar a duda alguna que el señor JORGE ALBERTO MEJÍA pertenecía al grupo armado ilegal de las AUTODEFENSAS y prestaba su colaboración en forma consciente y voluntaria porque era afín a sus ideales políticos y le permitía también obtener réditos de la misma índole.

Frente a estos medios de conocimiento, claramente se observa por qué tuvo razón el A quo al no darle credibilidad alguna a las manifestaciones exculpatorias dadas por el señor RODOLFO MORALES AGUIRRE, quien sin razón clara y en forma inconsistente y a espaldas de todo el material probatorio recaudado,

pretendió hacer creer que el procesado solo actuaba por presión de los paramilitares.

En su declaración en el juicio, aceptó las relaciones que existían entre las autodefensas y la administración municipal, la alcaldía y el concejo municipal. Explicó que como el anterior personero había realizado acciones en contra de la organización fue amenazado y por ello, ante la vacante del cargo, como la comunidad estaba motivada y de acuerdo con el proyecto político de las autodefensas propusieron personas que no estuvieran contaminadas con las ideologías de la subversión, por ello, las autodefensas solicitaron al concejo que eligieran como personero al señor Jorge Alberto Mejías, recogiendo las inquietudes y solicitudes de los líderes de la comunidad y los concejales. El comandante de las autodefensas en la zona lo postuló y encargó al testigo para que estuviera pendiente que cumpliera con sus funciones y no se fuera en contra de la organización.

Pero a pesar de esa clara manifestación de la cual puede desprenderse sin lugar a duda que el señor JORGE ALBERTO MEJÍA no solo era afecto a las ideas políticas de la organización criminal sino que llegó a su cargo para cumplir labores en favor de las autodefensas, en forma ilógica, inconsistente y sin explicación, trató de señalar que durante su cargo el procesado únicamente cumplía con las funciones de su cargo y si se reunía con ellos era por la obligación que tenían todos los funcionarios y personas del municipio de atender los llamados y colaborar con las autodefensas. Se observa que tal posición no tiene consistencia, porque es claro que las autodefensas tenían el interés de tener en el cargo de personero a una persona que le sirviera a sus intereses y la

postulación del señor JORGE ALBERTO se debió precisamente a la aceptación que de él se tuvo por parte del grupo armado. De allí, que la declaración durante la etapa de investigación dada por el testigo y que concuerda con otros medios de conocimiento, es creíble y no permite aceptar la débil retractación que en el juicio oral pretende introducirse.

Si se escucha con atención el registro de la declaración en el juicio, puede concluirse fácilmente que el testigo no suministra explicaciones creíbles y consistentes sobre el por qué en declaración durante la investigación narró hechos claramente incriminatorios en contra del procesado, pues ni siquiera señala las razones del por qué el procesado si nada tenía que ver con el grupo, servía de antesala para que las autodefensas se relacionaran con los nuevos comandantes de la policía o el ejército y por qué en sus funciones tenía que armonizar los puntos de vista de las autodefensas con los líderes sociales de los lugares en donde las autodefensas actuaban.

Igualmente, tampoco pueden aceptarse las manifestaciones del señor Jorge Alberto Mejía, quien manifiesta que en el municipio de Yondó hacía presencia un grupo paramilitar y que en su actividad como personero tuvo contacto con miembros de las autodefensas porque asistía a reuniones a las cuales los convocaba. Que a esas diligencias los convocaban y era “va o va” tocaba ir, la consecuencia era contra la vida. Simplemente preguntaban cómo estaba el municipio y nada más. Frente a los señalamientos dice que si lo saludaban, saludaba, si lo llamaban a una reunión iba, si iban a la oficina los atendía.

Tales manifestaciones no derruyen la prueba de cargo, pues no solamente habitantes del municipio percibían la relación irregular del personero con los miembros de las autodefensas, sino que también miembros del grupo con cargos directivos en la organización, señalaron claramente los hechos que implicaban la colaboración efectiva que el personero suministraba para el bien de la organización. El procesado no señala ninguna acción de los paramilitares en su contra por la cual estuviera compelido para actuar en favor del grupo.

No le asiste razón al defensor recurrente cuando afirma que la providencia impugnada tiene errores la aplicación de los criterios de la sana crítica. Si bien es claro que en el municipio de Yondó, para la fecha de los hechos, el grupo paramilitar ejercía control territorial y realizaba acciones militares contra aquellas personas que se opusieran a sus objetivos o fueran afines a los intereses de la guerrilla, también es evidente que no todas las personas estaban en contra del proyecto político que tal organización pretendía desarrollar en el territorio. Por ello, muchos políticos y líderes de la comunidad que simpatizaban con esas ideas prestaron colaboración o militaron dentro del grupo armado desde el punto de vista político o con ayudas al brazo armado de la organización. Y fue precisamente esto último lo que se evidenció con relación a los procesados, quienes pertenecían a la administración municipal y participaban de las ideas de las autodefensas, por lo cual, unieron esfuerzos con ellos para lograr los fines políticos de la organización, beneficiándose mutuamente.

Con respecto a la estructura del delito objeto de acusación, esto es, el concierto para delinquir, no existe duda alguna sobre la presencia

de sus elementos que lo tipifican, pues nadie niega la existencia de una estructura criminal, organizada, jerarquizada, bajo el acuerdo de cometer delitos indeterminados con permanencia en el tiempo y control territorial, al cual los procesados adhirieron con sus acciones, pues hicieron propios sus fines y realizaron actos dirigidos a que tal organización cumpliera con sus objetivos.

Tampoco es cierto que el A quo haya invertido la carga de la prueba exigiendo al procesado demostrar la inocencia. Lo que ocurre es que el material probatorio recaudado es de la calidad suficiente para hacer un juicio de reproche, sin que las huérfanas voces del procesado en cuanto que simplemente asistió a reuniones, saludó o atendió a personas integrantes del grupo ilegal por el miedo que este tipo de estructuras genera en la comunidad, pueda derruir su poder suasorio.

En consecuencia, se confirmará la sentencia en lo que fue objeto de impugnación por parte del defensor del señor Jorge Alberto Mejía Barbosa.

2. Recurso de Apelación presentado por la Fiscalía:

El problema jurídico presentado por el recurrente se contrae en determinar si el material probatorio recaudado en el presente proceso, es o no suficiente para obtener un conocimiento cercano al criterio de certeza que exige la ley penal sobre la responsabilidad de la señora HORTENCIA ARDILA MENCO en el homicidio de la señora NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA.

Mientras la Fiscalía asegura que con los testimonios de los señores RODOLFO MORALES AGUIRRE y RAMÓN ARCADIO POSSO SUCERQUIA quedó claro que la señora HORTENCIA ARDILA señaló a la víctima como colaboradora de la guerrilla y esa fue la razón por la cual los altos mandos del grupo paramilitar que tenía influencia en la zona, ordenaron su muerte, el A quo considera que ese simple señalamiento no tenía la fuerza suficiente para crear en la mente de los dirigentes del grupo la idea criminal. Se trataba de una simple concejala de un municipio bajo el control del grupo ilegal.

Para decidir, la Sala estudió atentamente el material probatorio recaudado y pudo determinar que el testimonio del señor RODOLFO MORALES AGUIRRE es la única prueba directa en contra de la señora HORTENCIA ARDILA, pues ningún otro testigo tuvo conocimiento alguno sobre el supuesto señalamiento como auxiliadora de la guerrilla que el señor RODOLFO afirma hizo la procesada frente a la señora NELCY GABRIELA CUESTA. Tampoco existen otros medios de conocimiento de los cuales puedan construirse indicios de responsabilidad.

En la investigación no se llegó a establecer y ningún testigo lo menciona, que la señora NELCY GABRIELA CUESTA fuera realmente auxiliadora de la guerrilla o que tuviera algún problema con la señora HORTENCIA ARDILA que hubiere causado un señalamiento falso, y tampoco que existiera alguna situación de orden económico, social o político que permitiera inferir la necesidad de hacer ese señalamiento por parte de la procesada, para lograr que el grupo armado ilegal que tenía dominio en el

Municipio de Yondó (Antioquia) actuara en contra de la señora NELCY GABRIELA.

Si bien quedó claro que la señora HORTENCIA ARDILA como líder política, simpatizaba y ayudaba a la causa de los paramilitares que tenían el control del municipio, de allí no se desprende que ella en sus actividades se dedicara a establecer las personas que en el pueblo y en las veredas colaboraban con los grupos guerrilleros para pasar esa información a los paramilitares. Es evidente y de los testimonios surge, que la procesada como líder política y miembro del concejo municipal, colaboraba con el grupo armado para el logro de sus objetivos, principalmente consiguiendo que en la corporación municipal se aprobaran los proyectos presentados y que de alguna forma beneficiaban al grupo ilegal.

Estamos entonces, ante un testigo único, quien siendo el comandante del grupo paramilitar que tenía dominio en el municipio de Yondó (Antioquia), decidió contar a las autoridades judiciales lo que conocía sobre las actividades realizadas por el grupo y quiénes de alguna manera pertenecían a él o colaboraban.

Es importante precisar que el argumento del A quo, consistente en desestimar el supuesto señalamiento de la procesada como causa determinante del homicidio, no tiene sustento alguno, porque salta a la vista que los grupos paramilitares en Colombia tenían como uno de sus objetivos combatir a la insurgencia de muchas maneras, entre ellas, las de eliminar a toda persona que de una u otra forma fueran simpatizantes o colaboradores de los grupos guerrilleros, por lo que la idea y resolución criminal ya estaba creada en los miembros de estos grupos ilegales y no se requería ser una

persona influyente, ni con poder de decisión para determinar una actuación del grupo en contra de alguna persona que fuera tildada como guerrillero, colaborador o simpatizante. En esas circunstancias, bastaba con suministrar de alguna persona, datos creíbles para el grupo para que actuara en su contra.

La Sala debe auscultar en la prueba, si realmente puede creérsele al señor RODOLFO MORALES AGUIRRE cuando afirma que el grupo ilegal actuó en contra de la señora NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA únicamente por la información que recibió de parte de cuatro personas, entre ellas, de la señora HORTENCIA ARDILA MENCO, esto es, que fue esa información la determinante para la realización del hecho punible.

Para la apreciación del testimonio, se sigue el sistema de la persuasión racional, con lo cual el Juez debe hacer una amplia evaluación, no solo de las condiciones personales del testigo sino también lo relacionado con el objeto mismo de lo declarado, bajo los principios de la sana crítica. Es importante que el testigo rinda su declaración en forma razonada, no vacilante, ni confusa o contradictoria, esto es, que su declaración contenga una coherencia interna. Pero además, lo dicho por el testigo debe ser contrastado con el resto del material probatorio para encontrar también una coherencia externa, esto es, que no resulte ilógico o contradictorio analizados los demás medios de conocimiento allegados al proceso.

Conforme con lo anterior, es necesario señalar que durante la investigación del homicidio de la señora NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA (ocurrido el 02 de abril de 2002) se logró la

individualización de los autores pertenecientes al FRENTE CONQUISTADORES DE YONDÓ, BLOQUE CENTRAL BOLÍVAR de las AUC. Igualmente, el 13 de enero de 2013, fueron declarados personas ausentes, los señores RODOLFO MORALES AGUIRRE, WILLIAM DE JESÚS CIRO y RAMÓN ARCADIO POSSO SUCERQUIA. Y el 20 de septiembre siguiente, se les impuso medida de aseguramiento, por lo cual el señor RODOLFO MORALES AGUIRRE fue capturado el 27 de septiembre de 2013.

Esta persona anteriormente había sufrido privaciones de la libertad, desde el 15 de septiembre hasta el 13 de septiembre del año 2000 y luego desde abril de 2004 hasta finales de marzo del año 2010, siendo condenado por los delitos de homicidio y concierto para delinquir, según el mismo procesado lo señaló en su indagatoria rendida el 1º de octubre de 2013.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el procesado expresó que la mayor parte de su vida la pasó en el municipio de Yondó (Antioquia), fue presidente de Junta de Acción Comunal y dignatario de la Asociación de Juntas del Municipio de Yondó. Durante su permanencia en el Grupo Ilegal tuvo como funciones coordinar acciones con la fuerza pública, la parte logística y las relaciones con el pueblo, Comandante en Yondó y luego Comandante Militar en el mismo municipio. Por ello, es posible afirmar que conocía muy bien a los líderes del municipio en su casco urbano y veredas y su función también consistía en lograr el apoyo de ellos y que la comunidad en últimas votara por los candidatos a la Alcaldía y Concejo que apoyaban la causa paramilitar (tal como lo declaró el señor RAMÓN ARCADIO POSSO SUCERQUIA, folio 63 cuaderno 6).

Debe advertirse que el mismo RODOLFO MORALES AGUIRRE expresó que su deseo era contar cómo fueron los hechos ocurridos en Yondó y las personas que participaron para que se le tuviera en cuenta como colaboración eficaz, se le diera protección a él y su familia, se le acumularan todos los procesos y se le postulara a Justicia y Paz. Señaló que temía por su vida, porque había sido objeto de un atentado por los anteriores colaboradores de las AUC en Yondó, quienes no querían que hablara en Justicia y Paz. Hecho ocurrido antes de su captura, por personas que anteriormente pertenecían al grupo paramilitar y estaban libres, que eran colaboradores y financistas y querían tomar represalias.

Entrando en el contenido de su declaración, el señor RODOLFO MORALES AGUIRRE (comandante del grupo ilegal en Yondó) en indagatoria (folios 174 y ss cuaderno 3) afirmó que perteneció al Frente Conquistadores de Yondó, Autodefensas - Bloque Central Bolívar, desde el año 2000 hasta el año 2004. Dijo que conoció sobre la muerte de la señora NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA y que “Estos hechos se originaron como resultado de la información aportada por las siguientes personas: HORTENCIA ARDILA quien era concejal del municipio de Yondó para la fecha de los hechos, el señor ORLANDO GAVIRIA alias el Flaco, quien era líder comunal de la vereda Sardinata del municipio de Yondó, este señor se encuentra muerto, el señor JESÚS LONDOÑO quien se desempeñaba como secretario general del concejo y la señora MARY apodada como la CACHARRERA quien era habitante de la vereda San Francisco y tenía una tienda en el caserío, quiero aclarar que esas reuniones fueron de la siguiente manera, unas veces con HORTENCIA y JESÚS que fueron como dos o tres veces

en las instalaciones del Concejo de Yondó y me informaban que la señora NELCY hacía parte del brazo político del E.L.N. y a la vez la encargada de abastecer de víveres a las unidades del Frente EDGAR AMILKAR GRIMALDO BARÓN que operaba en la zona de Yondó y el Río Cimitarra y parte del Sur de Bolívar y que dicha señora era también informante de los mismos, estos también me pasaban información de otras personas que eran guerrilleros y auxiliares de la guerrilla y las reuniones con GAVIRIA y MARY la CACHARRERA eran esporádicamente en el rompo (sic) del municipio de Yondó, con estos señores me reuní unas cuatro veces, otras veces le manifestaban la misma información al comandante RONALD, donde reclamaban que por qué no le hacían nada a esta señora NELCY que seguía en el cuento de colaborar con la guerrilla, esa información se la hago llegar por escrito al comandante DIEGO que una vez recibida y valorada por él, me impartió la orden de armar un operativo para retener a la señora NELCY, ya que la información suministrada por estos señores era considerada por él de mucha credibilidad, porque los señores eran líderes del municipio y tenían contacto directo y permanente con los habitantes, en el momento de recibir la orden impartida por DIEGO yo se la transmito al comandante RONALD para que dispusiera de los muchachos necesarios y montar un retén sobre la vía Marranera o la carretera de La Marranera que va al kilómetro 5 y luego que se la llevar al puesto de mando que tenía el comandante DIEGO en el corregimiento SAN MIGUEL DEL TIGRE”.

También dijo que: “...yo me desplazo a SAN MIGUEL DEL TIGRE en compañía del comandante RONALD en una moto DT., y le indago al comandante DIEGO que qué decisión había tomado con

la señora NELCY, él me responde que dada la información recogida que era ciento por ciento positiva ya que estos señores eran de la entera confianza en la organización o sea los señores informantes y que la decisión tomada por él era boliarle (sic) o sea darle de baja...”.

Igualmente, adujo que no tenía conocimiento que la señora NELCY fuera presidenta de la Acción Comunal de la vereda Puerto Matilde y por ello líder comunitaria.

Lo primero que se observa en esta declaración y en las demás ampliaciones de indagatoria que rindió el testigo, es que sintetiza al máximo las circunstancias en que recibió la información sobre la señora NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA y no manifiesta las razones por las cuales cada uno de los informantes estaba seguro de señalar a esta señora como colaboradora de la guerrilla, si fue conocimiento personal del informante, o comentarios de otras personas y si lo verificaron o no. Igualmente, no menciona si él como comandante en el municipio, realizó alguna actividad tendiente a corroborar la información y más bien da a entender que fue el comandante DIEGO (quien resultó ser el señor RAMÓN ARCADIO POSSO SUCERQUIA) el que después de recibir la información por escrito y conocer las fuentes, la valoró y le dio plena credibilidad.

En ningún momento el testigo señaló las razones que llevaron a la señora HORTENCIA ARDILA para realizar ese grave señalamiento y si pudo saber si a ella le constaba personalmente la situación o no.

Teniendo en cuenta la posición del testigo en el grupo como Comandante Militar en el municipio de Yondó, haber sido el Comandante antes de la llegada de alias DIEGO, haber vivido mucho tiempo en esa municipalidad y su funciones de orden político que implica el conocimiento de todas los dirigentes, no es creíble que manifieste que la valoración y confirmación de los datos dados por los informantes lo haya dejado a manos de alias DIEGO y menos que para el momento de la muerte de la víctima, no conociera que era presidenta de la Acción Comunal de una vereda y es extraño que no mencione las circunstancias que llevaron a los testigos a señalar a la víctima como auxiliadora de la guerrilla, pues la información debía ser confiable teniendo en cuenta la posición de la persona señalada.

También debe llamar la atención que el testigo haya decidido no solo confesar los delitos cometidos y señalar a los integrantes del grupo, hechos que ya las autoridades en sus investigaciones los tenían muy claro, sino también endilgar a unas personas, antiguos colaboradores, como los determinadores del homicidio, dejando claro que ya tenía problemas por amenazas y atentados atribuibles a personas que estaban libres y fueron integrantes o colaboradores de las AUC en el municipio de Yondó (Antioquia), todo para obtener protección y beneficios por colaboración eficaz.

Ese interés manifiesto en la declaración, obligaba a la Fiscalía a corroborar con mayor rigor la información suministrada.

Ahora, el señor RAMÓN ARCADIO POSSO SUCERQUIA, (folio 58 y ss cuaderno 4), comandante del Frente Conquistadores de Yondó, a quien se le ha conocido como DIEGO, en su indagatoria

contradice muchos apartes de lo dicho por el señor RODOLFO. No confirma que después de la retención de la víctima haya hablado primero con ella, que el señor RODOLFO por escrito le hubiera suministrado la información dada por las cuatro personas que señalaban a la señora NELCY como colaboradora de la guerrilla, que esa información la haya evaluado y al encontrar que la fuente era creíble, haya ordenado un operativo para su retención.

Expresó que aproximadamente una semana antes había llegado de Puerto Berrío para asumir la comandancia. Que el día de los hechos, a eso de las 6 de la tarde llegó un muchacho a informarle a RODOLFO sobre la detención de una persona, ordenando que la trasladaran a ese sitio. Estaba oscureciendo cuando llegaron con una mujer y RODOLFO le indicó que esa señora era colaboradora de la guerrilla. La llevaron a una casa de madera vieja y abandonada en el mismo corregimiento y RODOLFO y otro muchacho la interrogaron. Luego se ordenó su asesinato, porque no quiso cooperar y decía que prefería que la mataran.

Explicó que RODOLFO le había dicho que la señora pertenecía a las FARC (ampliación de indagatoria visible a folio 207, cuaderno 5) y que, en el interrogatorio, le dieron la oportunidad de trabajar con ellos, pero ella dijo que no tenía nada en que colaborar y si tenían que matarla que la mataran.

Aseguró que obró con la información de RODOLFO y su criterio, a quien le preguntó si estaba seguro de lo que estaba diciendo.

Aceptó que el grupo cobraba vacunas a pequeños comerciantes, a los mercados superiores de \$500.000.00 y a pequeñas empresas

de transporte, pero que a mediados del año 2002 ordenó que dejaran de cobrar (folio 63 cuaderno 6). Igualmente, enfatizó que conoció a HORTENCIA ARDILA MENCO como concejal que simpatizaba con la causa de las AUC y, por tanto, los apoyaba sacando adelante los proyectos del alcalde, pero que desconocía si manejaba otros asuntos con RODOLFO y que no tenía conocimiento que ella tuviera relación alguna con la muerte de la señora NELCY GABRIELA, que hubiera participado de alguna forma.

También señaló que lograban que los candidatos ganaran en las elecciones, hablando con los presidentes de las Juntas de Acción Comunal de las veredas para que los apoyaran, reuniones que eran realizadas por Rodolfo.

Como puede verse, el señor RAMÓN ARCADIO, alias DIEGO, contradice muchos aspectos de lo contado por RODOLFO MORALES AGUIRRE. No acepta que tuviera conocimiento que la información sobre la señora NELCY proviniera entre otras personas de la concejala HORTENCIA. Dice que él no evaluó dicha información y simplemente dio la orden, porque confió en RODOLFO quien era de la región, había sido comandante y conocía a todos los líderes y personas del pueblo. Tampoco confirma que haya ordenado un operativo para la retención de la víctima y suministra datos que permiten incluso elaborar una hipótesis diferente frente al móvil del asesinato.

Es que analizada con detenimiento la prueba, no se ve claro que la razón para asesinar a la señora NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA fuera el simple señalamiento no confirmado, ni

verificado, que cuatro personas le hicieran al comandante militar del grupo armado ilegal que operaba en el municipio de Yondó.

En el proceso no se pudo establecer que existiera alguna razón para que alguien tildara de colaboradora de la guerrilla a la señora NELCY. Se determinó que ella era una persona líder en su comunidad, impulsora de proyectos para el bienestar de la vereda, presidenta de la acción comunal y también que administraba la única tienda de la vereda, por lo cual los víveres y elementos que llevaba desde la cabecera municipal de Yondó eran para ese fin.

La señora MARÍA IRENE RAMÍREZ AMAYA (folio 1 cuaderno 2) afirmó que para la fecha del mes de abril de 2002 vivía en la vereda Puerto Matilde del Municipio de Yondó y allí conoció a la señora NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA, quien trabajaba en la Acción Comunal y tenía la única tienda de Puerto Matilde donde principalmente vendía granos y verduras. Dijo que ella empezó a impulsar el comité de mujeres y se inició con el proyecto de panadería. La tienda era muy pequeña y además vendía alimentación los fines de semana. Hacía la remesa semanal, los miércoles en el primer carro de la mañana y entraba en el carro de los jueves.

Agregó que ella le comentó que no podía hacer favores de traer remesa, porque los retenes ilegales de los paramilitares lo impedían, le pedían factura de lo que compraba y decían que le estaba llevando remesas a la guerrilla. En varias oportunidades le dijo que ella no iba a pagar vacunas a nadie y en los retenes ponía problema y no se dejaba quitar nada. Para el mes de abril de 2002

era presidenta y representante legal de la Junta de Acción comunal de la vereda Puerto Matilde.

Asegura que ella no tenía afinidad con ningún grupo ilegal y solamente se dedicaba al trabajo comunitario y a la familia.

Esta declaración armoniza con manifestaciones realizadas por los propios paramilitares que aceptan que en el municipio de Yondó controlaban el comercio, que imponían vacunas al comercio, impuestos a los mercados que se llevaban a algún lugar y prohibían la posesión de ciertas mercancías y de otras solo permitían el monopolio de alguna persona.

El señor Rodolfo Morales Aguirre, frente a la financiación del grupo dijo: “la primera fuente de financiación era por medio de la contratación pública de la plata que se les exigía a los contratistas (...) además se les cobraba a los dueños de las fincas entre diez o quince mil pesos por hectárea, las tiendas pagaban una cuota en la zona rural y urbana, el transporte fluvial y terrestre”.

Como se anotó antes, el señor RAMÓN ARCADIO aceptó que el grupo cobraba vacunas a pequeños comerciantes, a los mercados superiores a \$500.000.00 y a pequeñas empresas de transporte, pero que a mediados del año 2002 ordenó que dejaran de cobrar.

El señor LUIS JAIME GUZMÁN CUERVO (folio 7 cuaderno 2) afirmó que él transportaba a la señora NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA con la remesa para su tienda. Dice que la recogió en Yondó, como al medio día y ella llevaba con un millón de pesos en remesa. Recogió a otras personas y arrancaron para la vereda El

Cinco y en el kilómetro tres de la vía Yondó - San Francisco salieron dos muchachos vestidos de civil, le hicieron señales para que parara, miraron el carro y bajaron a la señora NELCY. Bajaron la remesa de la señora y la dejaron, porque tenía que hablar con el comandante.

El señor WILMER SENEN SILVA RIVERO (folio 247 cuaderno 3) uno de los paramilitares que participó en el retén en el cual fue plagiada la señora NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA, explicó que ellos hacían el retén y bajaban a los vehículos a las personas que estaban en una lista y llamaban a RODOLFO y RONALD, quienes hablaban con la persona y tomaban la decisión de dejarla ir. A la señora NELCY la llevaron en una camioneta para El Tigre para hablar con el comandante DIEGO.

Le preguntaron si conocía a unas personas entre ellas a MARÍA, la CACHARRERA y dijo. “MARÍA la CACHARRERA sé que estuvo en la primera lista que me entregaron para el retén y una vez que yo estaba en la LAGUNA DEL MIEDO, llegó con varios compañeros, estos muchachos llamaron a RODOLFO y habló con esa señora y luego la dejaron ir, al momento empezaron a hablar de ella y dijeron que la habían tenido retenida dos o tres días en la vereda MONTEBLANCO, pero no tengo conocimiento por qué la dejaron ir o que arreglaron con ella y a mí no me consta que esa señora haya sido colaboradora del grupo”.

El señor HUMBERTO DE JESÚS PULGARÍN VALENCIA, en indagatoria folio 216 cuaderno 7, dijo que estuvo en el retén en donde bajaron a la señora NELCY. Que el comandante ROGELIO (se refiere a RODOLFO) había hecho una reunión con la comunidad

en la que les dijo que como es una zona guerrillera no se podían pasar pilas doble AA, ni inyecciones y medicamentos que pensáramos que era para la guerrilla, entonces al requisar a la señora se le encontraron los medicamentos y las pilas.

Como puede verse, estas declaraciones permiten inferir que los retenes realizados por el grupo armado ilegal eran frecuentes y tenían como fin, ubicar personas que por alguna u otra razón eran requeridas por el grupo ilegal. Igualmente, se hacía para controlar el paso de mercancías conforme a los criterios que el mismo grupo imponía a la comunidad y también para cobrar las vacunas con las que se financiaba.

Por ello, no es desacertado deducir que si la señora NELCY GABRIELA CUESTA CÓRDOBA como líder comunitaria y propietaria de una tienda en una vereda de la región, no quería colaborar con el grupo en ningún sentido, ni siquiera pagando las vacunas que se le exigían, fácilmente se volvió un objetivo militar y estuvo en una lista, en la cual como un testigo lo señaló, también figuró la señora MARY llamada la CACHARRERA, quien igual tenía una tienda, fue retenida y en últimas arregló con el grupo paramilitar. La señora NELCY GABRIELA en su labor de líder comunitaria, también era útil para la organización criminal, de allí que se explique el por qué el comandante del grupo afirma que le dieron la oportunidad de trabajar con ellos y como se negó a colaborar ordenó su muerte.

Esta segunda hipótesis que surge del material probatorio y que en realidad tiene más lógica que la escueta propuesta por el señor RODRIGO MORALES AGUIRRE, en la cual prácticamente quiere

eludir su total responsabilidad en el hecho, señalando que fueron otras personas las que hicieron un señalamiento sobre una persona que él no conocía y que la información fue evaluada por sus superiores y fueron ellos quienes ordenaron la muerte de esa persona, deja por lo menos dudas sobre la verdadera responsabilidad que en el hecho se le pueda endilgar a la señora HORTENCIA ARDILA MENCO.

No es que fuera imposible que ella hiciera comentarios al señor RODRIGO MORALES sobre la señora NELCY, sino que tal afirmación poco circunstanciada, no tiene respaldo alguno en el resto del material probatorio. Y al testigo que la aduce en el proceso, no se le puede otorgar absoluta credibilidad, pues es evidente que entre él como Comandante Militar y el señor RAMÓN POSSO SUCERQUIA, como comandante del grupo paramilitar en Yondó, hay contradicciones y alguno de ellos miente, sin que en el proceso haya podido dilucidarse la verdad. Además, del material probatorio surge que lo más seguro, la muerte de la señora NELCY GABRIELA se presentó no por un simple señalamiento de pertenecer a un grupo insurgente, sino por su negativa a colaborar con el grupo armado ilegal que tenía dominio político en el municipio y que necesitaba su colaboración, así fuera con el pago que se les exigía a los ciudadanos de la región.

Por estas razones, la Sala considera que no existe en el proceso prueba suficiente para edificar una sentencia condenatoria en contra señora HORTENCIA ARDILA MENCO por el cargo de homicidio en persona protegida y en calidad de determinadora.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia, pero conforme con las explicaciones contenidas en esta providencia.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Penal, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve **CONFIRMAR** la sentencia de fecha, naturaleza y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

Contra esta decisión procede el recurso de casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **22cbefac49b74d0695e2bd8f6e93f35888d73504ff307af2bd95c7c235402b5a**

Documento generado en 15/12/2022 01:36:09 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado 05 001 60 00206 2019 29677 N. I. 2022-1867
Acusado: RAMON ANTONIO ORTIZ AMAYA
Delito: Femicidio agravado tentado
Decisión: Confirma sentencia condenatoria
Aprobado Acta No.:196 de diciembre 6 del 2022 **Sala No: 6**

Magistrado Ponente: Dr. **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome.** -

Medellín, diciembre seis del dos mil veintidós. -

1. Objeto del pronunciamiento. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la representante del Ministerio Público contra la sentencia emitida el pasado 1 de noviembre del año en curso por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa fe de Antioquia.

2. Los hechos. -

Fueron narrados así en la sentencia de primera instancia;

“Los hechos que motivaron la presente investigación, tuvieron su acontecer el día viernes 27 de diciembre de 2019 en horas de la noche en la residencia de la víctima, la señora VIVIANA MARCELA JARAMILLO, ubicada en el Barrio Santa Ana del Municipio de San Jerónimo Antioquia; lugar a donde a eso de las 11:50 de la noche, llegó su expareja o excompañero sentimental, RAMÓN ANTONIO ORTIZ AMAYA, quien luego de asomarse por la ventana y decirle que ese día se iba a morir, ingresó a la casa, se dirigió a su habitación donde ella se encontraba en su cama y luego de repetirle nuevamente que se iba a morir, sacó de una riñonera que llevaba consigo una navaja, se le lanzó encima y le causó varias heridas, algunas de ellas en la mano derecha, la espalda y cuello, mientras la insultaba y le decía que la pagaría las veces que fueran y sale de la casa; sin embargo luego de que la víctima sale de su casa con la ayuda de su menor hija de 13 años de edad quien presenció los hechos, una vez, una vecina se dispone a llevarla al hospital en su moto, el señor RAMÓN quien se encontraba afuera, se dirige nuevamente hacia ella, la tumba de la moto y grita que la tenían que dejar morir. Finalmente logran llevarla al Hospital San Luis Beltrán del Municipio de San Jerónimo donde luego de brindarle los primeros auxilios, es remitida al Hospital Pablo Tobón Uribe de la Ciudad de Medellín, donde estuvo hospitalizada hasta el día 31 de diciembre de 2019. Dice la señora VIVIANA que luego de una relación de noviazgo con el señor RAMÓN, el día 20 de marzo de 2015 se fueron a vivir juntos, donde a pesar de haber terminado la convivencia en noviembre de 2018, debido al maltratos y agresiones físicas que la llevaron a denunciarlo en marzo y en agosto de 2018, había

continuado hablando con él, hasta el día 27 de diciembre que ocurrieron los hechos. De acuerdo con el informe pericial de clínica forense, relacionado con la valoración definitiva que le fue realizada a la señora VIVIANA MARCELA JARAMILLO, esta presentó múltiples heridas, causadas por arma corto punzante, que le generaron una incapacidad médico legal definitiva de treinta y cinco (35) días y como secuelas, Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente y que la paciente estuvo en grave riesgo de mortalidad, donde recomendando medidas de protección, por cuanto ya había denunciado tres veces al agresor.”

3. Sentencia apelada. -

El Juez de Instancia en sentencia proferida el 1 de noviembre del 2022 relacionó los hechos que dieron origen a la investigación del caso en concreto y el trámite procesal. Posteriormente, indicó que teniendo en cuenta la aceptación de responsabilidad que hace el acusado, y que los hechos que le fueron imputados aparecen debidamente acreditados con los elementos materiales de prueba que aporta la Fiscalía, resulta posible entrar a emitir una sentencia condenatoria, como en efecto lo hace.

Para la tasación de la pena en consecuencia, procede a establecer que la que debe imponerse es la mínima prevista en la ley esto es 250 meses de prisión, y sobre ella reconoce una rebaja del 16.6 %, al no haberse producido la captura en flagrancia y la aceptación de cargos haberse hecho en sede de audiencia preparatoria, lo que daría lugar a una rebaja del 33,3%, pero que en adecuada aplicación al artículo 5 de la Ley 1761 de 2015, solo puede ser de la mitad de este beneficio por ende corresponde a 16.6%. por lo que arriba a una pena de 208 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

4. Del recurso interpuesto. -

Dentro del término de ley, la representación del Ministerio Público interpone recurso de apelación, señalando que existe un error aritmético en la tasación de la pena, pues esta debe ser de 208 meses y 15 días, y no de 208 meses como se consignó en el fallo de primera instancia, pues ese es el guarismo que corresponde a rebajar 16,6% a 250 meses de prisión.

Igualmente señala que, aunque no es motivo de apelación pide al Tribunal aclarar cómo se cuentan los términos para sustentarle recurso de apelación.

5. Consideraciones de la Sala. -

El interrogante que concita el interés de la Sala, es verificar si la pena fue tasada en forma correcta.

Al respecto debemos precisar que en este caso se presentó una aceptación a cargos después de la acusación, en un proceso en que no existió captura en flagrancia por lo mismo la rebaja de pena por allanamiento a cargos es en principio de $\frac{1}{3}$ parte tal y como lo establece el artículo 352 de la ley 906 del 2004, pero conforme a lo dispuesto en la Ley 1761 del 2015, tal rebaja se reduce a la mitad, por tratarse de femicidio, por lo que dicha rebaja corresponde a $\frac{1}{6}$ parte.

Utilizando las proporciones matemáticas que estableció el legislador tenemos entonces que sí se fijó inicialmente la pena mínima al establecer los cuartos de movilidad, tenemos que es de 250 meses, que corresponden a 7500 días, y se tiene derecho a una rebaja de $\frac{1}{6}$ por el allanamiento a cargos que corresponde a 1250 días; entonces la pena que finalmente se debe descontar es la de 6250 que corresponde a 208 meses y 10 días, por lo que la pena, correcta aritméticamente hablando es de 208 meses y 10 días, debiendo en consecuencia modificarse en tal sentido lo previsto en la sentencia de primera instancia, tanto en relación a la pena de prisión, como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Ahora bien, ninguna función consultiva cumplen las salas penales de los tribunales, por lo tanto imposible resulta entrar a resolver la inquietud que tiene la recurrente sobre cuál es la forma correcta de contar los términos para sustentar una apelación vista que ella no muestra inconformidad con el término que contó para sustentar sino que pide al Tribunal que se ilustre sobre la forma correcta de contar los términos, lo

que no hace entonces parte del motivo de disenso y escapa en consecuencia a la posibilidad de pronunciamiento por parte de esta Corporación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICA la sentencia materia de impugnación por las razones expuestas en precedencia, en consecuencia, la pena de prisión que debe descontar RAMON ANTONIO ORTIZ AMAYA es la de 208 meses y 10 días de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

En todo lo demás rige la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: Ésta decisión se notifica en estrados y contra la misma procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse dentro de los 5 días siguientes (artículo 98 ley 1395 de 2010). -

CÓPIESE y a su ejecutoria **DEVUÉLVASE** al Juzgado de origen.

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **5a7a2ad4d473926d46fee2039500ba2fa1e56efdc1228e09c06afa04a3ff6f91**

Documento generado en 06/12/2022 03:35:27 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Radicado: 052823104001 2022 00109

Rdo. Interno: 2022-1806-2

Accionante: JUDITH ALEJANDRA FERNÁNDEZ MARÍN

Afectada: SAMANTA MOGOLLÓN FERNÁNDEZ

Accionado: NUEVA E.P.S. S.A. – ESPECIALIDADES
MEDICAS METROPOLITANAS S.A.S.

Vinculado: E.S.E. San Rafael de Venecia Antioquia

Actuación: Fallo tutela de 2ª Instancia No. 042

Decisión: Modifica y Confirma

Medellín, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)
Aprobado según acta No. 118

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación interpuesto por el representante judicial de la NUEVA E.P.S. S.A. doctor Andrés Lalinde Cerón contra el fallo de tutela proferido el día 03 de noviembre de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, Antioquia, mediante el cual se concedió tratamiento integral a la menor Samanta Mogollón Fernández.

¹ El presente Código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente hasta su entrega en la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Para su lectura se requiere aplicación- descargar en Play Store- lector QR.

2. LA DEMANDA

Los hechos de la tutela fueron señalados por el Juez de primera Instancia de la siguiente forma:

“Samanta Mogollón Fernández es una infanta de 7 años de edad, beneficiaria de la NUEVA EPS, y su diagnóstico lo es un dolor precordial, síntomas presincopales y cianosis.

En el decurso del tratamiento, el 3 de marzo de presente año, el médico general dispone un ecocardiograma modo M, bidimensional y doppler, tiroidea estimulante TSH y subsiguiente, consulta por pediatría. El 06 de junio es autorizado el primero de los exámenes ante EMM.S.A, de manera reiterada se ha llamado y se le responde que no tienen agenda.

Luego de aquella data tiene episodios de taquicardia y presenta dolores de pecho, se pone fría y, como no es atendida a tiempo se está deteriorando su salud. Situación que ha conllevado al agente oficioso a instaurar acción de tutela”.

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de Primera Instancia con fundamento en los elementos de prueba allegados a la actuación, de las normas legales y fundamentos constitucionales, concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud prevalente y seguridad social, al considerar que:

(...)

“Frente a la jurisprudencia antes citada, es preciso decir que es falaz la afirmación contenida en la respuesta a la demanda por parte de NUEVA EPS, al indicar que no hay prueba si quiera sumaria que respalde o permita evidenciar una omisión desplegada, sabiendo que incluso frente

a la cita con pediatría en cardiología y el examen "tiroidea estimulante TSH", se nos dijo que quedaba en estudio, sin que se pueda desapercebir que acá el art, 27 de la ley estatutaria de infancia, prescribe que ninguna entidad en salud de cara al derecho a la salud de los NNA, sea publica o privada, puede abstenerse de atender a un NNA, como derecho impostergable de las fases de la primera infancia y de la adolescencia, que incluso la entidad puede llegar a ser sancionada por la inatención con 50 SMLMV, para que no nos llamemos a engaños, **y la Nueva EPS de acuerdo a su proceder se esta especializando en transgredir derechos fundamentales de los usuarios en salud.** (...).

(...) como corolario de lo anterior, se tienen que el tratamiento integral implica, prestar los servicios de salud de manera oportuna, continua e ininterrumpida como ha quedado explicitado. Los tramites administrativos no pueden ser excesivos y en ningún caso justifica la demora o la negación en el cumplimiento de una orden del medico tratante, de lo contrario, se lesiona el derecho fundamental a la salud de los niños, mismo que debe ser garantizado de manera prioritaria, preferente y expedita sin obstáculos de ninguna clase".

(...) El tratamiento integral implica prestar los servicios de salud de manera oportuna, continua e ininterrumpida, como ha quedado explicitado. Los trámites administrativos no pueden ser excesivos y en ningún caso justifican la demora o negación en el cumplimiento de una orden del medico tratante, de lo contrario se lesiona el derecho fundamental a la salud de los niños mismo que debe ser garantizado de manera prioritaria, preferente y expedita sin obstáculos de ninguna clase."

EN VIRTUD DE LO ANTERIOR, RESOLVIÓ:

"PRIMERO: conceder el amparo a los derechos fundamentales a la salud prevalente y seguridad social de que es destinataria la menor Samanta Mogollon Fernández, por las enfermedades que padece, dolor precordial, síntomas presincopales y cianosis, para lo cual la IPS con la

que llegue a contratar la NUEVA EPS, debe señalar fecha de atención, y la NUEVA EPS, debe a su vez ordenar atención por interconsulta por pediatría en cardiología, lo mismo que la ayuda medica pedida, tiroidea estimulante TSH, como consta en las ordenes medicas, derechos afectados en esta oportunidad por NUEVA EPS.

SEGUNDO. Como derivado del amparo constitucional a los derechos fundamentales antes referidos, se ordena a la NUEVA EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces (gerencia del DR. Fernando Adolfo Echavarría Díez, regional noroccidente y el DR Alberto Hernán Guerrero Jácome), vicepresidente de salud, NUEVA EPS- superior jerárquico de aquel. Que si aun no han autorizado las ordenes requeridas por la menos usuaria, relacionadas en el acápite anterior, debe disponer de las autorizaciones que haya lugar con ocasión de la enfermedad que presenta en un termino de 48 horas contadas a partir de la notificación de este fallo. Atención que debe ser integral respecto del cuadro clínico referido". (...)

4. DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La entidad accionada impugnó la sentencia de primera instancia al estar en desacuerdo con la protección al tratamiento integral concedida en favor de la menor Samanta Mogollón Fernández, al considerar que:

(...)

*"El reconocer el tratamiento integral a través de una sentencia de tutela es tanto como desconocer que existe una Ley que garantiza el acceso a un plan de beneficios en salud. **El fallo de tutela está diseñado para proteger derechos cuando estos estén siendo vulnerados y amenazados y no se puede presumir que ante un eventual atraso***

ocurrido una vez, en lo sucesivo la conducta será repetitiva y, por lo tanto, adelantarse a ello. (...).

(...) se solicita que se revoque el amparo al tratamiento integral, pues no se pueden tutelar derechos inciertos. Y en caso de confirmar el presente fallo, se solicita indicar en forma precisa y de manera concreta en la parte resolutive de la sentencia de tutela, frente a que diagnóstico se está amparando, que medicamentos y elementos deben ser suministrados, en términos de cantidad y lapso, de manera que coincida con lo prescrito por el médico tratante.

Señor juez de segunda instancia, de acuerdo a lo consagrado en los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015 el cual le entrega la responsabilidad de administrar los recursos de la salud, y la posibilidad de que las EPS puedan recobrar a dicha entidad, se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios..."

En virtud de lo anterior solicita:

"...dar aplicación al artículo 328 del CGP "Reformatio in peius", en el evento de que la EPS sea el único apelante, en el sentido de no aumentar la providencia en lo que no es asunto del recurso. En consecuencia, REVOCAR la orden del suministro de un TRATAMIENTO INTEGRAL, toda vez que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de esta institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que el usuario requiera servicios no les serán autorizados.

SUBSIDIARIAMENTE, se solicita de manera respetuosa, y en caso de que se confirme el fallo de tutela de primera instancia, se autorice el recobro de todos los dineros que llegasen a ser pagados por mi

representada al ADRES, pues en la entidad llamada a disponer de esos dineros”.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1991 y el decreto 1382 de 2000, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la presente impugnación.

5.2 Problema jurídico

El problema jurídico que debe decidir la Sala se contrae a resolver si en este caso resulta procedente la revocatoria del fallo de primer grado, en el entendido que, no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados o, en su defecto, se ordene al ADRES el pago de todos los dineros que llegasen a ser utilizados por la NUEVA EPS.

A efectos de dar respuesta al problema jurídico planteado, pertinente es acudir a lo dispuesto por la Corte Constitucional² con respecto a la integralidad del servicio de salud, veamos:

“1. El principio de integralidad

² Sentencia T-259 de 2019

Según el artículo 8° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 el derecho fundamental y servicio público de salud se rige por el principio de integralidad, según el cual los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa y con "independencia del origen de la enfermedad o condición de salud". En concordancia, no puede "fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario". Bajo ese entendido, ante la duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud "cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada".

En concordancia, la Sentencia C-313 de 2014, por medio de la cual se realizó el control de constitucionalidad a la Ley 1751 de 2015, determinó que el contenido del artículo 8° implica que "en caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de aquellos cubiertos por el Estado, esta se decanta a favor del derecho" y cualquier incertidumbre se debe resolver en favor de quien lo solicita. En concordancia, el tratamiento integral implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud suministrando "todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o

no"^[19]. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir "prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad"^[20].

Es importante precisar que en el proyecto de la Ley Estatutaria el mencionado artículo 8° contenía un párrafo, según el cual se definía como tecnología o servicio de salud aquello "directamente relacionado" con el tratamiento y el cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico. Mediante la Sentencia C-313 de 2014 se estudió esta disposición, se puso de presente que en criterio de algunos intervinientes esta podría "comprometer la prestación de servicios usualmente discutidos en sede de tutela", entre estos el "financiamiento de transporte". Al respecto, la Corte señaló que, en efecto, implicaba una limitación indeterminada de acceso, en contradicción con los artículos 2° y 49 Superiores y, por consiguiente, la declaró inexecutable.

En concordancia, recientemente en las Sentencias T-171 de 2018 y T-010 de 2019 se precisó que el principio de integralidad opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. Así como para garantizar el acceso efectivo..."

Asimismo, en sentencia T-513 de 2020 explicó la Corte Constitucional, la diferencia entre principio de integralidad del sistema de salud de la figura del tratamiento integral, veamos:

(...)

En este punto es importante diferenciar el principio de integralidad del sistema de salud de la figura del tratamiento integral. Este último supone la atención "interrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad"^[73] del usuario. La Corte indicó recientemente que "[s]ustentado en los principios de integralidad y continuidad, la concesión del tratamiento integral implica que el servicio de salud englobe de manera permanente la totalidad de los componentes que el médico tratante dictamine necesarios ya sea para el pleno restablecimiento de la salud o para mitigar las dolencias que impidan mejorar las condiciones de vida de la persona"^[74].

Para que un **juez emita la orden de tratamiento integral debe verificarse la negligencia de la entidad prestadora del servicio de salud en el cumplimiento de sus deberes. Así mismo, se requiere constatar que se trate de un sujeto de especial protección constitucional y/o que exhiba condiciones de salud "extremadamente precarias"^[75]. Esta orden debe ajustarse a los supuestos de "(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o por cualquier otro criterio razonable"^[76].**

12. Como puede verse, el principio de integralidad es un mandato que irradia toda la actuación de las entidades prestadoras de servicios de salud dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por su parte, el tratamiento integral es una orden que puede proferir el juez constitucional ante la negligencia de estas entidades para asegurar la atención en salud a personas con condiciones de salud que requieren una protección reforzada en este sentido bajo la condición de que se demuestre, según se indicó, que existe una reiterada negligencia por parte de las EPS."NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

En lo que atañe a la solicitud de autorización de recobro ante el ADRES deprecada por la entidad accionada, debe acudirse a lo dispuesto por la Corte Constitucional en auto 389 de 2021, veamos:

(...)

"... La Sala encuentra, en primer lugar, que el proceso judicial de recobro no corresponde, en estricto sentido, a una controversia relativa a la prestación de servicios de la seguridad social. **Dicho procedimiento se adelanta cuando ya la entidad prestó el servicio (el tratamiento o el suministro del insumo excluido del PBS), en virtud de la orden proferida por un comité técnico científico –en su momento– o por un juez de tutela; es decir, no tiene por objeto decidir sobre la prestación del servicio sino sobre su financiación. En este sentido, el recobro busca resolver un desequilibrio económico entre el Estado y una EPS, de manera que esta última lo que pretende es recuperar los recursos que debió destinar para cubrir asistencias a las que no se considera obligada por estimar que no**

hacen parte de la cobertura del Plan de Beneficios en Salud. En ese orden, el recobro no pretende garantizar en forma directa que el servicio o la tecnología en salud efectivamente sean prestados.

No se debe olvidar que los recobros tienen la virtualidad de permitir que los recursos del sistema fluyan adecuadamente y que, de esta forma, tienen repercusiones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud^[49]. Sin embargo, esta relación es meramente indirecta y condicional (circunstancial), pues materialmente el procedimiento de recobro constituye una controversia económica, no de salud en estricto sentido, que formula la EPS ante el Estado por haber asumido obligaciones que considera ajenas a lo que estaba legal y reglamentariamente obligada a cumplir.

25. En segundo lugar, las controversias relacionadas con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el PBS y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud vinculan, en principio, a las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ADRES. En este tipo de controversias, en consecuencia, no intervienen afiliados, beneficiarios, usuarios ni empleadores..."

(...)

32. En este punto es necesario precisar que el procedimiento de recobro constituye una garantía a favor de las EPS, con la finalidad de que estas puedan reclamar el reembolso de los servicios y tecnologías prestados en virtud de una orden judicial en el marco de una acción de tutela, o de una orden proferida por los comités técnicos científicos^[57]; siendo que su prestación se ordenó a pesar de que, en principio, no podía ser cubierta por la EPS pues, estas tienen la obligación de "[...] suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud [...]"^[58].

(...)

"...el recobro no es una simple presentación de facturas, sino que constituye un verdadero trámite administrativo que busca garantizar el propósito de la ADRES consistente en administrar las fuentes y el uso de los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud, bajo los principios de eficiencia, transparencia y calidad."

(...)

Así las cosas, comoquiera que los procedimientos de recobro son la expresión de actuaciones administrativas regladas en cabeza de una entidad pública, es razonable que su control deba estar a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa, especialmente si se tiene en cuenta que el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 dispone expresamente que dicha jurisdicción "está instituida para conocer [...] de **las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo**, en los que estén involucradas las entidades públicas" (negrillas fuera de texto)."

Bajo este panorama y de cara a lo expuesto por la entidad accionada al sustentar la impugnación, advierte la Sala que, el Juez de primer grado concluyó la procedencia de conceder la protección del **tratamiento integral** requerido por la menor **SAMANTA MOGOLLÓN FERNÁNDEZ**, en virtud de las patologías **DOLOR PRECORDIAL, SÍNTOMAS PRESINCOPALES Y CIANOSIS**, cuyo tratamiento se encuentra truncado por la NUEVA EPS al no materializarse los procedimientos médicos ordenados por su médico tratante, esto es: **atención por interconsulta en cardiología** y examen **tiroidea estimulante TSH**, procedimiento que, si bien se autorizó por la entidad accionada, al momento de la interposición de este amparo no había materializado.

Así las cosas, nos encontramos ante un sujeto de especial protección, esto es, una menor de 7 años que tiene un diagnóstico de **DOLOR PRECORDIAL³** y **TAQUICARDIA NO ESPECIFICADA⁴**, requiriendo desde el mes de marzo de 2022 varios servicios médicos para la atención de las mismas sin que al momento de la interposición de esta acción constitucional se hubiesen materializado, luego, se torna evidente el actuar negligente de la NUEVA EPS, entidad que no ha prestado de manera oportuna la atención que requiere la menor, y en ese sentido, la protección al tratamiento integral se torna razonable a fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante que requiera la menor Mogollón Fernández, ello en razón a la patología que motivó la

³ Ver página 10 y ss del archivo denominado: "01Escritotutelayanexos.pdf" de la Carpeta C01PrimerInstancia del expediente electrónico.

⁴ Ver página 18 y ss del archivo denominado: "01Escritotutelayanexos.pdf" de la Carpeta C01PrimerInstancia del expediente electrónico.

presentación de esta acción constitucional, esto es, **DOLOR PRECORDIAL Y TAQUICARDIA NO ESPECIFICADA.**

En este orden de ideas, la Sala **CONFIRMARÁ** la decisión del Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, Antioquia fechada del 03 de noviembre de 2022, con relación a la protección a los derechos fundamentales a la salud y seguridad social. No obstante, se **MODIFICARÁ** las patologías que son objeto de protección, pues las mismas atañen a los diagnósticos de DOLOR PRECORDIAL Y TAQUICARDIA NO ESPECIFICADA.

Finalmente, en lo que respecta a la solicitud de autorización del recobro ante el ADRES por los dineros pagados por la NUEVA EPS, es pertinente señalar que, lo solicitado es propio de un trámite administrativo cuyo objeto no es garantizar la prestación del servicio, sino su financiación, luego no compete al objeto de esta acción constitucional y, en ese sentido, cualquier discusión al respecto debe dirigirse ante la autoridad competente.

En mérito de lo anteriormente expuesto, y sin necesidad de más consideraciones al respecto, **LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA,**

6. RESUELVE

PRIMERO: SE MODIFICA el numeral primero de la parte resolutive del fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, Antioquia, fechado del 03 de noviembre de 2022, en el entendido que, las patologías que padece la menor

SAMANTA MOGOLLÓN FERNANDEZ corresponden a **DOLOR PRECORDIAL Y TAQUICARDIA NO ESPECIFICADA.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión proferida por el juez de primer grado.

TERCERO: Entérese de esta sentencia a las partes en la forma prevista legalmente y remítase dentro del término legal el proceso a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **746d7527a73bd81b4851e1d56f8807c31490ae24f244dcb4ac5b69b66175e486**

Documento generado en 14/12/2022 06:19:45 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Rdo. Único: 05887600035520220089

No. Tribunal: 2022-1717-2

Procesado: DIEGO HERNANDO PERIAÑEZ

Delito: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO

Asunto: SE CONFIRMA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Medellín, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Aprobado según acta Nro. 117

1. ASUNTO

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el fiscal 59 local de Antioquia, Doctora Nidia Elizabeth Guevara, contra la decisión proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el día 01 de noviembre de 2022, por medio de la cual NEGÓ la preclusión de la investigación penal adelantada en contra del señor DIEGO HERNANDO PERIAÑEZ.

2. HECHOS

¹ El presente código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente, hasta su entrega en la Sala de la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Para su lectura se requiere la aplicación- descargar en Play Store lector QR.

Para los efectos que interesa al recurso de alzada, los mismos fueron esbozados por la delegada del ente acusador, en la diligencia de preclusión, en los siguientes términos:

“El día 01 de junio del 2022 en el sector del corregimiento el Cedro sector del pueblito cuyas coordenadas N 7° 10' 8.543" W75° 21'43.912" miembros del ejército nacional estaban realizando labores de control y registro en el sector, cuando observaron una motocicleta conducida por un hombre que llevaba otra persona de sexo masculino y en la parrilla de la motocicleta una caja de cartón amarrada siendo esto sospechoso para ellos le solicitan un registro voluntario, a lo cual el conductor de la motocicleta, es decir, el señor, Diego Hernando Periañez accede voluntariamente estacionando el vehículo en la vía. Acto seguido se baja el parrillero de la motocicleta y aprovechando un descuido del personal uniformado emprende la huida tirándose por un abismo, siendo imposible su detención. De inmediato detienen al conductor de la motocicleta, es decir, al señor Diego, por lo que proceden a inspeccionar la caja de color café, la cual contenía 15 paquetes de diferentes dimensiones con envoltura metalizada forradas en en papel plástico transparente (papel chicle) cuyo interior contiene una sustancia rocosa de color beige que por su olor y características se asemejan a la base de coca. Se le da aviso al personal de vigilancia, quienes una vez, arriman al lugar dan a conocer al señor Diego Hernando Periañez Periañez, llevándolo a las instalaciones policiales del municipio de Yarumal a realizar la debida judicialización ya que en el sitio que se encontraban era zona rural y de difícil acceso por lo cual la ciudadanía que se encontraba en el sitio (aproximadamente unas 30 personas) reaccionan entorpeciendo el procedimiento y trataron de impedir la captura realizando una asonada. Pasados unos 45 minutos de dialogar con la comunidad para que dejaran efectuar la captura se logró realizar el traslado hacia el municipio de Yarumal en un vehículo particular de uno de los habitantes del corregimiento en compañía de unos familiares. Se dejó constancia que fue imposible transportar la motocicleta debido a que las personas se mostraron molestas por el procedimiento impidiendo el traslado de la misma, simplemente se realizó el registro fotográfico de la motocicleta y se trasladaron de inmediato a las instalaciones judiciales para realizar la debida judicialización, no sin antes anotar que el funcionario de policía judicial realizó la prueba preliminar de PIPH, la cual había dado positivo para cocaína. Asimismo, se indicó que en el momento de la captura, diego de manera voluntaria manifestó que fue contratado por la persona que emprendió la huida para transportar un mercado desde la zona rural sector “el pueblito” hacia la avenida sector de “ventanas” vía nacional”.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por estos hechos, el 2 de junio de 2022 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Yarumal, se legalizó la captura de Diego Hernando Periañez Periañez, así como la incautación de la sustancia estupefaciente hallada en poder del indiciado.

En la misma fecha, la Fiscalía le formuló imputación como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado bajo el verbo rector "transportar" previsto en los artículos 376 inciso 1 y 384 N° 3 del C.P., cargos que no fueron aceptados por el imputado. Por solicitud de la Fiscalía, el procesado fue afectado con medida de aseguramiento privativa de la libertad en su residencia, concediéndosele, además permiso para trabajar.

El 30 de septiembre de 2022, la Fiscalía radicó solicitud de preclusión en favor del procesado, por encontrarse incurso en la causal 5 del artículo 332, esto es, ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.

En uso de la palabra, la fiscal asignada para la causa, expone los argumentos de su solicitud, relatando primigeniamente los hechos objeto de la presente causa, dar lectura al informe ejecutivo FPJ-3, recomendación firmada por los presidentes de las juntas de acción comunal de las distintas veredas del sector, documento firmado por miembros de la comunidad, informe de investigador de campo FPJ-11 de fecha 6 de junio de 2022 suscrito por el SI Sigifredo Quiceno Domínguez, informe de investigador de campo FPJ-11 de fecha 24 de octubre de 2022 suscrito por el SI Sigifredo Quiceno Domínguez sobre análisis a la información extraída del teléfono celular que le fuera incautado al capturado, concluyendo que no existe certeza que el procesado fuera el dueño de la base de coca el día de su captura o en su defecto, este dedicado a traficar con este tipo de sustancias, informe de investigador de campo FPJ-11 de fecha 30 de septiembre de 2022, suscrito por Rudibelson

Arquez Paultt, investigador del CTI mediante el cual allega un interrogatorio que se le hizo al señor Periañez el 29 de septiembre, fotografías de su instrumento de trabajo, es decir, la motocicleta de placas FMT 43F así como fotografías del libro de la JAC donde aparecen un listado de personas que prestan el servicio de mototaxismo en el corregimiento la Cruzada, fotografía del carnet de la JAC La Cruzada que lo acredita como mototaxista del corregimiento la Cruzada, Cedros, las ventanas y el pueblito, informe de campo FPJ-11 de fecha 30 de septiembre de 2022 suscrito por el señor William Ernesto Delgado Sanabria allegándose entrevistas de la señora Elida Velásquez Mesa quien es presidente de la JAC del corregimiento el pueblito de Yarumal, Marley Andrea Eusse Presidenta JAC El Cedro, argumenta para tal fin que: (i) el procesado fue contratado por otra persona para llevar un mercado del sector el pueblito hacia el sector ventanas; (ii) cuenta con unas entrevistas recopiladas por la defensa que reafirman la no responsabilidad del procesado en los hechos; (iii) Así las cosas, según los elementos materiales recopilados se evidencia que el procesado no participó en los hechos investigados.

Por su parte, la defensa coadyuva la solicitud de la delegada del ente acusador.

Una vez analizados los argumentos presentados por la Fiscalía y estudiados los elementos materiales probatorios, la funcionaria de primer grado negó la solicitud preclusiva invocada.

4. PROVIDENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN

la A quo, luego de realizar el recuento de los fácticos, la actuación impartida y los argumentos que sustentan la pretensión, decidió NEGAR la preclusión de la investigación, con fundamento en los siguientes argumentos:

- El informe de investigador de campo FPJ-11 de fecha 24 de octubre de 2022 suscrito por el SI Sigifredo Quiceno Domínguez sobre análisis a la información extraída del teléfono celular que le fuera incautado al capturado, concluyendo que no existe certeza que el procesado fuera el dueño de la base de coca el día de su captura o en su defecto, este dedicado a traficar con este tipo de sustancias, no cuenta con elementos materiales de prueba que soporten su conclusión.
- Las entrevistas y los informes firmados por los presidentes de las distintas juntas de acción comunal, son insuficientes para demostrar la no participación del procesado en el hecho investigado.
- Se desconoce a ciencia cierta si el procesado utiliza como fachada su labor de mototaxista para ejercer la labor por la cual fue capturado.
- No se cuenta con información suficiente sobre la llamada que sostuvo con el parrillero que lo contacto, y al cual le realizó el viaje, así como si existía alguna relación entre esas dos personas
- Existen dos indicios relevantes sobre los que la Fiscalía debe ahondar, son: i) la captura en flagrancia y ii) la conversación sostenida entre el procesado y otra persona de nombre Miguel Punta, dialogando sobre plantaciones de cocaína, dilucidando que el narcotráfico parte de una cadena de sucesos, que comienza con el cultivo de plantaciones ilícitas hasta la culminación de la distribución, porte, transporte o venta de los alucinógenos, lo que llevaría a pensar que el procesado puede estar inmerso en esas actividades.
- Si bien en el sector en el que fue capturado el procesado, delinquen grupos ilegales al margen de la ley, como clan del Golfo, ELN, FARC, organizaciones que financian sus actividades ilegales, en vezes del narcotráfico, la Fiscalía no logró demostrar que el encausado no cuente con vínculo alguno con los mencionados grupos insurgentes.

A la sazón, para la a-quo no existen pruebas suficientes para acceder a la solicitud de preclusión, además que la delegada asignada para la causa, debe labrar actos de investigación con mayor acuciosidad.

En armonía con lo anterior, la señora Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Antioquia, resolvió negar la preclusión de la investigación penal a favor del señor Diego Hernando Periañez.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

La Dra. Nidia Elizabeth Guevara Ortega, fiscal 59 local de Antioquia, en calidad de titular de la dependencia, se aparta de la decisión adoptada en primera instancia por la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado, y sustenta los motivos de su disenso en los siguientes términos:

Adujo que en interrogatorio a indiciado realizado al capturado, se explicó detalladamente la manera como fue contactado por el parrillero que huyó, así como las labores que realiza como mototaxista. Se adelantaron diligencias de entrevista, vía celular y medios tecnológicos, comprobándose a través de las entrevistas a la presidenta de la JAC El Cedro- Marley Andrea Eusse, Elida Velásquez Mesa Presidenta de la JAC El Pueblito- la labor a la que se dedica, si tiene negocios de tráfico de estupefacientes, entre otra serie de interrogantes, los cuales confirman la declaración firmada por otras 50 personas, en la que se asevera que la labor del procesado es la de mototaxista y no de la de trabajar con grupos insurgentes al margen de la ley.

Explica el informe rendido por el I. Sigifredo Quiceno, insistiendo que en el mentado documento se concluye que no es posible establecer la participación del ciudadano en el hecho delictivo por el que fue capturado. Declara que, si bien en el celular del procesado se encontraron fotos de cultivos de plantaciones denotando interés por las mismas, ello no es indicativo, que aquel este dedicado al cultivo de dicha droga, tal como lo determinó el analista.

Así, establecido como quedó, que el señor Periañez Periañez es un mototaxista, por lo que en sentir de la fiscalía, se pudo establecer con

suficiente certeza que aquel, es totalmente ajeno a la conducta que se investiga, de conformidad con la prueba compilada.

Considera que debe revocarse el fallo de instancia, y en su lugar, decretarse la preclusión de la investigación en favor del señor Diego Hernando Periañez.

6. NO RECURRENTES

La defensa pide se revoque la decisión de primera instancia y se acceda a la solicitud de preclusión alegada por el fiscal delegado para la causa.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1 Competencia

Es competente la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, conforme al precepto contenido en el artículo 34 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal.

7.2. Caso Concreto

De acuerdo a la reseña de los antecedentes, el problema jurídico a resolver consiste en establecer si, en el estado actual de la investigación, es absolutamente claro que el señor Diego Hernando Periañez, no participó del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, pues simplemente fue contratado por un sujeto desconocido para que lo transportara y así llevar unos víveres hasta otra vereda, como lo sostiene la Fiscalía –apelante- coadyuvada por la Defensa. O si, por el contrario,

existen actos de averiguación pendientes que permitirían determinar la viabilidad de su procesamiento a través de la formulación de acusación, que es la posición –impugnada– del juez primigenio.

El artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 003 de 2002, impone a la Fiscalía General de la Nación la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos penalmente relevantes que sean conocidos por cualquier medio legalmente permitido, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia.

También dispuso la citada norma superior que la Fiscalía General de la Nación deberá solicitar al juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones *“cuando, según lo dispuesto en la ley, no hubiese mérito para acusar.”*².

Así, en los artículos 331 a 335 del Código de Procedimiento Penal previsto en la Ley 906 de 2004, se reglamentó lo referente a la preclusión sin que se precisara fase alguna para su aplicación, entendiéndose por tanto que en cualquier etapa de la actuación, esto es, en la indagación, en la investigación o en el juicio, puede acudirse a dicho instituto procesal, acreditando fehacientemente las causales de procedencia contenidas el artículo 332 del estatuto procesal en cita, en concordancia con el artículo 77 ib. y artículo 82 del Código Penal.

De acuerdo con las disposiciones citadas, es al juez de conocimiento³ a quien le corresponde decidir si la preclusión instada por la Fiscalía o excepcionalmente por el Ministerio Público y la defensa, según el parágrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, resulta procedente, previa acreditación de alguna o algunas de las causales invocadas y

² Cfr. Artículo 250 de la C. P., numeral 5 del tercer inciso.

³ La Corte Constitucional se pronunció en el mismo sentido en la sentencia C – 591 de 2005.

acreditadas por el peticionario o que llegaren a surgir de los medios de convicción aportados.

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad excepcional que tiene la Fiscalía para disponer el archivo de las diligencias únicamente en la etapa de indagación preliminar, cuando advierta en forma objetiva que los hechos no han ocurrido o carecen de entidad delictiva, siendo vedado realizar cualquier examen de los aspectos subjetivos, pues en tal caso deberá acudir a la preclusión.

En cuanto hace a los motivos para disponer la preclusión, los artículos 331 y 332 de la Ley 906 de 2004, facultan exclusivamente al Fiscal para deprecarla en cualquier etapa del proceso, bien sea por ausencia de elementos de prueba suficientes para sustentar la acusación o por acreditarse cualquiera de los siguientes eventos: a) imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; b) existencia de alguna causal excluyente de responsabilidad regulada en el catálogo punitivo; c) inexistencia del hecho investigado; d) atipicidad de la conducta; e) ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; f) imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; y g) vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho código, esta última con la salvedad indicada por la Corte Constitucional en la sentencia C-806 de 2008, que no se trata de una causal objetiva de imperiosa aplicación.

Ahora bien, la decisión de preclusión corresponde adoptarla al juez de conocimiento, dado que se trata de una función jurisdiccional de la cual fue despojada la Fiscalía General de la Nación en el nuevo esquema procesal oral acusatorio, pues constituye una concreción del derecho a la justicia, en tanto que comporta la cesación de la acción penal y en algunos eventos se materializa la inocencia del investigado, concluyendo un conflicto sometido al conocimiento del aparato judicial de forma definitiva, con igual fuerza de cosa juzgada que la sentencia.

En tal virtud, para la procedencia de la preclusión se requiere la plena demostración de las causales que se invocan, como quiera que implica la terminación anticipada y perentoria del proceso.

En CSJ AP, 18 Jun. 2014, Rad. 43797, la Corte reiteró su jurisprudencia así:

“Acerca de la preclusión y sus efectos, la jurisprudencia y la doctrina de manera unánime han pregonado que es imprescindible la demostración plena de la causal invocada, de modo que si perviven dudas sobre su comprobación, el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite.

Sobre el particular, esto dijo la Sala en sentencia del 25 de mayo de 2005, radicado 22.855:

Significa lo anterior que la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal” (cfr. CSJ AP, 24 jun. 2008, Rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, Rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604, entre otras).”

Es así como la solicitud de preclusión debe estar acompañada de la presentación y análisis de las evidencias y elementos materiales de prueba acopiados en el curso de la actividad investigativa, que lleven al convencimiento del juzgador sobre la ocurrencia de las causales invocadas.

Sobre tales medios cognoscitivos, el Capítulo Único del Título II de la Ley 906 de 2004, artículos 275 a 285; enuncia cuáles pueden ser utilizados tanto en la indagación como en la investigación, en aras de acreditar los supuestos fácticos tendientes a obtener el efecto jurídico que se persigue, en este caso la preclusión.

A este respecto, el órgano colegiado de cierre en nuestra jurisdicción ha precisado:

“En el grupo de los medios cognoscitivos propios de las fases de indagación e investigación el código incluye cinco categorías: (i) los elementos materiales probatorios y evidencia física, (ii) la información, (iii) el interrogatorio a indiciado, (iv) la aceptación del imputado, y (v) la prueba anticipada⁴. (...).

Por elementos materiales probatorios y evidencia física el código entiende los relacionados en el artículo 275, y los similares a ellos que hayan sido descubiertos, recogidos y custodiados por la fiscalía directamente, o por conducto de sus servidores de policía judicial o de peritos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente; y los obtenidos por la defensa en ejercicio de las facultades consagradas en los artículos 267, 268, 271 y 272 ejusdem.

Un sector de la doctrina pretende encontrar diferencias entre los conceptos de elemento material probatorio y evidencia física, a partir de entender que el primero siempre tiene vocación probatoria, como se infiere de su predicado, mientras que la evidencia puede cumplir esta condición, o tener sólo el carácter de elemento con potencial simplemente investigativo, de utilidad en el campo de las actividades exclusivamente averiguatorias.

Esta diferenciación carece de importancia en el sistema colombiano, porque el legislador utiliza los dos giros gramaticales en el alcance de expresiones sinónimas, concretamente en la acepción de contenidos materiales con significación probatoria, que es en la que corresponde asumirlas para que adquieran sentido, si se tiene en cuenta que lo que carece de aptitud demostrativa específica no interesa al procedimiento penal, ni puede ser utilizado como medio cognoscitivo para sustentar decisiones judiciales en el curso del proceso.

Un repaso a los antecedentes inmediatos del código permite establecer que el proyecto original utilizaba únicamente la expresión “elementos materiales probatorios” (artículo 284), como enunciado de su definición, y que en el curso de los debates en la Cámara de Representantes le fue agregada la expresión “y evidencia física”, sin modificar el contenido de la norma, que continuó siendo el mismo, en el propósito, no registrado, de conciliar la discusión que venía presentándose alrededor de cuál de las dos expresiones resultaba más técnica, lo que indica que su voluntad fue utilizar las dos de manera indistinta.

La información comprende los denominados informes de investigador de campo y de investigador de laboratorios, conocidos también como informes policiales e informes periciales, de que tratan los artículos 209 y 210 del código, y toda

⁴ Artículos 275-285 de la Ley 906 de 2004.

fuente de información legalmente obtenida que no tenga cabida en la definición de elemento material probatorio y evidencia física, como las entrevistas realizadas por policía judicial, las exposiciones tomadas por la fiscalía (artículo 347) y las declaraciones juradas rendidas ante los Alcaldes, los Inspectores de Policía o los Notarios Públicos, a instancias de la defensa (artículo 272).

El interrogatorio a indiciado, la aceptación del imputado y la prueba anticipada, no suscitan dificultades en su comprensión, en cuanto aparecen claramente definidos y regulados en los artículos 282, 283 y 284, siendo suficiente, para su aducción y apreciación en sede de revisión, que formalmente cumplan las reglas de producción exigidas por el código para alcanzar la condición de elemento cognoscitivo legalmente válido. (cfr. CSJ AP 15 oct 2008, Rad. 29626).

Lo primero que deberá mencionarse es que el recurso presentado por la Fiscalía apenas reitera lo anotado en su solicitud, buscando significar que su visión de lo que contienen los medios suarios hasta ahora arrimados, es la adecuada. Así, ha de entenderse que no controvertió el análisis y los argumentos efectuados por el funcionario de primer grado, no obstante, en virtud del principio de caridad⁵, la Sala pasará a exponer las razones que la llevarán a desatender la argumentación que expuso la opugnante.

Sobre la preclusión por la causal 5ª consistente en la ausencia de participación del imputado en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, la Fiscalía sustenta su pretensión en el informe de investigador de campo FPJ-11 de fecha 24 de octubre de 2022 suscrito por el SI Sigifredo Quiceno Domínguez sobre análisis a la información extraída del teléfono celular que le fuera incautado al capturado, concluyendo que no existe certeza que el procesado fuera el dueño de la base de coca el día de su captura o en su defecto, este dedicado a traficar con este tipo de sustancia.

⁵ El principio de caridad comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible (CSJ AP, 9 de septiembre de 2015, rad. 46235).

Así mismo, argumentó la delegada de la Fiscalía que la versión dada por Diego Hernando Periañez, así como los distintos interrogatorios a habitantes del sector, resulta suficientemente indicativa de que el encausado se limita a laborar como mototaxista, y para el día de los hechos, la persona que escapo y se escabulló de los militares, era la dueña de la encomienda que transportaba.

Respecto de la causal 5ª del art. 332 del C. de P.P invocada por la fiscalía, esto es, la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado ha indicado la jurisprudencia:

“[...] supone la presencia de evidencia física o elementos probatorios que trasmitan la certidumbre sobre la total ausencia de compromiso del imputado en el hecho materia de investigación, esto es, que a partir de esos medios de cognición se pueda inferir con suficiente certeza que el indiciado no tuvo ninguna participación, ni como autor, coautor, cómplice o interviniente en la conducta punible, vale decir, que es totalmente ajeno a ella”⁶

Con esas apreciaciones, a juicio de la Sala, los elementos materiales de prueba no permiten afirmar con plena convicción la causal invocada, en tanto que campean serias dudas sobre la no participación del encausado en la causa criminal por la que se investiga, primero porque en el informe ejecutivo FPJ-3 formato único de noticia criminal firmado por la patrullera María Fernanda Cárdenas Pico, en el acápite de anexo relato de hechos se consigna “causa curiosidad el relato del indiciado toda vez que los alimentos en estas zonas de difícil acceso los ingresan es del casco urbano hacia la zona rural”, situación de la cual, no se advierte corroboración por parte de la delegada del ente persecutor.

Segundo, porque del informe suscrito por el Intendente Jefe, Sigifredo Quiceno Domínguez, fechado el 24 de octubre de la presente anualidad, se concluye que “*Para finalizar con el análisis de las conversaciones de la*

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 31537 del 17 de junio de 2009.

mensajería instantánea de WhatsApp, me permito indicar al despacho que, no se halló dialogo alguno que relacione al señor DIEGO HERNANDO PERIAÑEZ PERIAÑEZ, con cupo numérico Nro. 1.992.781.343, con la venta y distribución de sustancias estupefacientes como lo es la base de coca, tampoco se pudo evidenciar que, la sustancia incautada en el procedimiento de captura en flagrancia haya sido de su propiedad, pero si se puede inferir que al parecer el señor DIEGO HERNANDO PERIAÑEZ PERIAÑEZ, cultiva matas de coca". Ese análisis en modo alguno descarta la participación del encartado en el andamiaje criminal que se teje alrededor del punible por el que ahora se investiga.

Es más, tampoco la fiscalía hizo mención si se ha adelantado alguna pesquisa para determinar en qué términos se presentó la comunicación entre el sujeto que lo contrato para el traslado de la encomienda y él, para establecer la convicción que arrojaría la llamada *trazabilidad* de la comunicación que, en modo alguno, mencionó la fiscalía como una forma de demostrar su sustento para edificar, la ausencia de participación del investigado en el transporte de la droga que le fuera hallada.

A ciencia cierta, se sabe que el procesado llevaba en su poder la droga incautada, a la postre, con las certificaciones expedidas por los distintos presidentes de las Juntas de Acción Comunal del sector, en cuanto a que no creen que Diego Hernando haya tenido participación en tan ilícito comportamiento, como también lo piensa y reflexiona la comunidad de la vereda el Cedro. Esto se debe al excelente comportamiento que había demostrado el procesado durante su vida, como persona y como vecino pero, prestando además la labor de mototaxista, que sea preciso decir, no es el intachable proceder que haya tenido Periañez Periañez en otrora por el que se le juzga, sino el acto delictivo desarrollado por el que fuera capturado el 1 de junio de 2022, es decir, un hecho puntual y concreto del que en aplicación al proceso debido en un Estado Social y Democrático de Derecho como el que nos gobierna debe aplicarse.

Quiere decir lo anterior que no aparece descartada plenamente la participación del investigado en el transporte del alijo incautado pues hasta este momento son innumerables los interrogantes que se ciernen sobre la participación o no, de aquel en el alijo que le fuera encontrado en su poder, mientras en compañía de otra persona, lo transportaba, como una encomienda de comida para el que fuera contratado.

En este orden de ideas, la Corporación debe coincidir con la a-quo en que se debe analizar con mayor detenimiento el asunto, realizándose un ejercicio investigativo más amplio, para luego efectuar una valoración conjunta de todo el material probatorio recaudado y determinar el curso a seguir. Por tanto, el proveído materia de alzada habrá de ser CONFIRMADO.

Sin necesidad de más consideraciones, con fundamento en los argumentos expuestos, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

8. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión objeto del recurso de alzada emitida por la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el día 1 de noviembre de 2022, por medio de la cual se negó LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN solicitada por la Fiscalía a favor del señor DIEGO HERNANDO PERIAÑEZ PERIAÑEZ respecto del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

SEGUNDO: Se hace saber que en contra de esta determinación no cabe recurso alguno.

TERCERO: DEVOLVER la actuación de forma inmediata al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

DEVUÉLVANSE LAS DILIGENCIAS Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **cb4b6a1dff89dae393559596ed523971f72c05372a0e21c9a93f7e74b96efa38**

Documento generado en 14/12/2022 06:19:21 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Radicado: 056153104001202200118

Rdo. Interno: 2022-1794-2

Accionante: Martha Carolina Velásquez Yepes

Accionado: Fiscalía local 106 del Carmen De Viboral

Vinculado: Juzgado 1 Promiscuo Municipal del Carmen de Viboral – Diego Fernando Díaz Herrera – Jhon Fredy Cárdenas.

Actuación: Fallo tutela de 2ª Instancia No. 041

Decisión: Se confirma

Medellín, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)
Aprobado según acta No. 118

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación interpuesto por el apoderado de la señora Martha Carolina Velásquez Yepes contra el fallo de tutela proferido el día 26 de octubre de 2022, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia, mediante el cual declara improcedente la acción de tutela instaurada por el accionante.

¹ El presente Código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente hasta su entrega en la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Para su lectura se requiere aplicación- descargar en Play Store- lector QR.

2. LA DEMANDA

Los hechos de la tutela fueron señalados por el Juez de primera Instancia de la siguiente forma:

“Relata el apoderado judicial del accionante, que el día 25 de marzo de 2022, la señora Martha Carolina Velásquez Yépez, interpuso ante la fiscalía General de la Nación, una denuncia de manera virtual, por lo que consideró una conducta delictiva que vulneraba su patrimonio y que recaía sobre un automotor Ford Explorer modelo 2017, placas DSR657, denuncia registrada el 28 de marzo de 2022, bajo el CUI 056156099153 2022 50785, que entregó al señor Diego Fernando Díaz Herrera, desde el 24 de mayo de 2019 y del cual pese a haberlo solicitado, nunca obtuvo cuentas ni mucho menos dineros, ni devolución del vehículo.

Dice que como consecuencia de esa denuncia, el vehículo fue retenido el 4 de junio de 2022, al mando de Jhon Fredy Cárdenas a en el Municipio de Florida blanca Santander, y dicho vehículo quedó a disposición de la delegada ante los juzgados del Carmen de Viboral.

Manifiesta que el Juzgado Promiscuo Municipio de El Carmen, llevó a cabo el 11 de agosto de 2022, audiencia preliminar de devolución del vehículo de la accionante, con la participación de los interesados en dicho trámite el señor Diego Diaz Herrera en calidad de denunciado y Marta Carolina Velásquez en calidad de denunciante con sus respectivos abogados, y en dicha diligencia preliminar al despacho se abstuvo de determinar a quién debía entregarse el vehículo, en virtud de que el juzgado consideró que era la delegada de la fiscalía era la que debía realizar la devolución del automotor en mención, y que dicha entrega debía proceder luego de verificar quien ostentaba las mejores condiciones de legitimación para que el rodante fuera devuelto en consecuencia.

Agrega que posterior a la audiencia y sin que mediara oportunidad para que valorara las pruebas que aportara la accionante, y sin que fuera notificada de la decisión que la afectaba, ni le informaran a la defensa, la fiscalía determinó sin motivar en lo absoluto, entregar el vehículo al señor Diego Fernando Díaz Herrera, sin que se cumpliera con la orden judicial, en lo atinente a entregar el vehículo a quien demostrara en el marco de un trámite jurisdiccional el mejor derecho para sobre el objeto retenido. La fiscalía tampoco respeto el mínimo debido proceso para adelantar un trámite que implicaba la afectación del derecho al patrimonio de la accionante.

Por lo descrito, solicitó al Juzgado, tutelar el debido proceso a la señora MARTA CAROLINA VELASQUEZ YEPEZ, y le ordenara a la fiscalía propiciar el escenario que le permita a la tutelante pronunciarse y ejercer las acciones propias dentro del procedimiento de entrega de vehículo".

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de Primera Instancia con fundamento en los elementos de prueba allegados a la actuación, de las normas legales y fundamentos constitucionales, declara improcedente la acción de tutela, al considerar que:

(...)

"Se tiene que de lo analizado dentro de la acción tutelar, no se desprende que la retención del vehículo automotor Ford Explorer modelo 2017 con placas DSR657, se haya originado por la denuncia que hiciera la accionante en contra del señor DIEGO FERNANDO DIAZ HERRERA, pues como se puede advertir del análisis, al parecer lo que se generó fue un negocio jurídico, que debe ser resuelto mediante la jurisdicción ordinaria, pues así se dejó plasmado tanto por la judicatura como por la Fiscalía General a través de su delegada.

No se evidencia por parte de este despacho que se haya vulnerado derecho fundamental alguno, pues sólo se allegó al escrito tutelar la denuncia presentada, pero no se aportó al expediente orden judicial alguna por medio del cual se hubiera ordenado la retención del vehículo en virtud del proceso penal a que hace alusión el apoderado de la accionante, y que el ente acusador haya omitido un debido proceso para la entrega del mismo, por lo que es palmaria la inviabilidad del auxilio implorado, pues su ejercicio impone el agotamiento previo de todos los instrumentos a disposición del interesado, dado su carácter eminentemente residual para los trámites ante la jurisdicción ordinaria.

Súmese a lo discurrido, que no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable por la decisión adoptada por el delegado fiscalía como tampoco en su momento por el juzgado de control de garantías, habiéndose valido de los argumentos legales necesarios para despachar en forma desfavorable la petición de la actora ante dicha sede judicial. Escenario que lleva a concluir la no existencia de necesidad de intervención urgente e impostergable del juez de tutela.

Se tiene entonces que, en el caso particular, no se supe la exigencia residual de la acción constitucional, tampoco se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable y el accionado cuenta con otros medios judiciales de defensa, como se indicó; en ese sentido resulta improcedente el amparo constitucional.

EN VIRTUD DE LO ANTERIOR, RESOLVIÓ:

“PRIMERO: Denegar por Improcedente la presente acción constitucional instaurada por el doctor Carlos Rentarúa López, en calidad de representante judicial de la señora Martha Carolina Velásquez Yepes, por los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión”.

4. DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La señora Martha Carolina Velásquez Yepes, accionante en la presente acción constitucional, a través de su apoderado impugnó la sentencia de primera instancia al estar en desacuerdo con la decisión del juez de primera instancia, al indicar que:

(...)

“Es necesario establecer que la valoración de la primera instancia desenfocó de manera notable el análisis sobre los hechos constitutivos de la vulneración al debido proceso de los que se ha acusado como responsable a la Fiscalía General de la Nación a través de su delegada, puesto que dentro de la actividad que la tutela describe en sus hechos, era la Fiscalía la entidad encargada de generar la entrega provisional de dicho objeto.

De esa manera el hecho descrito en la acción de tutela entraña a que escenario se enfrentaba la Fiscalía, esto es, a quien entregar un rodante que se encontraba bajo una retención accesoria a un proceso penal. (...).

Llegados a ese punto es necesario establecer si a la fiscalía para realizar dicha actividad le era exigible el despliegue y la propiciación de un escenario que permitiera, no solo la valoración de los elementos aportados por una de las partes en contienda, tal y como ocurrió en el presente caso y fuera la base argumentativa de respuesta de la accionada, sino que debe analizarse cuáles fueron las acciones que generó o desplegó la delegada fiscal, para que mi representada pudiera ser escuchada, y pudiera aportar los elementos que pudieran garantizar la discusión, es más, la tutela se basó en afirmar que la fiscalía no estableció un periodo para entrega de elementos, o una audiencia de conciliación donde estos elementos pudieran debatirse, ni la notificación de la decisión que afectaba los intereses de mi representada, es más, de la respuesta dada por la fiscalía para contestar al juez de tutela no aparece ni una sola valoración de los elementos que la fiscalía tenía en su poder y que eran base de la denuncia, y que por

tanto respaldarían el desarrollo y el respeto por el debido proceso y de mi representada, por lo cual debe preguntarse a que criterios moduladores acudió la fiscalía para poder dar la orden de entrega provisional.

Por otro lado, la Juez de primera instancia niega el amparo constitucional criticando la argumentación de accionante al señalar que de la tutela no es posible debido a que no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable por la decisión adoptada por el delegado de fiscalía, y que no se supe la necesidad residual de la acción constitucional, aspectos que no corresponden a la verdad puesto que la violación al debido proceso que se ha generado en el presente caso para mi representada es grave, puesto que hacer entrega de un bien que es de su propiedad según el registro vehicular por parte de una autoridad pública, a una persona distinta a ella lleva incito no solo el desconocimiento de su derecho al debido proceso, sino también genera de manera directa un derecho al uso y disfrute de sus bienes, por lo cual resulta evidente la conexión entre el concepto del debido proceso y las consecuencias que acarrea de manera material su desconocimiento.

Es por lo anterior que ruego al Tribunal Superior se revoque la decisión tomada en primera instancia y se concedan las pretensiones a mi representada".

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1991 y el decreto 1382 de 2000, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la presente impugnación.

5.2 Problema jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si es procedente por parte de esta corporación, revocar el fallo de primera instancia, y en consecuencia, dejar sin efecto la orden emitida por la Fiscalía Local 016 del Carmen de Viboral – Antioquia a través de la cual se entregó provisionalmente el vehículo Ford Explorer, modelo 2017, con placa DSR657 de Medellín al señor Diego Fernando Diaz el día 11 de agosto de 2022, a fin de que se propicie el escenario que le permita a la tutelante pronunciarse y ejercer las acciones propias dentro del procedimiento de entrega de vehículo.

Frente al amparo de tutela, la Honorable Corte Constitucional colombiana, ha manifestado de manera exhaustiva que el amparo a la tutela es tanto un mecanismo subsidiario regulado para salvaguardar y proteger aquellos derechos fundamentales que están siendo violentados al afectado, de una consumación.

Como bien se conoce, la acción de tutela posee un carácter eminentemente subsidiario y excepcional de procedencia, y más aún, cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias judiciales, de suerte que, debe verificarse en primer lugar, si la acción constitucional cumple con los requisitos de procedibilidad dispuestos por la Corte Constitucional, que, entre otras decisiones, dispuso en la sentencia SU- 332 de 2019, lo siguiente:

(...)

Requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

8. La Corte en la **Sentencia C-590 de 2005** buscó hacer compatible el control por vía de tutela de las decisiones judiciales, con los principios de cosa juzgada, independencia y autonomía judicial y seguridad jurídica. Por ello estableció diversas condiciones procesales para la **procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que deben superarse en su totalidad, a fin de avalar el estudio posterior de las denominadas causales específicas de procedibilidad. Tales condiciones son: (i) que la cuestión sea de relevancia constitucional¹⁵⁸¹; (ii) que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance¹⁵⁹¹; (iii) que se cumpla el principio de inmediatez¹⁶⁰¹; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en el proceso¹⁶¹¹; (v) que se identifiquen, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales¹⁶²¹ y (vi) que no se trate de una tutela contra otra tutela¹⁶³¹.**

(...)

Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

10. Ahora bien, frente a las causales específicas de procedibilidad, esta Corporación ha emitido innumerables fallos¹⁶⁷¹ en los cuales ha desarrollado jurisprudencialmente los parámetros a partir de los cuales el juez pueda identificar aquellos escenarios en los que la acción de tutela resulta procedente para controvertir los posibles defectos de las decisiones judiciales, para con ello determinar si hay o no lugar a la protección, excepcional y restrictiva, de los derechos fundamentales por vía de la acción de tutela¹⁶⁸¹. Producto de una labor de sistematización, en la **Sentencia C-590 de 2005** se indicó que puede configurarse una vía de hecho cuando se presenta alguna de las siguientes causales:

- **Defecto orgánico** que ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia.
- **Defecto procedimental absoluto** que surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley.
- **Defecto fáctico** que se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión.
- **Defecto material o sustantivo** que tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión.
- **El error inducido** que acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales.

- **Decisión sin motivación** que presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan.

Finalmente, tratándose de acciones de tutela contra decisiones judiciales emitidas en **procesos que se encuentran en curso**, pertinente es acudir a lo dispuesto por la H. Corte Suprema Justicia² en punto del carácter subsidiario y residual de este amparo constitucional:

(...)

“Las etapas, recursos y procedimientos que conforman una actuación son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente en lo que tiene que ver con las garantías que conforman el debido proceso.

Bueno es precisar que, mientras un proceso esté en curso cualquier solicitud de protección de garantías fundamentales debe hacerse exclusivamente en ese escenario, porque de lo contrario todas las decisiones provisionales que se tomen en el transcurso de la actuación ordinaria, estarían siempre sometidas a la eventual revisión de un juez ajeno a ella, como si se tratara de una instancia superior adicional a las previstas para el normal desenvolvimiento de los procesos judiciales.

Se insiste en que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para solicitar la protección de los derechos que se estimen lesionados en el trámite de un proceso judicial, pues para ello el ordenamiento jurídico ha diseñado una serie de instrumentos que, precisamente, buscan garantizar la corrección de las decisiones judiciales que se adopten en su interior.

(...)

Justamente, ha explicado la Sala que las características de subsidiaridad y residualidad, que son predicables de la acción de protección constitucional, disponen como consecuencia que no pueda acudirse a tal mecanismo excepcional de amparo, para lograr la intervención del juez constitucional en procesos en trámite, porque ello, además de desnaturalizar su esencia, socava postulados constitucionales como la independencia y la autonomía funcional que rigen la actividad de la Rama Judicial al tenor de la preceptiva contenida en el artículo 228 de la Carta Política.

Igualmente, estableció que tampoco puede acudirse a este excepcionalísimo medio de defensa para reemplazar los procedimientos

² CSJ STP11525 Rdo. 118541 del 7 de septiembre de 2021 M.P. José Francisco Acuña Vizcaya

ordinarios, cuando el amparo se concibió precisamente para suplir la ausencia de éstos y no para resquebrajar los ya existentes, lo cual impide considerarlo como medio alternativo o instancia adicional al cual acudir para enderezar actuaciones judiciales supuestamente viciadas.

Así las cosas, se reitera, mientras un proceso se encuentre en curso, es decir, no se haya agotado la actuación del juez ordinario, el afectado tendrá la posibilidad de reclamar al interior del trámite el respeto de las garantías constitucionales, sin que sea admisible acudir para tal fin a la tutela..." NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

Acorde con los hechos de la tutela, explica el apoderado de la accionante que, con ocasión del proceso identificado con CUI 056156099153 2022-50785 iniciado en razón a denuncia incoada por la señora MARTHA CAROLINA VELÁSQUEZ YEPES en contra del señor DIEGO FERNANDO DIAZ HERRERA, el vehículo Ford Explorer, modelo 2017, con placa DSR657 fue retenido el día 04 de junio de 2022 y puesto a disposición de la Fiscalía Local 106 de el Carmen de Viboral, Antioquia.

Posteriormente y ante decisión del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral, en la que se abstuvo de resolver solicitud de devolución de vehículo, aduciendo que sobre este no recaía medida cautelar alguna, en vista de lo cual era la Fiscalía el ente competente para resolver el asunto, la Fiscalía Local 106 de el Carmen de Viboral, Antioquia dispuso la **entrega provisional** del citado vehículo al señor Diego Fernando Diaz Herrera, **y es esta última actuación la que es objeto de debate a través de este amparo constitucional**, señalando el apoderado del accionante que, en esa diligencia se vulneró el debido proceso al no haberse dado la oportunidad a su mandante de ejercer el derecho de contradicción y defensa en el procedimiento en el que se determinó quien tenía mejor derecho sobre el objeto retenido.

Bajo este panorama, advierte desde ya la Sala la **imposibilidad de analizar de fondo la solicitud del accionante en punto de la impugnación presentada**, ante el no cumplimiento del requisito de **PROCEDIBILIDAD DE SUBSIDIARIEDAD**. La razón, el proceso penal aludido, en la actualidad **se encuentra en curso** — en etapa de indagación—, luego, cualquier afectación a derechos fundamentales debe ventilarse al interior del proceso judicial a través de las herramientas que ha dispuesto la ley para tal efecto, agotándose la **totalidad de los medios judiciales dentro del proceso penal**. Por manera que, verificado lo anterior, puede el juez constitucional continuar con el estudio de los demás requisitos de procedibilidad dispuestos por la Corte Constitucional, cuando se está en presencia de una acción de tutela dirigida en contra una providencia judicial, en este caso, una orden judicial³ emanada de la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso penal con radicación final 2022-50785, debiéndose destacar que, la orden de entrega del vehículo objeto de este amparo, según señaló la Fiscalía es provisional, luego, tal asunto, deberá resolverse de **manera definitiva** interior del proceso penal, en tanto se reitera, fue en ese escenario — proceso penal— en el que se emitió la misma.

Así las cosas, pertinente es reiterar lo indicado por la Corte Suprema de Justicia, en la decisión citada en precedencia, en punto del requisito de procedibilidad de subsidiariedad cuando se está en presencia de un **proceso judicial en curso**, veamos:

(...)

“... mientras un proceso esté en curso cualquier solicitud de protección de garantías fundamentales debe hacerse exclusivamente en ese escenario, porque de lo contrario todas las decisiones provisionales que

³ Artículo 161 ley 906 de 2024: Las providencias judiciales son: (...) **PARÁGRAFO**. Las decisiones que en su competencia tome la Fiscalía General de la Nación también se llamarán órdenes y, salvo lo relacionado con audiencia, oralidad y recursos, deberán reunir los requisitos previstos en el artículo siguiente en cuanto le sean predicables.

se tomen en el transcurso de la actuación ordinaria, estarán siempre sometidas a la eventual revisión de un juez ajeno a ella, como si se tratara de una instancia superior adicional a las previstas para el normal desenvolvimiento de los procesos judiciales. “NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

En este orden de ideas, la Sala **CONFIRMARÁ** la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia fechada del 26 de octubre de 2022, pero por las razones expuestas en este proveído.

En mérito de lo anteriormente expuesto, y sin necesidad de más consideraciones al respecto, **LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA,**

6. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, fechado del 26 de octubre de 2022, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Entérese de esta sentencia a las partes en la forma prevista legalmente y remítase dentro del término legal el proceso a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **687e9ed476f397a41cf20bfc16365b4e1ec3bdc2a5917ce3cbe01b8dc23aff2f**

Documento generado en 14/12/2022 06:19:36 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	2022-1969-3
CUI	057363189001 2022 0014700
Accionante	John Fredy Orozco Roldan
Accionado	UARIV
Asunto	Consulta desacato
Decisión	Revoca por cumplimiento

Medellín, trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Aprobado mediante Acta Nº 345 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta del incidente de desacato mediante el cual el **Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia Antioquia**, el 30 de noviembre de 2022 impuso sanción a la **Directora Técnica de Reparaciones de la Unidad para las Víctimas Dra. Clelia Andrea Anaya Benavides**, por ser la encargada de cumplir con la sentencia de tutela.

ANTECEDENTES

Con sentencia de 02 de noviembre de 2022 el **Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia Antioquia**, amparó los derechos fundamentales de **John Fredy Orozco Roldan**, en consecuencia, se ordenó a la **UARIV** que:

“...dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, de respuesta de fondo, clara y precisa al derecho de petición formulado por JOHN FREDY OROZCO ROLDAN el 26 de julio de 2022 y señale la probable fecha en la que se materializará la entrega de las ayudas humanitarias, sin desconocer los turnos asignados...”

Mediante escrito del 17 de noviembre de 2022¹, el accionante presentó incidente de desacato alegando el incumplimiento de la UARIV frente al fallo de tutela, pues a la fecha no se ha brindado una respuesta de fondo al derecho de petición incoado meses atrás.

El 18 de noviembre de los corrientes², se requirió a la Dra. **Clelia Andrea Anaya Benavides Directora Técnica de Reparaciones de la Unidad para las Víctimas** para que, dentro del término de dos (2) días siguientes le brindara respuesta de fondo al promotor a la petición instaurada desde el 26 de julio de 2022, esto es, señalándole la fecha en la cual le haría entrega de las ayudas humanitarias. Lo anterior so pena de iniciar el trámite incidental correspondiente

El 23 de noviembre de 2022 la Jefe de Oficina Jurídica informó que al revisar la documentación correspondiente al accionante encontró que³, se brindó respuesta a sus solicitudes el 10 de septiembre de 2022 y 15 de noviembre de 2022. Aunado a ello, en esa misma fecha había procedido a realizarle un alcance mediante comunicación lex 7073549, la cual fue enviada al correo que aportó como de notificaciones.

En dichas comunicaciones le indicó al promotor que, la solicitud se encuentra en etapa de *identificación de carencias*, siendo necesarios los datos que aporte para culminar con esta fase.

El 23 de noviembre de 2022⁴, el Despacho de conocimiento decidió dar apertura al incidente de desacato contra la **Dra. Clelia Andrea Anaya Benavides, en su condición de Directora Técnico de Reparaciones Unidad Para las Víctimas**, la cual no realizó pronunciamiento alguno frente a este requerimiento efectuado.

¹ PDF N° 02 del cuaderno principal.

² PDF N° 03 del cuaderno principal.

³ PDF N° 10 del cuaderno principal

⁴ PDF N° 11 del cuaderno principal

Con decisión adiada el 30 de noviembre de 2022⁵, se le declaró en desacato imponiéndosele una sanción de 3 días de arresto y multa de 5 salarios mínimos legales mensuales.

El 02 de diciembre de 2022 se allegó ante el Despacho de primera instancia informe de cumplimiento por parte de la accionada, en la cual indicó que, mediante Comunicación Código Lex. 7086115 le había indicado al accionante que, finalizado el “procedimiento de identificación de carencias”, previsto en el Decreto 1084 de 2015, arrojó una entrega de 3 giros por valor total de \$960.000, cada giro tiene una vigencia de cuatro (4) meses, y la entrega del primero de ellos se realizará en los siguientes próximos 08 días en el municipio de Segovia- Antioquia.

Solicitó se revoque la sanción impuesta puesto que, se estructuró carencia actual de objeto por hecho superado.

Finalmente, las presentes diligencias fueron remitidas a esta Colegiatura, a fin de que se surtiera el trámite del grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la presente consulta, según lo dispuesto por el artículo 52, inciso 2 del Decreto 2591 de 1991, dado que la sanción impuesta por desacato debe ser consultada ante el respectivo superior funcional, calidad que la Sala ostenta respecto de la autoridad judicial que tramitó la tutela y el incidente.

2. Del caso en concreto

Según el incidentante, la UARIV, no ha dado cumplimiento al fallo de tutela adiado el 02 de noviembre de 2022, por medio del cual se ordenó que, en

⁵ PDF N° 16 del cuaderno principal

el término máximo de 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, debía señalar la fecha aproximada en la cual se le haría entrega de las ayudas humanitarias.

Lo anterior, motivó el requerimiento previo y posterior apertura formal del incidente de desacato que concluyó con la imposición de sanción a la Dra. **Clelia Andrea Anaya Benavides** en su calidad de **Directora Técnica de Reparaciones de la Unidad para las Víctimas**, la cual es la encargada de brindar cumplimiento al fallo de tutela emitido en contra de esa entidad, por 3 días de arresto y el pago de multa por valor de 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Sin embargo, el 02 de diciembre de 2022 se recibió en el Despacho de origen oficio por parte de la asesora jurídica de la accionada informando que, mediante oficio Código Lex. 7086115 D.I 71085585 – MN. Ley 1448 de 2011 habría procedido a indicarle al promotor los resultados del método aplicado y corolario con ello, las fechas aproximadas de entrega de los recursos. A su tenor se lee:

“Al analizar su caso en particular encontramos que Usted y su hogar ya fueron nuevamente sujetos del proceso de identificación de carencias, el cual arrojó que se realizará la entrega de TRES (3) GIROS a favor del hogar.

La entrega del PRIMER GIRO se realizará en los siguientes próximos 08 días en el municipio de Segovia- Antioquia, a nombre del señor JOHN FREDY OROZCO ROLDAN quien es el designado para pago, teniendo en cuenta el orden de radicación de su solicitud, la carencia que actualmente presenta su hogar y la disponibilidad presupuestal con la que cuenta la Entidad y en próximos días se le notificara del acto Administrativo.

La fecha y lugar para cobro de la entrega señalada será informada a través de los diferentes canales de atención de la Unidad para las Víctimas.

Por lo anterior deberá tener en cuenta que los componentes entregados a su hogar se encuentran destinados a satisfacer las necesidades frente a la alimentación básica y el alojamiento temporal por CUATRO (4) meses de CADA UNO de acuerdo con la carencia presentada...”

De los anexos aportados se logra evidenciar que, la respuesta fue remitida el 30 de noviembre de 2022 a las 19:09:36 al correo electrónico dispuesto

por el accionante para tales efectos esto es,
vasquezcatalina850@gmail.com

Luego, la accionada respondió de fondo la petición radicada desde el mes de julio de 2022, es decir, 02 días después haberse proferido el auto sancionatorio.

De tal suerte, es evidente que se demostró el logro y la eficacia de la orden judicial, por ende, se materializó la protección del derecho fundamental a la petición del que es titular John Fredy Orozco Roldan.

Por lo anterior, lo que procede es la revocatoria de la sanción impuesta a Clelia Andrea Anaya Benavides en su calidad de Directora Técnica de Reparaciones de la Unidad para las Víctimas.

En mérito de lo expuesto, **el TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL,**

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sanción impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia – Antioquia, el 30 de noviembre de 2022, a Clelia Andrea Anaya Benavides en su calidad de Directora Técnica de Reparaciones de la Unidad para las Víctimas.

SEGUNDO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, para lo de Ley.

TERCERO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **34657097bcee6273c9405978cbaf8bb1f84c08deab674e47eec37c8872164c0b**

Documento generado en 14/12/2022 06:14:26 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

N.I.	2022-1827-3
Radicado	05-887-31-04-001-2022-00136-00
Accionante	Ana Edelmira Ramírez Ramírez
Accionado	Registraduría Nacional del Estado Civil y otros
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca parcialmente

Medellín, trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Aprobado mediante Acta N° 344 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por COLMENA ARL contra la sentencia de tutela de 08 de noviembre de 2022¹, emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal que decidió amparar los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social de la señora Ana Edelmira Ramírez Ramírez.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifiesta la accionante que, el 14 de octubre de 2022 se dirigió a la Nueva EPS ubicada en el municipio de San Pedro de los Milagros para consultar por un conjunto de afectaciones a su salud, pero fue notificada que, su documento de identidad aparecía cancelado por muerte.

¹ PDF N° 13 del expediente digital.

Ha realizado gran cantidad de actuaciones con el fin de solucionar su problema, pero, la Registraduría Nacional del Estado Civil ni la Notaría de Yarumal que fue la que al parecer registró la muerte, le han brindado una solución.

Lo anterior conlleva a que no pueda acceder a los servicios médicos, teme que, ante esa situación sea desvinculada de la ARL, se le deje de cancelar su salario y sus aportes a pensión. Solicita la corrección al error presentado y la reactivación de todos los servicios.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 08 de noviembre hogaño², el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal indicó que, de conformidad con la respuesta brindada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, se presentó carencia actual de objeto frente a la primera de las pretensiones puesto que, mediante Resolución N° 29640 del 01 de noviembre de 2022, la accionada ordenó la cancelación del registro civil de defunción N° 0980835645.

Sin embargo indicó que, con el fin de ahondar en garantías fundamentales consideró necesario conceder el amparo a los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas, mínimo vital y seguridad social ordenándole a COLPENSIONES, COLMENA ARL S.A. al E.S.E. Hospital Santa Isabel y a la NUEVA EPS que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la sentencia de tutela adelanten las gestiones necesarias para actualizar sus bases de datos y reactiven en la totalidad de los servicios dejados de prestar a la accionante. Ello se surtirá de forma retroactiva para todos los efectos.

² PDF N° 13 del expediente digital

DE LA APELACIÓN

Colmena ARL interpuso recurso de apelación indicando que, la primera instancia omitió relacionar la respuesta que, oportunamente brindó al trámite constitucional. Tampoco valoró la certificación laboral aportada de fecha 02 de noviembre de 2022, en la cual la Gerencia de Servicios, hace constar que, la afiliación de la Señora Ana Edelmira Ramírez Ramírez se encuentra en estado Vigente es decir que, nunca le canceló la prestación de servicios.

Estima que, la orden de reactivación de carácter retroactivo no debió ser dirigida en contra de esa entidad, pues tal y como se indicó en respuesta a Acción de Tutela, no ha vulnerado ningún derecho fundamental a la Accionante.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991³, la Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

De otro lado, esta Corporación tiene la competencia para pronunciarse conforme a lo previsto por el artículo 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991, al tener la condición de superior funcional del despacho de primera instancia.

Del caso concreto

En el presente caso, la señora Ana Edelmira Ramírez Ramírez instauró amparo constitucional contra la Notaría del Círculo de Yarumal, la Nueva

³ Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017

EPS, la E.S.E. Hospital Santa Isabel, COLPENSIONES, COLMENA ARL S.A. y la NUEVA EPS, al haber considerado vulnerados sus derechos fundamentales, pues se le canceló su cédula de ciudadanía, al haber sido reportada como persona fallecida. Circunstancia de la que se percató cuando se dirigió al centro de salud para consultar por el servicio de urgencias.

Luego, recurrió a la vía constitucional para obtener solución a la anotación de su deceso en el registro civil, misma que se produjo por actuaciones inadecuadas de las entidades competentes originadas en el equivocado manejo de la información, y en que a pesar de que la accionante intentó solucionar tal situación, solo obtuvo de dichas autoridades respuestas insatisfactorias, que, han afectado sus derechos fundamentales a la salud, mínimo vital y a la seguridad social.

En el marco de la acción de tutela la Registraduría Nacional del Estado Civil profirió Resolución N° 29640 del 01 de noviembre de 2022, a través de la cual corrigió ese yerro, sin embargo, la primera instancia con la finalidad de garantizar el ejercicio de los demás derechos ordenó entre otras, a COLMENA ARL –*único impugnante*- adelantar las gestiones necesarias para actualizar sus bases de datos y activar con efectos retroactivos la totalidad de los servicios dejados de prestar a la accionante.

De conformidad con los argumentos brindados durante el trámite de la acción de tutela y, los reseñados al momento de impugnarse la decisión, es dable predicar que, efectivamente la accionada en comento no violentó los derechos fundamentales de la promotora pues estuvo en calidad de afiliada sin registrarse algún tipo de suspensión, es decir, a pesar de que el documento de identidad de la accionante reportaba como “No Vigente” por “fallecimiento” la accionada no canceló su afiliación a las ARL.

Como constancia de ello, se observa “CERTIFICACIÓN DE AFILIACIÓN” del 02 de noviembre de 2022 expedida por el Gerente de Servicio COLMENA Seguros en el cual figura la accionante con fecha de ingreso el 04 de agosto de 2010 y, con estado “ACTIVO”

Luego, tal y como se refirió en la impugnación, el Despacho de Primera Instancia omitió relacionar la respuesta brindada el 2 de noviembre de 2022 a 4:15 PM y tenerla en cuenta dentro del análisis realizado, pues de manera clara se advierte que, en ningún momento fue desafiliada de la ARL y por ende, frente a esta entidad no procedía la orden de reactivación.

En consecuencia, procederá a revocar la orden de tutela brindada únicamente en lo que respecta a COLMENA ARL.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal - Antioquia el ocho (08) de noviembre de dos mil veintidós (2022) dejando sin efectos la orden brindada únicamente en lo que respecta a COLMENA ARL.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes, conforme lo ordena el Decreto 2591 de 1991, informándoles que contra la presente decisión no procede ningún recurso

TERCERO: REMITIR la actuación a Corte Constitucional para su eventual revisión

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

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: **675ec479860afa2006cef3689fa95b1cb39867d311f724e4b320adc97e40a465**

Documento generado en 14/12/2022 06:14:14 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	2022-1908-3
CUI	05000-22-04-000-2022-00575
Accionante	Wilson Salcedo Cabrera
Accionados	Fiscalía 24 Seccional de Puerto Triunfo – Antioquia
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Niega hecho superado

Medellín, trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Aprobada mediante Acta N° 343 de la fecha

ASUNTO

Resuelve la Sala, en primera instancia, la acción de tutela propuesta por **Wilson Salcedo Cabrera**, en contra de la **Fiscalía 24 Seccional de Puerto Triunfo – Antioquia**, por la presunta vulneración de su derecho fundamental de petición.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el accionante¹ que, el día 28 de septiembre de 2022 *–reiterado el 15 de noviembre hogaño–*, radicó ante la **Fiscalía 24 Seccional de Puerto Triunfo – Antioquia** derecho de petición, solicitando información sobre el proceso que se adelanta en su contra pero, a la fecha no ha recibido respuesta.

Las peticiones fueron remitidas al correo electrónico misael.galindo@fiscalia.gov.co

¹ PDF N°2, expediente digital de tutela.

TRÁMITE

1. Mediante auto del 30 de noviembre de 2022, se dispuso asumir la acción de tutela y se corrió traslado al despacho demandado para que, dentro del término improrrogable de dos (2) días, se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la tutela y rindiera el informe que estimara conveniente.

2. La Titular de la **Fiscalía 24 Seccional de Puerto Triunfo** indicó que², no tuvo conocimiento del derecho de petición incoado puesto que, él mismo fue dirigido al correo electrónico de una persona que, desde hace más de 8 años no forma parte de la institución.

Sin embargo refirió que, una vez conoció de la presente acción de tutela procedió a brindar respuesta al solicitante al correo electrónico aportado para esos efectos, esto es, jaramillolawyers@gmail.com

Pide que, se declare carencia actual de objeto por hecho superado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para proferir fallo de primera instancia dentro de la presente acción de tutela.

Dicha norma consagra la acción de tutela, cuya razón de ser no es otra que la de conceder a toda persona un procedimiento preferente y sumario para reclamar ante los jueces de la República, la protección inmediata, en cualquier tiempo y lugar, de sus derechos fundamentales, cuando

² PDF N° 10 del expediente digital

considere que han sido violados o se encuentren amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública siempre que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable. En un Estado social de derecho la protección de tales garantías debe ser real y material, a ello apunta la tutela.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si el derecho fundamental de petición del señor **Wilson Salcedo Cabrera** está siendo vulnerado por la autoridad accionada o sí, de acuerdo con la respuesta ofrecida por la entidad y la constancia electrónica de envío, se ha configurado en este asunto la carencia de objeto de protección constitucional por hecho superado.

Caso concreto

La pretensión del accionante consiste en que se brinde respuesta a la petición radicada el 28 de septiembre de 2022 reiterada el 15 de noviembre hogaño, informándole el estado actual del proceso que se adelanta en s contra.

Esa solicitud se satisfizo en el desarrollo de este trámite de tutela, pues como se desprende de la respuesta brindada por la Fiscalía 24 Seccional de Puerto Triunfo, el 01 de diciembre de 2022 dio respuesta a la solicitud de información realizada por la parte actora en ejercicio del derecho de petición.

Dicha información fue corroborada con la captura de pantalla anexa, en la cual se evidencia que, siendo las 05:35 pm. De la fecha en comento, se remitió al correo electrónico jaramillolawyers@gmail.com respuesta a la solicitud elevada.

A su tenor, en la contestación ofrecida se lee:

“PRIMERO: Desde hace más de 8 años el señor Misael Galindo no hace parte de la Fiscalía 24 Seccional de Puerto Triunfo, y de acuerdo al conocimiento que se tiene desde hace varios años no pertenece a la institución, lo que implica que este Despacho NO conocía la solicitud por usted incoada.

*SEGUNDO: revisado el sistema SPOA se tiene que efectivamente este Despacho tiene bajo su conocimiento la investigación radicada 056606100135201580006 por el delito de HOMICIDIO CULPOSO por hechos ocurridos el día 11 de enero de 2015, en la que es indiciado el señor WILSON SALCEDO CABRERA, cuyo estado es **ACTIVO – EN INDAGACIÓN...**”*

Es claro que, en relación con la garantía fundamental presuntamente vulnerada, se ha configurado la carencia actual de objeto de protección por hecho superado.

Según la interpretación que le ha otorgado la Corte Constitucional al artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, el hecho superado ocurre cuando *“entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que **por razones ajenas a la intervención del juez constitucional**, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario”*³.

La presente acción de tutela se asumió el 30 de noviembre de 2022⁴ y la **Fiscalía 24 Seccional de Puerto Triunfo** respondió la solicitud del actor el 01 de diciembre hogaño, es decir, en el trámite de la acción constitucional, le suministró información sobre el estado actual de su proceso, terminando así cualquier vulneración del derecho de petición.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

³ Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 2017.

⁴ PDF N° 07 del expediente digital.

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la tutela al derecho fundamental de petición invocada por **Wilson Salcedo Cabrera**, por presentarse el fenómeno jurídico del hecho superado conforme los motivos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: INFORMAR que contra esta providencia procede su impugnación, dentro del término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de la misma. Si no fuere impugnado, **ENVIAR** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **73700a7438f1a3a421312445ba6382644ad5a4c29019d0316ce8dd6f3c53fc09**

Documento generado en 14/12/2022 06:14:04 PM

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL
SEDE CONSTITUCIONAL**

Medellín, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

N° Interno : 2022-1863-4
Sentencia de Tutela - 2ª instancia.
Radicado : 05.440.31.04.001.2022.00259
Accionante : Luis Fernando Guzmán González
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.
Decisión : Revoca

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 249

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida por el *Juzgado Penal del Circuito de Marinilla - Antioquia*, mediante la cual se concedió el amparo solicitado por el señor LUIS FERNANDO GUZMÁN GONZÁLEZ; diligencias en las que figura como demandada la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL - U.A.E.- PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS.

ANTECEDENTES

Los hechos que sirven de fundamento a la presente tutela fueron resumidos así por el *A quo*:

“Indicó el accionante que el 01 de octubre del año

N° Interno : 2022-1863-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05.440.31.04.001.2022.00259
Accionante : Luis Fernando Guzmán González
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

2022, presentó Derecho de Petición ante la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS –UARIV-, en el que solicitó que se le fije fecha exacta de pago de indemnización administrativa por hecho victimizante por desplazamiento forzado, además solicita copia de la resolución por medio de la cual se le reconoció indemnización, donde figuren los nombre y número de documento de su grupo familiar y a la fecha, la demandada no ha dado contestación a su derecho de petición.

El señor LUIS FERNANDO GUZMÁN GONZÁLEZ, solicitó que se tutele el Derecho Fundamental de Petición, y se ordene a la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS –UARIV- que resuelva de fondo, de manera clara y precisa el Derecho de Petición radicado el 1de octubre de 2022, esto es, se fije una fecha exacta de pago de indemnización administrativa por el hecho victimizante de desplazamiento forzado y se envíe copia de la resolución por medio de la cual se reconoció dicha indemnización y donde figuren los nombres, apellidos y número de documento de los miembros del grupo familiar que tiene derecho a tal compensación”.

Seguidamente, el Juez de instancia concedió la tutela del derecho fundamental de petición del señor LUIS FERNANDO GUZMÁN GONZÁLEZ, disponiendo:

“SEGUNDO: *Se le ordena a la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS –UARIV-, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de este fallo, proceda a ofrecer una respuesta de fondo al señor LUIS FERNANDO GUZMÁN GONZÁLEZ, en específico, indicarle si es posible que en lo que resta de este año y según los recursos apropiados y el orden de pago, se alcance a cubrir su indemnización administrativa o por los menos para cuándo podrá ser incluida para desembolso, ello en atención a que por vía de tutela no se permite disponer de reconocimientos económicos y pagos.”.*

Fue así que, mediante escrito presentado por la Representante Judicial de la UAE PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS, procedió a manifestar su disenso por vía

N° Interno : 2022-1863-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05.440.31.04.001.2022.00259
Accionante : Luis Fernando Guzmán González
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

de impugnación, frente a la decisión de instancia, donde argumenta que la entidad no ha incurrido en vulneración de derechos fundamentales de la parte accionante, pues, por medio de resolución 04102019-491201 del 13 de marzo de 2020 se reconoció el derecho a recibir la medida de indemnización administrativa y dispuso aplicar el método técnico de priorización con el fin de establecer el orden de asignación de turno para el desembolso. Pero aclara que al actor se le informó el 11 de octubre de 2022 que, luego de haberse adelantado el método técnico, se concluyó que en atención a la disponibilidad presupuestal con la que cuenta la Unidad para el año 2022, no es procedente materializar la entrega de la medida indemnizatoria por el hecho vincetimizante de Desplazamiento Forzado.

Insiste en que la entidad adelanta el trámite administrativo conforme a los parámetros establecidos en la resolución y no se han vulnerado derechos y garantías fundamentales.

Por lo anterior solicita revocar el fallo de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El derecho de petición se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Carta Política con carácter de fundamental y de aplicación inmediata, esto último, conforme lo prevé el artículo 85 superior. De igual modo, dicha garantía se manifiesta en doble

N° Interno : 2022-1863-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05.440.31.04.001.2022.00259
Accionante : Luis Fernando Guzmán González
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

sentido, esto es, a través de la facultad para elevar solicitudes respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular; como también en la de obtener una pronta resolución sustancial, material o de fondo sobre el asunto puesto en consideración.

Ahora, sobre la característica de la solución oportuna y pronta a la cuestión puesta en consideración, la Sala señala que, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1755 de 2015, por regla general, las peticiones se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo. Pero, si no fuere posible resolver o contestar en dicho plazo, se deberá informar así al interesado, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez la fecha en que se resolverá o dará respuesta.

De otro lado, la Corte Constitucional en sentencia T- 357 de 2018, precisó los supuestos que permiten predicar que la contestación de la solicitud elevada en ejercicio del derecho de petición sea material o de fondo, esto es, que aquella sea (i) clara, en el sentido de ser inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión; (ii) precisa, es decir, que la respuesta suministrada guarde coherencia y atienda directamente lo solicitado con exclusión de información impertinente o ajena a lo solicitado; (iii) que sea congruente, esto es, que la contestación sea conforme a lo requerido y (iv) que la contestación sea puesta en efectivo conocimiento del peticionario.

N° Interno : 2022-1863-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05.440.31.04.001.2022.00259
Accionante : Luis Fernando Guzmán González
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

Observa esta Colegiatura en el presente evento, que el ciudadano LUIS FERNANDO GUZMÁN GONZÁLEZ ha sido víctima de la violencia que impera en gran parte del país, al resultar afectado por Desplazamiento Forzado y por lo tanto fue incluido en el *Registro Único de Población desplazada -RUV-*, bajo el marco normativo de la Ley 1448 de 2011.

Ahora, mediante un derecho de petición enviado a la entidad el 01 de octubre de 2022, LUIS FERNANDO solicitó se le reconociera y pagara la indemnización administrativa en virtud del infortunado hecho de Desplazamiento forzado, motivo por el que la UARIV se pronunció señalando que frente a la solicitud del actor, se emitió respuesta el 31 de octubre de 2022 con el radicado 2022-0639559-1, la cual fue debidamente notificada y contiene el trámite administrativo que debe surtirse para otorgar la indemnización administrativa, reiterando la respuesta que había sido dada el 21 de octubre del mismo año.

Sobre la entrega de la indemnización, se le comunicó que teniendo en cuenta que para la fecha del reconocimiento, no se acreditó alguna situación de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad para priorizarlo, y luego de haberse efectuado el proceso técnico el 31 de marzo de 2022, se concluyó que en atención a la disponibilidad presupuestal con la que cuenta la Unidad y al orden definido por la ponderación de cada una de las variables, no era procedente materializar la entrega de la medida indemnizatoria respecto de los integrantes por el hecho victimizante de desplazamiento forzado; razón por la cual informó que, debe esperar a que, la Unidad de Víctimas proceda a aplicar

N° Interno : 2022-1863-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05.440.31.04.001.2022.00259
Accionante : Luis Fernando Guzmán González
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

de nuevo el método de priorización, siendo en ese escenario donde se podrá establecer si actualmente se encuentra inmerso en alguna de las tres situaciones de que trata el artículo 4 de la Resolución 1049 de 2019, pero que, en todo caso podrá adjuntar en cualquier tiempo la certificación y/o documentos necesarios con los requisitos establecidos para priorizar la entrega conforme al artículo primero de la resolución 582 de 26 de abril de 2021.

En la Sentencia T-083 de 2017, la Corte Constitucional recalcó que la indemnización administrativa y los demás mecanismos de reparación, no siguen el orden de las solicitudes, por cuanto la Ley 1448 de 2011, y sus decretos reglamentarios, crearon criterios de gradualidad, progresividad y priorización, para poder fijar el orden de entrega, verificar el grado de vulnerabilidad de la persona y su grupo familiar, por ser la forma más viable para realizar la reparación efectiva, con enfoque diferencial, garantizando prevalencia sobre aquellos que requieren sean satisfechas con urgencia.

Mediante Auto 206 de 2017, la Corte Constitucional ordenó al Director de la Unidad para las Víctimas, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación, reglamentar el procedimiento a agotar por parte de las personas desplazadas para la obtención de la indemnización administrativa con criterios puntuales y objetivos. En ese orden, expidió la Resolución No. 1049 del 15 de marzo de 2019, *“Por medio de la cual se adopta el procedimiento para reconocer y otorgar la indemnización por vía administrativa, se crea el método técnico de priorización, se deroga*

N° Interno : 2022-1863-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05.440.31.04.001.2022.00259
Accionante : Luis Fernando Guzmán González
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

las Resoluciones 090 de 2015 y 01958 de 2018 y se dictan otras disposiciones” .

Según el artículo 11 del mencionado acto administrativo, para la materialización de la entrega de la indemnización administrativa, siempre se tendrá en cuenta la disponibilidad presupuestal, además la clasificación de las solicitudes en **prioritarias**, que corresponden a las solicitudes en las que se acredite cualquiera de las situaciones previstas en el artículo 4 y **generales**, que corresponden a las solicitudes que no acrediten alguna situación de extrema urgencia y vulnerabilidad como lo establece el artículo 9o.

En ese orden, con la Resolución 1049 de 2019, se estableció el procedimiento para reconocer y otorgar la indemnización por vía administrativa aplicándose para todas las solicitudes cuatro fases a saber: (i) fase de la solicitud de indemnización administrativa (artículo 7), (ii) fase de análisis de la solicitud (artículo 10), (iii) fase de respuesta de fondo de la solicitud (artículo 11) y (iv) fase de entrega de la medida indemnizatoria (artículo 14).

De otro lado, creó el Método Técnico de Priorización- artículo 15 y s.s.- el cual se define como un proceso técnico que determina los criterios y lineamientos que debe adoptar la Subdirección de Reparación Individual para determinar la priorización anual del desembolso de la indemnización administrativa.

N° Interno : 2022-1863-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05.440.31.04.001.2022.00259
Accionante : Luis Fernando Guzmán González
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

Dicho Método -artículo 16- *tiene como objetivo generar unas listas ordinales que indicarán la priorización para el desembolso de la medida de indemnización administrativa y se aplicará anualmente para la asignación de los turnos de pago de manera proporcional a los recursos apropiados en la respectiva vigencia fiscal para tal fin, de conformidad con el Marco de Gasto de Mediano Plazo del Sector.*

Así, superada la “fase de respuesta”, continuaría la “fase de entrega de la indemnización”, - la cual está por definirse en el caso del usuario-. La UARIV – artículo 11 ídem - podrá fijar el periodo de entrega, atendida la disponibilidad presupuestal vigente para el año, y el resultado que arroje el método de priorización de LUIS FERNANDO GUZMÁN GONZÁLEZ, razón por la que no podría ordenársele a la entidad de manera automática el pago de la reparación, como tampoco la fijación de una fecha exacta de pago.

En esa medida, dado que el accionante no acreditó alguna situación de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad de cara al artículo 4¹ de la citada Resolución, de manera que obligue a la entidad demandada a priorizar la entrega de la indemnización administrativa en su caso, no es posible predicar vulneración alguna al debido proceso por parte de la accionada, pues mal haría el juez constitucional en sustituir la competencia atribuida a la UARIV la cual posee las herramientas

¹ i) Tener una edad igual o superior a los setenta y cuatro (74) años, ii) Tener enfermedad (es) huérfanas, de tipo ruidoso, catastrófico o de alto costo definidas como tales por el Ministerio de Salud y Protección Social, iii) Tener discapacidad que se certifique bajo los criterios, condiciones e instrumentos pertinentes y conducentes que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social o la Superintendencia Nacional de Salud.

N° Interno : 2022-1863-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05.440.31.04.001.2022.00259
Accionante : Luis Fernando Guzmán González
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

necesarias para adelantar los estudios específicos conforme a los lineamientos legales para determinar la disponibilidad o no de la entrega de la indemnización administrativa.

Y es que, si bien no se desconoce la difícil situación económica por la que atraviesan las víctimas de desplazamiento forzado, lo cierto es que, actualmente, tal y como lo señaló la accionada, no cumple con los criterios de priorización que consagra la norma -artículo 4º-.

Así las cosas, le asiste razón a la entidad apelante cuando advierte que emitió una respuesta de fondo, clara y congruente a la solicitud, dentro del trámite constitucional, y antes de la emisión del fallo de primera instancia, pues explicó las razones por las que es imposible acceder al pago o a brindar una fecha cierta, detallando la documentación que debe soportar, en el caso que quiera ser priorizada de acuerdo a alguna situación de urgencia manifiesta o de extrema vulnerabilidad.

Conforme con lo antes expuesto, se procederá a **REVOCAR** la decisión de primera instancia, negando en consecuencia, el amparo constitucional al señor LUIS FERNANDO GUZMÁN GONZÁLEZ del derecho de petición y a la “indemnización administrativa”, por cuanto se demostró que la entidad le brindó una respuesta, clara, precisa y de fondo respecto a su situación; explicándole además el procedimiento para aplicar a la ruta de priorización.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL**

N° Interno : 2022-1863-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05.440.31.04.001.2022.00259
Accionante : Luis Fernando Guzmán González
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.

SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISION PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión de primera instancia, conforme a lo anotado en la parte considerativa y, en su lugar, se deniega el amparo constitucional al señor LUIS FERNANDO GUZMÁN GONZÁLEZ.

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de segundo grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **cb4f1c87acdb3a3e7f56797d8b9f501efde2de9fdf482e1aea8a2a0a165ff9e8**

Documento generado en 15/12/2022 03:43:35 PM

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

Radicado Interno: 2022-1807-4

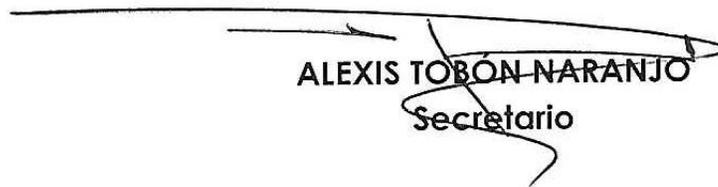
Accionante: Nelson Minotta García

Accionado: Fiscalía 97 Seccional de Apartadó y otros

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado PLINIO MENDIETA PACHECO expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual la accionante interpone recurso de apelación frente al fallo de primera instancia; a quien pese a haberse remitido correo electrónico para la notificación del fallo no acusó recibido del mismo, razón por la cual se tendrá notificado por conducta concluyente en la fecha que allega el recurso, esto es el 05 de diciembre de 2022¹

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día seis (06) de diciembre de 2022 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día nueve (09) de diciembre de 2022.

Medellín, diciembre catorce (14) de 2022.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivo 031

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, diciembre quince (15) de dos mil veintidós

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna por el accionante **Nelson Minotta García**, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **2957e3084008b63f7bad5148c7d7fc4dadfb8527fd35895ec66fda34d3fabb04**

Documento generado en 15/12/2022 03:47:57 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 117 de la fecha

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Decreto probatorio
Radicado	05-00031-07000-2020-00005 (N.I. T.S.A. 2022-1745-5)
Decisión	Confirma parcialmente

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra del auto proferido el 11 de octubre del año 2022 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado Antioquia en el curso de la audiencia preparatoria dentro de la actuación que se adelanta en contra de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ, JAVIER OCHOA VELÁSQUEZ, JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN, ÁLVARO ACEVEDO GONZÁLEZ, JOHN PAUL OLIVO, CHARLES DENNIS KEISER, JOSÉ LUIS VALVERDE RAMÍREZ, VÍCTOR JULIO BUITRAGO SANDOVAL, FAUD ALBERTO GAICOMAN HASBÚN y REINALDO ELÍAS ESCOBAR DE LA HOZ.

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el numeral 1 del artículo 76 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 del 2000.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 31 de agosto de 2018 la fiscalía profirió resolución de acusación en contra de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ, JAVIER OCHOA VELÁSQUEZ, JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN, ÁLVARO ACEVEDO GONZÁLEZ, JOHN PAUL OLIVO, JOSÉ LUIS VALVERDE RAMÍREZ, VÍCTOR JULIO BUITRAGO SANDOVAL, FAUD ALBERTO GAICOMAN HASBÚN, REINALDO ELÍAS ESCOBAR DE LA HOZ y CHARLES DENNIS KEISER como presuntos responsables del delito de concierto para delinquir gravado, los nueve primeros conforme al artículo 340, incisos 2 y 3, de la Ley 599 del 2000, el último conforme al artículo 186, incisos 3 y 4, de la Ley 100 de 1980.

En audiencia preparatoria del 10 de mayo del 2022 la Juez Sexta Penal del Circuito Especializado de Antioquia resolvió no decretar algunas de las pruebas. Decisión apelada exclusivamente por dos de los defensores, el de HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ por la totalidad de pruebas que le fueron negadas, y el de CADAVID MARÍN por 4 de las pruebas que le fueron negadas.

Repartido el asunto a esta Sala, mediante providencia del 14 de junio siguiente, se declaró la nulidad de la actuación desde el auto emitido por la primera instancia debido a su deficiente motivación.

En razón de lo anterior, se celebró audiencia preparatoria el 11 de octubre del 2022, allí la Juez -bajo el entendido de que la nulidad afectaba íntegramente la decisión del 10 de mayo-, emitió un nuevo decreto probatorio pronunciándose respecto de todas las pruebas solicitadas, incluso negando algunas de las que ya había decretado y que no fueron objeto de la apelación inicial.

En contra de esta última decisión todos los defensores interpusieron el recurso de apelación, la mayoría, subsidiario al de reposición.¹ Así, el 17 de octubre del 2022, la Juez repuso su providencia en el sentido de “negar” dos pruebas documentales que había decretado de oficio, además, accedió al testimonio de Williamson Nasi, solicitado por la defensa de HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ. En lo restante, no repuso, dando trámite a la apelación.

IMPUGNACIÓN

Los defensores de los procesados interpusieron el recurso de apelación solicitando, principalmente, se revoque la decisión y consecuentemente se decreten sus pruebas. Algunos también solicitaron la nulidad procesal. Para un mejor desarrollo de esta providencia, sus argumentos pueden sintetizarse así:

- A excepción de la defensa de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ, los demás defensores coinciden en atacar el hecho de que, con fundamento en la nulidad decretada por esta Sala, la primera instancia en el auto del 11 de octubre del 2022 volviera a pronunciarse sobre las pruebas que ya había decretado y respecto de las cuales no se presentó apelación. Además, variando sustancialmente el sentido de la providencia adoptada el 10 de mayo del mismo año, y en consecuencia, negando la mayoría de pruebas a las que inicialmente accedió.
- Los apelantes convergen en que la Juez no fundamentó en debida forma el nuevo decreto probatorio e incurrió en contradicciones que afectan el debido y el derecho defensa.
- Cada uno de los recurrentes señaló los motivos por los cuales consideraban que, contrario a lo resuelto por la Juez, se cumplían los presupuestos para poder decretarse algunas de las pruebas negadas.

¹ A excepción de la defensa de OCHOA VELÁSQUEZ, la que solo presentó recurso de apelación.

En desarrollo de tal tarea allegaron copiosos documentos, cuyo contenido solo se precisará, de ser necesario, al resolver de fondo cada solicitud probatoria.

La fiscalía y la parte civil, como no recurrentes, solicitaron confirmar la decisión apelada pues la nulidad decretada imponía un nuevo pronunciamiento sobre la totalidad de solicitudes probatorias, lo que se hizo acertadamente negando las pruebas que limitan la celeridad o que resultan impertinentes para el objeto del proceso.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación de la siguiente manera: primero, se precisará el alcance de la nulidad decretada el 14 de junio del 2022, luego, se analizará, en lo correspondiente, si las solicitudes probatorias fueron correctamente negadas en auto del 11 de octubre del mismo año.

1. El alcance de la nulidad decretada por la Sala el 14 de junio de 2022

No hay discusión en que el 10 de mayo del 2022 la Juez Sexta Penal del Circuito Especializado de Antioquia resolvió las solicitudes probatorias mediante un auto con una deficiente motivación. Ello, sin duda, afectó a todas las partes. Sin embargo, solo los defensores de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ y JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN apelaron tal providencia.

Lo anterior es relevante si se tiene en cuenta que los demás defensores, aun cuando tuvieron oportunidad para impugnar en las mismas condiciones que sus colegas, no lo hicieron. Tampoco se pronunciaron en su calidad de no apelantes a fin de hacer alguna observación al respecto.

Nótese que solo tras la nulidad decretada por esta Sala expusieron sus consideraciones sobre lo sucedido, algunos en una tutela en contra de lo resuelto en esta instancia, y todos al momento de apelar el nuevo auto probatorio proferido en octubre pasado. De dichos pronunciamientos se infiere que su pasividad para atacar el auto probatorio del 10 de mayo de 2022 obedecía a que, pese a las falencias de la decisión, encontraban satisfechas sus pretensiones, así que no les asistía interés para recurrir al considerar que con las pruebas decretadas se respetaban sus garantías y derechos.

Incluso, el defensor de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN, al apelar el citado auto de mayo, precisó que su objeción tenía como único objeto, la negativa de 4 testimonios, y por ello, obviamente no atacó el decreto de las pruebas que solicitó.

La actuación de estos defensores evidencia que su intención desde el principio fue convalidar el actuar de la Juez,² pese a las evidentes irregularidades de su providencia, lo que hicieron en pleno ejercicio de sus potestades como partes procesales, sin que ello implique vulneración alguna de sus garantías.

En esas condiciones, la decisión de nulidad se encontraba limitada por esta particularidad, de modo que su alcance se encuentra supeditado a lo que fue objeto de la apelación inicial, es decir, la presentada por la defensa de CADAVID MARÍN y HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ.

Por lo tanto, no fue acertado que la Juez emitiera una nueva decisión volviendo sobre temas y pruebas ya superadas, toda vez que estas determinaciones no fueron apeladas y tampoco afectadas con la nulidad decretada.

² Ley 600 del 2000, artículo 310-4. *“Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.”*

Así que, la decisión del 11 de octubre de 2022 debe condicionarse a lo precisado en el párrafo precedente. En consecuencia, se entiende que se ha mantenido en firme el decreto probatorio del 10 de mayo de 2022 en todo lo que no fue objeto de apelación en aquel momento.

En otras palabras, el decreto probatorio en relación con las pruebas solicitadas por las defensas de JAVIER OCHOA VELÁSQUEZ, ÁLVARO ACEVEDO GONZÁLEZ, JOHN PAUL OLIVO, JOSÉ LUIS VALVERDE RAMÍREZ, VÍCTOR JULIO BUITRAGO SANDOVAL, FAUD ALBERTO GAICOMAN HASBÚN, REINALDO ELÍAS ESCOBAR DE LA HOZ y CHARLES DENNIS KEISER debe estarse a lo resuelto en el auto del 10 de mayo de 2022, pues las partes interesadas convalidaron cualquier irregularidad en la que haya incurrido la Juez al momento de resolver sus solicitudes.

De ahí la necesidad de revocar el dicho sentido el auto del 11 de octubre de 2022. Lo expuesto libera a la Sala de cualquier pronunciamiento adicional sobre los demás puntos aludidos en las apelaciones de las defensas de estos procesados.

En consecuencia, debe precisarse que en esta decisión el objeto de análisis se limita al auto del 11 de octubre de 2022, pero exclusivamente en lo relativo a las solicitudes probatorias que la Juez negó tanto en aquella oportunidad como el 10 de mayo de la misma anualidad, y que además, fueron apeladas en ambas ocasiones por las defensas de CADAVID MARÍN y HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ.

2. La apelación de la defensa de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN³

Como ya se aclaró, en la apelación propuesta al auto del 10 de mayo de 2022 la defensa de este procesado solo objetó el no decreto de 4 testimonios, a saber, los de Adolfo Zapata, Luis de Armas, José Serna y James Leaver. En lo demás estuvo conforme con la decisión.

En ese orden, solo las solicitudes de estos 4 medios de conocimiento eran las que debían ser resueltas de nuevo por la Juez. Al respecto, en el auto del 11 de octubre de 2022, nuevamente se negó a la defensa de CADAVID MARÍN los testimonios de Luis de Armas, José Serna y James Leaver. Determinaciones a las que explícitamente se refirió el recurrente al sustentar la apelación.

Nótese que la Juez no se pronunció sobre el testimonio de Adolfo Zapata. El recurrente tampoco planteó controversia alguna sobre tal omisión, así que, de esa manera evidenció su desinterés en esta prueba. Por lo tanto, en el siguiente punto nos centraremos en los tres testimonios expresamente negados en el auto del 11 de octubre de 2022 y que fueron materia de la apelación.

- **Los testimonios de José Serna y Luis de Armas**

Es preciso advertir que en el decreto probatorio del 10 de mayo de 2022, mientras estos testimonios fueron negados al apelante, se decretaron en favor de la defensa de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ,⁴

³ Se inicia este punto precisando que en el recurso que ahora se resuelve, el defensor equivoca las fechas de las providencias, pues asegura que en el auto del “11 de mayo de 2022” se le negaron varias pruebas y procede a exponer las razones de sus inconformidades. Sin embargo, en aquella fecha no se emitió ningún auto con tales características, aun así, de la redacción de su escrito puede inferirse que se refiere al auto del 11 de octubre de 2022, ya que en este se le negaron las pruebas a las que alude en su nueva apelación, y es precisamente en razón de tal providencia que se le dio la oportunidad para pronunciarse nuevamente, pero de manera escrita, como impugnante.

⁴ Audiencia del 10 de mayo de 2022, en donde la Juez expuso que se decretaban los testimonios de quienes nombró en la diligencia, de modo que, los que no pronunció se entendía no decretados. En ese orden, como mencionó los nombres de José Serna y Luis de Armas, estos deben entenderse decretados en tal momento,

determinación esta última que, como se analizó en el punto anterior de esta providencia, no se vio afectada por la nulidad. En contraste, en el auto ahora recurrido⁵ se mantuvo la decisión de negar las pruebas a la defensa de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN.

Aclarado lo anterior, se destaca que, en las solicitudes probatorias de los dos procesados,⁶ sus defensores expusieron similares motivos de pertinencia de estas dos pruebas: señalaron que los testigos, abogados que intervinieron como asesores en la compra de Banadex por parte de Banacol a Chiquita Brands, podrían dar cuenta de la forma en cómo se llevaron a cabo las negociaciones, y de esa forma evidenciar que sus defendidos no tuvieron participación ni conocimiento de la financiación a grupos ilegales por parte de las empresas involucradas.

Adicionalmente, en el caso particular del ahora apelante, el defensor adujo que eran necesario demostrar si su representado estuvo presente en una reunión medular para el caso, llevada a cabo en Panamá en abril de 2004.

Es conveniente resaltar que los defensores, cada uno en su respectiva solicitud probatoria, hicieron uso de un mismo argumento para solicitar ambos testimonios, y no discriminadamente para cada uno, de modo que, no explicaron la razón particular por cual debían decretarse las dos pruebas de manera independiente y por qué no bastaba con una sola.⁷

Por su parte, en el auto del 11 de octubre de 2022, la Juez negó las pruebas a la defensa de CADAVID MARÍN ya que la licitud del negocio no es un

cuando se pronunciaba sobre las pruebas decretadas a solicitud de la defensa de HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ. Archivo "009GrabaciónPreparatoria", récord 01:09:30 a 01:09:38.

⁵ Auto del 11 de octubre de 2022, archivo "027AutoPreparatoriaDecretoPruebas", folio 44.

⁶ Solicitud probatoria de la defensa de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ, archivo "027 Solicitud probatori Dr Juan David Rivero", folios 43-44. Solicitud probatoria de la defensa de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN, archivo "024 Solicitud probatoria Dr Jaime Lombana", folios 125-127. Archivos ubicados en la carpeta "DOCUMENTOS CUADERNO 54", la que a su vez se encuentra en la carpeta "CUADERNOS" de la carpeta digital del proceso, remitida para resolver la apelación.

⁷ La defensa de CADAVID MARÍN reunió en un mismo argumento los motivos para solicitar ambos testimonios. Por su parte, la defensa de HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ pidió los testimonios de manera separada pero consignó exactamente la misma argumentación para uno y otro. De modo que ninguno de los dos defensores precisó la necesidad particular de cada testigo, en esas condiciones bastaría con uno cualquiera de los dos testigos para probar lo que pretenden.

elemento relacionado con los hechos que se le atribuyen a este, de ahí que sea impertinente y que puede generar confusión.⁸

El apelante aduce que la posición de la primera instancia es equivocada pues José Serna y Luis de Armas pueden dar cuenta de la información revelada durante una negociación determinante para la hipótesis acusatoria, de modo que no son pruebas confusas ni impertinentes.⁹

Así las cosas, aunque en el decreto positivo de estas pruebas la Juez no fundamentó porqué las encontraba pertinentes para la defensa de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ,¹⁰ tal decisión se encuentra en firme.

En ese orden, resulta contradictorio que, en el auto que ahora se revisa, se le impida a JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN hacer uso de las mismas, más si se tiene en cuenta que la finalidad que persigue es similar a la de HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ.

Además, el impugnante señaló desde su solicitud probatoria que busca evidenciar la intervención de su defendido en una reunión que, según expone y de acuerdo a la acusación, es determinante para el caso.

También es importante destacar que, pese a la negativa de las pruebas en favor del apelante, dichos testigos deberán comparecer al proceso a solicitud de otro de los acusados, así que no se advierte mayor traumatismo con el decreto de las pruebas para ambos defensores.

En esas condiciones, se revocará la decisión de la Juez en relación con estos dos medios de conocimiento, en su lugar, se accederá a tal solicitud probatoria del recurrente.

⁸ Auto del 11 de octubre de 2022, archivo “027AutoPreparatoriaDecretoPruebas”, folio 44, carpeta digital del proceso remitida para resolver la apelación.

⁹ Escrito de apelación, archivo “032RecursoReposicionApelacionApoderadode JORGE ALBERTO CADAVID MARIN”, folio 25.

¹⁰ En el auto del 10 de mayo de 2022 se decretaron estos dos testimonios a solicitud de la defensa de HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ, determinación no que no fue apelada, por lo cual no se vio afectada por la nulidad decretada por esta Sala el 14 de junio del mismo año.

Sin embargo, será necesario que las partes y la Juez estén atentos para que al momento de la práctica probatoria no se incurra en actuaciones repetitivas o dilatorias, pues como se ha advertido, ambos declarantes tendrían una misma finalidad, y no se observan aspectos novedosos que diferencien a un testigo del otro.

- **El testimonio de James Leaver**

En relación a este testigo, en su solicitud y negación sucedió algo similar a lo ocurrido con las dos pruebas acabadas de analizar, aun así, la conclusión será diferente. Veamos.

La defensa de CADAVID MARÍN solicitó el testimonio de James Leaver porque este, en su calidad de empresario bananero, fue contactado por VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ para efectuar unas negociaciones que resultaron infructuosas, lo que a la postre llevó a los acuerdos contractuales de Banacol con Chiquita Brands para la adquisición de Banadex. Por ello, pretendía demostrar que estas últimas actuaciones se realizaron en el marco de un negocio contractual legítimo y no motivados subrepticamente por el financiamiento a grupos ilegales.¹¹

El testimonio de Leaver fue pedido por las defensas de HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ y de CADAVID MARÍN. La Juez decretó la prueba a favor del primero¹² pero la negó al segundo.¹³ Para esta última determinación adujo que el medio de conocimiento no tenía relación con la investigación en

¹¹ Solicitud probatoria de la defensa de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN, archivo “024 Solicitud probatoria Dr Jaime Lombana”, folios 130-131. Archivo ubicado en la carpeta “DOCUMENTOS CUADERNO 54”, la que a su vez se encuentra en la carpeta “CUADERNOS” de la carpeta digital del proceso, remitida para la apelación.

¹² En la decisión del 10 de mayo de 2022. en donde la Juez expuso que se decretaban los testimonios de quienes nombró en la diligencia, de modo que, los que no pronunció se entendía no decretados. En ese orden, como mencionó el nombre de James Leaver, este debe entenderse decretado en tal momento, cuando se pronunciaba sobre las pruebas decretadas a HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ. Archivo “009GrabaciónPreparatoria”, récord 01:09:03 a 01:09:05.

¹³ En los dos decretos probatorios, del 10 de mayo y 11 de octubre de 2022.

contra de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN, así que resultaba “inconducente”.¹⁴

El apelante objetó tal decisión asegurando que la prueba es útil y pertinente pues el testigo podrá informar si hubo información oculta por parte de CADAVID MARÍN, y conocimiento sobre la asociación ilícita.¹⁵

Nótese que el recurrente presenta en la apelación argumentos que no entregó al realizar la solicitud probatoria. Olvida estratégicamente que no es esta instancia el escenario para superar las falencias argumentativas de una oportunidad procesal ya agotada. Si lo referido en la apelación es el fundamento de la pertinencia de la prueba, debió acreditar que tales razones fueron entregadas a la Juez al momento de la solicitud probatoria. En cambio, lo que se evidenció fue que modificó los motivos de pertinencia presentados ante la primera instancia.

Para ser más precisos, en su solicitud probatoria, el defensor solo aludió a unos acercamientos del testigo con otro procesado, a saber, VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ. De ahí que no resulte contradictorio el que se haya decretado la prueba a favor de este último y no de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN. En contraste, en la petición presentada a la Juez, ninguna alusión se hizo de su representado, así que no explicó cómo se vinculaba tal medio de conocimiento con aquel, omisión que intentó superar en la apelación.

En ese orden, como no se acreditó, cuando se debía, la pertinencia de la prueba para los intereses particulares de CADAVID MARÍN, es acertado que no se accediera a su decreto para este acusado, decisión que deberá ser confirmada.

¹⁴ Auto del 11 de octubre de 2022, archivo “027AutoPreparatoriaDecretoPruebas”, folio 45.

¹⁵ Escrito de apelación, archivo “032RecursoReposicionApelacionApoderadode JORGE ALBERTO CADAVID MARIN”, folio 27.

3. La apelación de la defensa de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ

Conforme a lo analizado en el punto 1 de esta providencia, se impone precisar que, de las solicitudes probatorias presentadas por la defensa de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ (tras los autos del 10 de mayo y 11 de octubre de 2022, así como el que resolvió la reposición a este último -del 27 del mismo mes y año-), hasta el momento existe controversia respecto a la negativa de 31 pruebas: 29 testimoniales y 2 documentales.¹⁶ Las demás pruebas pedidas por el defensor de este procesado fueron decretadas en los referidos autos.

Estos 31 medios de conocimiento fueron negados en la primera decisión referida, contra la cual la defensa interpuso el recurso de apelación. Por lo tanto, dicha determinación se vio afectada con la nulidad declarada por la Sala, lo que obligaba a la Juez a resolver debida y motivadamente tales peticiones probatorias. En cumplimiento de ello, profirió el auto del 11 de octubre de la presente anualidad, manteniéndose en la negativa de dichas pruebas, lo que dio pie al recurso de apelación que ahora se desata.

En ese orden, corresponde estudiar si la decisión de la Juez resulta acertada, entendido que la impugnación interpuesta tiene como objeto exclusivo los 31 medios de conocimiento que no fueron decretados.

Para mayor claridad de esta decisión, se precisa que la defensa planteó sus solicitudes probatorias partiendo de 13 hechos que, según expuso, se corresponden con algunos de los hechos delimitados por la fiscalía en la resolución de acusación, los que pretende controvertir. De ese modo, para

¹⁶ Testimoniales: 1. César Gaviria, 2. Rafael Pardo, 3. Ernesto Samper Pizano, 4. Andrés Pastrana, 5. Luis Fernando Ramírez Acuña, 6. Gustavo Bell Lemus, 7. Martha Lucia Ramírez, 8. Juan Gómez Martínez, 9. Ramiro Valencia Cossio, 10. Rodrigo Antonio Cardona Benjumea, 11. Aníbal Gaviria Correa, 12. Juan Raul Restrepo Maya, 13. Fabio Peña, 14. Raúl Sánchez Lugo, 15. Gonzalo Ochoa, 16. Camilo González, 17. Luis Eduardo Niño, 18. María Eugenia Osorio Pérez, 19. Mariela Gómez Giraldo, 20. Jorge Eliecer Moreno Urrea, 21. Luis Alfonso Montoya Gil, 22. Rodrigo Arango, 23. Gonzalo Toro, 24. Santiago Perdomo, 25. William H. Camp, 26. Jhon Jairo García, 27. Juan Eugenio Ríos Villa, 28. Agustín Melecio Velásquez Perea y 29. Bekuevaower Cavadio González. Documentales: 1. estatutos de Banacol para el año 2003, y 2. Documentos con los que Banacol (Banana International) sustentó la solicitud del préstamo ante Bancolombia Panamá, Bancafé Panamá y Helm Bank Panamá.

cada uno de estos hechos elevó la solicitud de pruebas que consideró necesaria.

Teniendo en cuenta tal situación, la Sala debe destacar que las 31 pruebas negadas se solicitaron y distribuyeron dentro de los hechos que el defensor denominó numéricamente como 1, 4, 12 y 16. En contraste, las pruebas pedidas para los hechos 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de su solicitud probatoria fueron decretadas por la Juez en los diferentes autos que profirió, por lo que no es necesario adentrarnos en estos últimos, ya que la problemática que debe resolverse se limita a los primeros.

Ahora bien, antes de valorar la negativa de cada prueba y su correspondiente apelación, cabe una precisión determinante para decidir el asunto: desde el inicio de la resolución de acusación la fiscalía precisó que las denominadas Convivir surgieron cobijadas por un aparente manto de legalidad, como respuesta a la necesidad de hacer frente a la situación de violencia y flagelo social que se presentaba, para la época de los hechos, en los territorios donde se realizaron las conductas investigadas.

Siendo así, resulta de poca trascendencia probar el origen de las normas que regulaban de alguna manera a las Convivir. Además, el conflicto social y la violencia que se presentaba para la época de los hechos en los lugares a los que se circunscribe la acusación, son de conocimiento público. Si estas eran las intenciones del apelante con alguna de sus pruebas, debió precisar la necesidad de demostrar un hecho de amplio conocimiento público y que no se discute por parte del acusador.

También se debe advertir que aun cuando la defensa intentó presentar separadamente cada medio de conocimiento, incurrió en argumentos repetitivos, incluso, agrupó algunos testigos y desarrolló de manera genérica y conjunta los fundamentos de su pertinencia, racionalidad y utilidad, particularidades que no pueden pasarse por alto al momento de resolver la apelación.

a. Las pruebas solicitadas para el denominado hecho 1

Aduce el apelante que la fiscalía acusó infundadamente a los empresarios bananeros, quienes durante la década de los años 90 y principios del 2000 fueron víctimas de la violencia, de la alteración del orden público del país y especialmente de la región de Urabá.

Así que, para contextualizar y dar cuenta de tal realidad, la que asegura, impulsó la creación y uso legítimo de las Convivir, se requiere el decreto de los 11 testimonios negados en este punto, a saber, los de: 1. César Gaviria, 2. Rafael Pardo, 3. Ernesto Samper Pizano, 4. Andrés Pastrana, 5. Luis Fernando Ramírez Acuña, 6. Gustavo Bell Lemus, 7. Martha Lucia Ramírez, 8. Juan Gómez Martínez, 9. Ramiro Valencia Cossio, 10. Rodrigo Antonio Cardona Benjumea y 11. Aníbal Gaviria Correa.

Ahora bien, en este evento sucedió algo similar a lo acaecido con el anterior procesado: de estos 11 testigos, 5 que no fueron decretados en ninguna de las oportunidades para la defensa de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ, sí fueron decretados en la decisión del 10 de mayo de 2022 a solicitud de la defensa de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN, decisión que se encuentra en firme. Los testimonios a los que se alude son los de: Luis Fernando Ramírez Acuña, Gustavo Bell Lemus, Martha Lucia Ramírez, Rodrigo Antonio Cardona Benjumea y Aníbal Gaviria Correa.¹⁷

Así que analizaremos lo relativo a estos medios de conocimiento, primero, destacando cómo fueron solicitados, luego, estableciendo si en razón del principio de igualdad, la decisión de decretarlos en favor de uno de los procesados tiene implicaciones al momento de resolver la petición del otro.

¹⁷ En la decisión del 10 de mayo de 2022. en donde la Juez expuso que se decretaban los testimonios de quienes nombró en la diligencia, de modo que, los que no pronunció se entendía no decretados. En ese orden, como mencionó el nombre de estos 5 testigos, estos deben entenderse decretados en tal momento. Archivo "009GrabaciónPreparatoria", récord 01:13:49 a 01:16:58.

- **El testimonio de Rodrigo Antonio Cardona Benjumea.** Los defensores de HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ y CADAVID MARÍN pidieron esta prueba bajo argumentos similares: señalaron que Cardona Benjumea, como asistente del secretario de gobierno de Antioquia para los años de 1995 a 1997, conoció directamente la estructuración, marco de legalidad y entrada en funcionamiento de las Convivir, además, participó en una reunión entre Raúl Hasbún y empresarios bananeros, hecho decisivo para evidenciar que las actuaciones de los procesados se dieron en un claro marco de legalidad.¹⁸
- **El testimonio de Aníbal Gaviria Correa.** De manera similar, ambos defensores solicitaron esta prueba para que el testigo informe sobre las relaciones que existieron entre las AUC y las Convivir, cómo y en qué tiempos se dio el proceso de desmovilización paramilitar, además, las implicaciones que ello tuvo en la negociación de Banadex por parte de Banacol. Adicionalmente, evidenciar que los empresarios bananeros contrataron a las Convivir como un servicio de vigilancia privada y no para financiar a grupos ilegales.¹⁹
- **Los testimonios de Luis Fernando Ramírez Acuña, Gustavo Bell Lemus y Martha Lucia Ramírez.** Los defensores, cada uno en su respectiva solicitud, agrupó estos tres testimonios y propuso un único argumento para solicitarlos: manifestaron que los testigos, como ministros de defensa en periodos diferentes, podrían mostrar que no era clara la relación entre las AUC y las Convivir para el momento de los hechos. Así que los empresarios bananeros actuaron confiados en el respaldo del Gobierno a las Convivir y no como generadores de violencia.²⁰

¹⁸ Solicitud probatoria de la defensa de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ, archivo "027 Solicitud probatori Dr Juan David Rivero", folios 11-12. Solicitud probatoria de la defensa de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN, archivo "024 Solicitud probatoria Dr Jaime Lombana", folios 82-83. Archivos ubicados en la carpeta "DOCUMENTOS CUADERNO 54", la que a su vez se encuentra en la carpeta "CUADERNOS" de la carpeta digital del proceso, remitida para resolver la apelación.

¹⁹ Solicitud probatoria de la defensa de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ, archivo "027 Solicitud probatori Dr Juan David Rivero", folio 9. Solicitud probatoria de la defensa de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN, archivo "024 Solicitud probatoria Dr Jaime Lombana", folios 85-86. Archivos ubicados en la carpeta "DOCUMENTOS CUADERNO 54", la que a su vez se encuentra en la carpeta "CUADERNOS" de la carpeta digital del proceso, remitida para resolver la apelación.

²⁰ Solicitud probatoria de la defensa de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ, archivo "027 Solicitud probatori Dr Juan David Rivero", folios 14-15. Solicitud probatoria de la defensa de JORGE ALBERTO CADAVID

Nótese que se presentaron los mismos argumentos de pertinencia para las pruebas pedidas por las defensas de los dos procesados, motivos que aplican razonablemente para cada uno, y aunque eventualmente su trascendencia puede ser cuestionable, lo cierto es que, al decretar las pruebas solicitadas por la defensa de CADAVID MARÍN, la Juez no fundamentó porqué las encontraba pertinentes, sin embargo, tal decisión se encuentra en firme.²¹ A lo sumo, puede considerarse que ambos defensores buscan demostrar que el gremio bananero, del que hacen parte sus representados, actuó frente a las convivir sin la intención de cometer el delito por el que se les acusa.

En esas condiciones, estamos en una situación similar resuelta antes en esta decisión y que, por lo tanto, debe definirse de igual forma: es contradictorio negarle a la defensa de HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ las pruebas que sí fueron decretadas en favor de otro procesado, cuando ambos propusieron el mismo juicio de pertinencia al solicitar tales medios de conocimiento. Véase que, en todo caso, los testigos deberán concurrir al proceso dado el decreto positivo en una de las solicitudes probatorias.

Entonces, se revocará la decisión de la Juez en relación con estos 5 medios de conocimiento y se accederá a tal solicitud probatoria del recurrente. Además, se reitera la necesidad de evitar que en la práctica probatoria se incurra en actuaciones repetitivas o dilatorias. Resuelto esto, se seguirán con la evaluación del no decreto de las otras 6 pruebas referidas en este punto.

MARÍN, archivo "024 Solicitud probatoria Dr Jaime Lombana", folios 96-97. Archivos ubicados en la carpeta "DOCUMENTOS CUADERNO 54", la que a su vez se encuentra en la carpeta "CUADERNOS" de la carpeta digital del proceso, remitida para resolver la apelación.

²¹ En el auto del 10 de mayo de 2022 se decretaron estos testimonios a solicitud de la defensa de CADAVID MARÍN, determinación no que no fue apelada, por lo cual no se vio afectada por la nulidad decretada por esta Sala el 14 de junio del mismo año.

- **El testimonio de Cesar Gaviria, Ex Presidente de Colombia**

Asegura el apelante que la Juez negó su testimonio sin tener en cuenta que, desde la solicitud probatoria se expuso la necesidad de acreditar con esta prueba el respaldo institucional que tenían las Convivir, situación que, a la postre, llevó a los empresarios bananeros a contratarlas.

Aunque de manera poco técnica, la Juez acertadamente negó la prueba por la poca utilidad que puede tener para el proceso. Nótese que la creación de las normas que dieron sustento legal y facultad de operación, en su momento, a las denominadas Convivir, no se discute, siendo este uno de los puntos aludidos por la defensa en su solicitud probatoria. Tampoco la situación de orden social en las zonas donde se cometieron los delitos. Lo que se le cuestiona por parte de la fiscalía es el indebido uso de estas organizaciones, aparentemente legales, para el financiamiento de grupos criminales. Para esto último, no se evidencia con claridad la necesidad de esta prueba.

- **El testimonio de Rafael Pardo**

Aduce el impugnante que fue indebidamente negado este testimonio pues con él este se busca demostrar la licitud de las Convivir, y aunque la situación de violencia en la zona bananera para la época de los hechos puede catalogarse como notoria, no es así la participación de los empresarios bananeros en ella, hecho este último discutido en el proceso, por lo que es posible acceder al testimonio.

Deberá mantenerse la negativa de la prueba. Nótese que el defensor acepta que no pretende probar la violencia de la región para el momento de ejecución de los delitos, sino que su representado no la generó. Sin embargo, no precisó de manera clara cómo es que, particularmente, el testigo podía dar cuenta de que el acusado no participó en los hechos se le atribuyen. Se insiste, desde la acusación la fiscalía señaló que las Convivir

tuvieron un fundamento normativo que les dio un inicial manto de legalidad, y efectivamente se expidieron varias normas al respecto, de donde se desprende que este no es un hecho que se discuta, aun así, se persiste en pedir pruebas para demostrar tal circunstancia.

- **El testimonio de Ernesto Samper Pizano, Ex Presidente de Colombia**

Manifiesta el recurrente que la Juez no resolvió en debida forma la solicitud probatoria ya que omitió tener en cuenta que con este testigo se pretendía probar que no era de conocimiento público la relación entre las AUC y las Convivir, además, cómo la situación de inseguridad llevó a la expedición de los decretos 2974 de 1997 y 356 de 1994, los que regulaban el ejercicio de las Convivir.

Es acertado no decretar la prueba si lo que pretende demostrarse con ella es que no era de conocimiento público la relación entre las citadas organizaciones. Debe tenerse en cuenta que para el efecto se decretaron 8 testimonios,²² así que, para para dicho fin el medio de conocimiento se advierte repetitivo. Adicionalmente, se acaban de decretar otras pruebas que apuntan en la misma dirección.

Ahora, que la situación de violencia propiciara la expedición de las citadas normas, y que conforme a ellas las Convivir llegaran a operar con respaldo jurídico, no es un hecho que se discuta, por lo que no es una prueba determinante en punto de pertinencia. Más si se tiene en cuenta que otros testigos, como los acabados de decretar en este punto, informaran sobre el trato que, desde diferentes instituciones estatales, se les dio a las Convivir mientras estuvieron revestidas de legalidad.

²² Hernán Arias Gaviria, Julio César Vásquez Higuera, Martha Lucia Bustamante, Alberto Builes Ortega, Eugenio Prieto Soto, Oscar Álvarez Gutiérrez, Luis Fernando Suárez Vélez y Luis Alfredo Ramos.

- **El testimonio de Andrés Pastrana, como Ex Presidente de Colombia**

En su apelación, el defensor destaca que los motivos para decretar este testimonio son los mismos que correspondían para el testimonio de Samper Pizano, y en ese orden, iguales las objeciones a la decisión de la Juez.

En consecuencia, es claro que lo acertado es mantener la decisión de no decretar la prueba pues la Juez accedió a la práctica de otros varios testimonios para establecer lo relativo al conocimiento público de la relación entre las AUC y las Convivir. Adicionalmente, la naturaleza jurídica con la que emergieron las Convivir es un hecho que la misma fiscalía acepta, así que no está clara la necesidad de insistir en una prueba de este tipo para para tal finalidad.

- **Los testimonios de Juan Gómez Martínez y Ramiro Valencia Cossio**

La Juez negó estos testimonios porque no se argumentó su pertinencia y utilidad. Por su parte, el apelante reprocha tal decisión y asegura que sí lo hizo.

La Sala advierte que es acertada la posición de la Juez pues en la solicitud probatoria el defensor sobre estos testigos se limitó a señalar:

“De igual forma se solicitan los testimonios de los ex gobernadores de Antioquia y de sus respectivos secretarios de Gobierno de los siguientes periodos:

1. *JUAN GÓMEZ MARTÍNEZ 1º de enero de 1992 a 7 de agosto de 1994*
2. *RAMIRO VALENCIA COSSIO 7 de agosto de 1994 a 31 de diciembre de 1994 (e)”²³*

²³ Escrito de solicitud probatoria del defensor, archivo “027 Solicitud probatoria Dr. Juan David Rivero”, folio 11.

Luego de ello, se dispuso a dar cuenta de los motivos para solicitar el testimonio de Rodrigo Antonio Cardona Benjumea, sin que relacionara que la argumentación de este correspondía también a la de los otros dos. En ese orden, es claro que no cumplió con la carga que le imponía la solicitud probatoria, por lo que es acertado no haberlas decretado. Resueltos hasta el momento las objeciones a las pruebas negadas en el denominado hecho 1, continuaremos con el siguiente.

b. La prueba solicitada para el denominado hecho 4

La defensa aseguró que la fiscalía confundió en varios apartes de la acusación a Banacol con Augura, asunto que considera necesario diferenciar. Por eso pidió, entre otros medios de conocimiento, la siguiente prueba documental:

- **Los estatutos de Banacol para el año 2003**

En la solicitud probatoria se sostuvo que es una prueba pertinente ya que se refiere a la organización de la compañía y las funciones de los procesados, lo que permitiría distinguir a Banacol de Augura.²⁴ Sin embargo, la Juez la negó pues al proceso asistiría el presidente de Augura, quien daría cuenta de los hechos que se pretenden probar con el documento.²⁵

En su apelación, el defensor reitera los motivos de la solicitud y destaca que la Juez no motivó con suficiencia los aspectos fácticos y jurídicos de su providencia, además, no tuvo en cuenta las diferencias de la pertinencia con que se solicitó y decretó el testimonio al que alude.

La decisión se confirmará. Además de que se decretaron los testimonios de varias personas vinculadas a Augura y Banacol, quienes informarán sobre el

²⁴ *Ibíd*em, folio 23.

²⁵ Auto del 11 de octubre de 2022, archivo "027AutoPreparatoriaDecretoPruebas", folio 53.

funcionamiento de estas, sus relaciones con las Convivir y las actividades del acusado,²⁶ el apelante no precisó cuál era la pertinencia y trascendencia de la diferenciación que propone. En otras palabras, de su solicitud y apelación no es evidente cómo la claridad sobre tal aspecto pueda dar luces sobre la inexistencia del hecho investigado o la no responsabilidad penal de HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ.

Resulta llamativo que al argumentar el hecho 5 de su solicitud probatoria, el apelante afirmó que su defendido actuó en la junta directiva de Augura como representante de Banacol. Entonces, si él mismo advierte que hubo vinculación del procesado con una y otra, nótese que no es clara cuál es la necesidad de diferenciarlas en relación con algún aspecto sustancial de la acusación que se pueda controvertir a partir de tal circunstancia.

c. Las pruebas solicitadas para el denominado hecho 12

Expone el defensor que entre los años 2003 y 2004 Banacol y Chiquita Brands realizaron una rigurosa negociación en la que la primera, pese a su diligencia, no conoció que la segunda realizaba pagos a grupos armados ilegales. Las pruebas que sobre este punto se negaron son las diez siguientes: 1. Juan Raúl Restrepo Maya, 2. Fabio Peña, 3. Raúl Sánchez Lugo, 4. Gonzalo Ochoa, 5. Camilo González, 6. Luis Eduardo Niño, 7. María Eugenia Osorio Pérez, 8. Mariela Gómez Giraldo, 9. Jorge Eliecer Moreno Urrea y 10. Luis Alfonso Montoya Gil.

²⁶ Carolina Correa, Janeth Quiroz, María Teresa Velásquez y Emerson Aguirre Medina como pruebas del referido hecho 4. Del hecho 5, relativo al conocimiento de la relación entre las AUC y las Convivir por parte del procesado, se decretaron los testimonios de Fernando Devis Morales, María Isabel Patiño, John Jairo Gallego, Carlos Saldarriaga, Marco Tulio Calvo, Alberto León Mejía y Santiago Uribe.

- **El testimonio de Juan Raúl Restrepo Maya.**

La Juez negó la prueba porque se contaba con otros testigos que darían cuenta de lo que buscaba demostrarse con él.²⁷ Decisión que critica el apelante ya que la primera instancia no precisó cuáles pruebas servirían para tal fin, además, el conocimiento que este posee no puede ser otorgado por nadie más, en concreto, que Chiquita Brands no aportó información que sirviera para que Banacol conociera de los pagos que la primera hacía a las AUC a través de las Convivir.

La Sala no decretará la prueba. El testimonio de Restrepo Maya fue pedido prácticamente bajo un mismo y único argumento junto al testimonio de Pablo Restrepo. Según la solicitud probatoria, ambos en su calidad de abogados encargados de revisar documentación de la negociación podrían dar cuenta que de la información aportada por Chiquita Brands no suponía el conocimiento de los pagos de tal empresa a grupos al margen de la ley. La única diferencia entre ambas pruebas es que Juan Raúl Restrepo Maya se ocupó de los asuntos laborales y Pablo Restrepo de la revisión de títulos de inmuebles.²⁸

La Juez decretó el testimonio de Pablo Restrepo,²⁹ así que el defensor sí cuenta con uno de los testigos que pidió para probar tal punto. Además, también se decretaron los testimonios de los abogados José Serna y Luis de Armas, quienes, según adujo el apelante en su solicitud probatoria, tuvieron acceso a la información aportada para la negociación,³⁰ así que, el propio apelante se refuta cuando aduce que solo Restrepo Maya tenía conocimiento sobre tal tema.

²⁷ Auto del 11 del octubre de 2022, archivo “027AutoPreparatoriaDecretoPruebas”, folio 60.

²⁸ Solicitud probatoria, archivo “027 Solicitud probatori Dr Juan David Rivero”, folio 45. Prueba decretada en auto del 10 de mayo de 2022, archivo “009GrabaciónPreparatoria”, récord 01:09:29 a 01:09:43. En esta última diligencia la Juez adujo que si pronunciaba el nombre de algún testigo era porque se decretaba, lo que ocurrió con este testigo. Decisión que se encuentra en firme como se ha señalado a lo largo de esta providencia.

²⁹ Auto del 10 de mayo de 2022, archivo “009GrabaciónPreparatoria”, récord 01:09:29 a 01:09:43. En esta última diligencia la Juez adujo que si pronunciaba el nombre de algún testigo era porque se decretaba, lo que ocurrió con esta prueba. Decisión que se encuentra en firme como se ha señalado a lo largo de esta providencia.

³⁰ Solicitud probatoria, archivo “027 Solicitud probatori Dr Juan David Rivero”, folio 44-45.

- **Los testimonios de Fabio Peña, Raúl Sánchez Lugo, Gonzalo Ochoa, Camilo González, Luis Eduardo Niño, María Eugenia Osorio Pérez, Mariela Gómez Giraldo, Jorge Eliecer Moreno Urrea y Luis Alfonso Montoya Gil**

Estas pruebas fueron solicitadas de manera conjunta aduciendo que eran *“pertinentes ya que, se refieren a los estados contables, financieros y económicos de Banacol para la época en que se realizó la transacción de compraventa con Chiquita Brands, y conocieron de primera mano la información de la compañía, y son útiles, ya que, narraran al despacho que toda la documentación presentada por Banacol, correspondía a manejos dentro de la legalidad de sus operaciones, respecto de los pagos y otras transacciones”*. De los primeros 5 se dijo que era *“Personal de KPMG, que asesoró a Bancacol, en los temas de Due Diligence sobre Banadex, CFS y Agrícola El Retiro en materia fiscal, cambiaría y legal”*. De los restantes 4, que son personas que *“participaron en la elaboración de los informes de revisor fiscal de Banacol, de 1.998 a 2.007”*.³¹

La Juez, también de manera conjunta, negó tales pruebas destacando que la licitud de la negociación no es objeto del proceso, así que no son medios de conocimientos pertinentes y tienden a generar confusión.³²

El recurrente objeta tal determinación pues con ella se desconoce que la fiscalía adujo en la acusación que en el proceso de negociación Banacol, y en particular el procesado, conocieron de los pagos ilícitos que Chiquita Brands hizo a las AUC a través de las Convivir. Sin embargo, tal negocio se efectuó con apego a la legalidad, como se desprende de los informes de los revisores fiscales, así que este hecho sí es relevante para el caso.

La decisión de no decretar estas pruebas será confirmada. Para sustentar debidamente este anuncio se impone precisar que la obligación de

³¹ Solicitud probatoria, archivo *“027 Solicitud probatori Dr Juan David Rivero”*, folio 46-47.

³² Auto del 11 del octubre de 2022, archivo *“027AutoPreparatoriaDecretoPruebas”*, folio 61.

pronunciarse respecto a cada solicitud de prueba supone que la parte que las requiere presente una análisis particular para acceder a su decreto, carga que, evidentemente, omitió la petición del defensor.

Nótese que no se especificó cuál fue el actuar concreto desplegado por Fabio Peña, Raúl Sánchez Lugo, Gonzalo Ochoa, Camilo González y Luis Eduardo Niño, en ese orden, tampoco es clara la información precisa que pudieran aportar al proceso, falencia que no puede superarse con al enunciación de sus cargos o profesiones.

Adicionalmente, conforme a la argumentación del apelante, la legalidad de la negociación estaría evidenciada en los documentos presentados por los revisores fiscales, proposición que vincula exclusivamente a quienes cumplieron este rol, es decir, a María Eugenia Osorio Pérez, Mariela Gómez Giraldo, Jorge Eliecer Moreno Urrea y Luis Alfonso Montoya Gil, lo que evidencia que tal fundamentación no cobijaba a los primeros 5 testigos.

Ahora bien, sobre estos últimos 4 testigos, importa destacar que, como en el punto acabado de resolver, es evidente que el defensor solicitó una importante cantidad de pruebas para dar cuenta de la legalidad del acuerdo entre Banacol y Chiquita Brands, fin para el que se decretaron varios medios de conocimiento, como algunos de los abogados que asesoraron la negociación.

En ese orden, es claro que insistir en más testimonios para demostrar un mismo punto se torna innecesariamente repetitivo. Además, porque no se precisa la información puntual que los testigos otorgarán para contribuir a resolver el caso, lo que es consecuencia de la genérica y desacertada forma en que se pidieron los testigos. Así que fue acertado no decretar las pruebas.

d. Las pruebas solicitadas para el denominado hecho 16

Adujo el defensor que en el año 2004 Banacol y Chiquita Brands celebraron una reunión en Panamá, allí esta última informó a la otra, en particular a VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ, sobre una investigación que cursaba por pagos a organizaciones criminales, en razón de conductas extorsivas. Ante esta situación, los bancos que apoyaron la negociación pidieron a Banacol una certificación en donde constara que no habían pagado, no estaban pagando, ni pagarían a ningún grupo al margen de la ley.

De las pruebas que pidió para demostrar este punto, se negaron las nueve siguientes: los testimonios de Rodrigo Arango, Gonzalo Toro, Santiago Perdomo, William H. Camp, John Jairo García Munera, Juan Eugenio Ríos Villa, Agustín Melecio Velásquez Perea, Bekuevaower Cavadia González, y los documentos que utilizó Banacol para solicitar préstamos ante Bancolombia Panamá, Bancafé Panamá y Helm Bank Panamá.

- **Los testimonios de Rodrigo Arango, Gonzalo Toro y Santiago Perdomo**

Considera el apelante que no fue acertada la decisión de negar estas pruebas pues los testigos, directivos bancarios, pueden dar claridad sobre la información revelada por Chiquita Brands a Banacol al momento de la negociación, y que la posición asumida por esta última empresa -y el acusado- evidenciaba que no participaron de la financiación a grupos ilegales, de ahí que finalmente les haya concedido el préstamo necesario para concretar el negocio.

Se confirmará la decisión impugnada teniendo en cuenta que el apelante utilizó un argumento genérico y no particular para pedir varios testimonios.

Ahora bien, para este específico punto el defensor solicitó 4 testigos, uno de ellos se decretó en la audiencia del 10 de mayo de 2022, a saber, el de Jorge

Londoño, expresidente de Bancolombia, adicionalmente, se decretó el testimonio de Gabriel Harry, solicitado para demostrar este mismo hecho.³³

En ese orden, como la defensa no precisó la necesidad de llevar a 4 testigos independientes para demostrar un solo hecho, basta con el decreto de 1 solo, ya que los otros 3, acertadamente no decretados, se tornarían repetitivos y no se argumentó su necesidad específica.

- **El testimonio de William H. Camp**

Este testimonio fue solicitado junto con los de Clare M. Hasler y Howard Baker, ya que los 3 integraron una comisión creada por Chiquita Brands en razón de la aceptación de responsabilidad por el financiamiento de grupos ilegales, tarea en la que tuvieron pleno conocimiento de la información que le fue suministrada a Banacol en relación con el indebido pago a las Convivir.

La Juez en su decisión del 10 mayo de 2022 decretó los testimonios de Hasler y Baker, y negó el de Camp,³⁴ mientras tanto, en el auto del 11 de octubre siguiente,³⁵ decretó solo 1 de los 3 a elección del defensor. El apelante objetó ambas providencias, la primera de manera genérica,³⁶ y la segunda asegurando que hubo una indebida limitación a la defensa ya que cada testigo tuvo un rol diferenciado que impone la necesidad de escucharlos a todos.

³³ Auto del 10 de mayo de 2022, archivo “009GrabaciónPreparatoria”, récord 01:11:01 a 01:11:06. En esta última diligencia la Juez adujo que si pronunciaba el nombre de algún testigo era porque se decretaba, lo que ocurrió con esta prueba. Decisión que se encuentra en firme como se ha señalado a lo largo de esta providencia.

³⁴ Auto del 10 de mayo de 2022, archivo “009GrabaciónPreparatoria”, récord 01:11:13 a 01:11:18. En esta última diligencia la Juez adujo que si pronunciaba el nombre de algún testigo era porque se decretaba, lo que ocurrió con estas pruebas. Decisión que se encuentra en firme como se ha señalado a lo largo de esta providencia.

³⁵ Auto del 11 de octubre de 2022, archivo “027AutoPreparatoriaDecretoPruebas”, folio 62.

³⁶ Sobre tal impugnación la Sala se pronunció en auto del 14 de junio de 2022, declarando la nulidad de la decisión de la Juez.

Sobre estas particulares pruebas importa precisar que la decisión del 10 de mayo, en el sentido de decretar los testimonios de Clare M. Hasler y Howard Baker se encuentra en firme. Así que la única que puede ser objeto de estudio en este momento es la negativa al decreto del testimonio de William H. Camp, decisión que será confirmada pues ni siquiera al sustentar la apelación el defensor precisó cuál era el conocimiento específico que este testigo tenía y que lo diferenciaba de los otros 2.

Entonces, conforme a la solicitud probatoria, y la manifestaciones genéricas de pertinencia para los 3 testigos, es claro que con los medios decretados hasta el momento basta para atender la petición de la parte.

- **Los testimonios de John Jairo García Munera, Juan Eugenio Ríos Villa, Agustín Melecio Velásquez Perea y Bekuevaower Cavadia González**

Con estos testigos el defensor incurrió en el mismo error argumentativo que se viene analizando: presentó un único y genérico argumento para solicitar una multiplicidad de pruebas. En este evento adujo que estos testigos, y adicionalmente Hugo Echeverri, todos vinculados con la empresa de seguridad ATEMPI, con la que Banacol contrató después de terminar el uso de las Convivir, servirían para demostrar que la contratante requería el servicio de vigilancia para fines lícitos.³⁷

La Juez negó las pruebas porque no se discute la necesidad de los servicios de vigilancia sino el uso indebido que se hizo de una de las instituciones encargadas de tal labor.³⁸ El defensor impugnó dicha decisión al considerar que estos medios de conocimiento sirven para refutar las afirmaciones de la fiscalía sobre la supuesta fachada con que se utilizó la vigilancia privada para ocultar el financiamiento de organizaciones ilícitas, además, porque incluso después de la desmovilización de las AUC se siguió requiriendo el servicio de vigilancia.

³⁷ Solicitud probatoria, archivo "027 Solicitud probatori Dr Juan David Rivero", folio 50-51.

³⁸ Auto del 11 de octubre de 2022, archivo "027AutoPreparatoriaDecretoPruebas", folio 62-63.

Nuevamente el apelante incurrió en el error de solicitar varias pruebas bajo un único argumento, en ese orden omite especificar la necesidad de traer múltiples testigos cuando lo que quiere demostrar es un único aspecto que puede ser evidenciado con uno solo de los medios de conocimiento solicitados.

En este caso, se decretó el testimonio de Hugo Echeverri para demostrar el punto al que alude el apelante, lo que la Sala encuentra suficiente, pues decretar los testimonios de John Jairo García Munera, Juan Eugenio Ríos Villa, Agustín Melecio Velásquez Perea y Bekuevaower Cavadia González para demostrar un mismo aspecto, resulta repetitivo e injustificado.

- **Los documentos que utilizó Banacol para solicitar préstamos ante Bancolombia Panamá, Bancafé Panamá y Helm Bank Panamá**

La Juez negó dicha prueba pues se decretaron otros testigos para demostrar la tesis de la defensa, según la cual, VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ desconocía el pago irregular por parte de Chiquita Brands a las AUC a través de las Convivir. El defensor impugnó la decisión pues no se determinó a cuáles medios de conocimiento se refería la Juez y el objeto de estas.

Se confirmará el no decreto de esta prueba documental pues a lo largo de la presente providencia se ha evidenciado que efectivamente se decretaron otros medios de conocimiento para probar lo aducido por el impugnante, por ejemplo, el testimonio Jorge Londoño, respecto a la actuación surtida con los bancos que intervinieron en la transacción entre Banacol y Chiquita Brands, y los de Clare M. Hasler y Howard Baker, en relación a la información aportada al procesado sobre la relación entre Chiquita, las Convivir y las AUC.

En esas condiciones, no se observa la necesidad de acceder al decreto de la prueba documental ahora estudiada.

- **Sobre la apelación a la prueba decretada**

El defensor solicitó con la apelación³⁹ que se revocara la decisión de la Juez de decretar 3 testimonios para la fiscalía, los de Raúl Emilio Hasbún Mendoza, Rodrigo Tovar Pupo y José Everth Velosa García. Lo anterior ya que no se presentó una debida motivación para tal determinación, además, dichas pruebas resultan repetitivas, argumento que utilizó la Juez para negar varios medios de conocimiento a la defensa.

la Sala no revocará la decisión de la Juez por varios motivos, el primero, es que contra la providencia que decreta pruebas no procede el recurso de apelación.⁴⁰

Adicionalmente, como el impugnante presentó el recurso de apelación en subsidio del de reposición, la Juez se pronunció en auto del 27 de octubre de 2022, y aunque equivocadamente la funcionaria aduce que no es su deber motivar la providencia que decreta pruebas, finalmente destaca que accedió a las solicitudes de la fiscalía al considerar que esta cumplió suficientemente con el deber de sustentar la pertinencia, conducencia y utilidad, lo que permite mínimamente establecer el objeto de las pruebas decretadas. En ese orden, no se cuentan con motivos para revocar tal determinación.

³⁹ El defensor apeló esta decisión tanto en el auto del 10 de mayo de 2022 como el del 11 de octubre del mismo año.

⁴⁰ Numeral 1 del literal b del artículo 193 de la Ley 600 del 2000. Además, véase SP CSJ radicado 47469 AP4812-2016, del 27 de julio de 2016, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, en donde se aclaró que, a diferencia de las codificaciones anteriores, solo en el sistema acusatorio eventualmente es posible apelar un decreto positivo de pruebas.

4. Conclusiones

- Dado el alcance de la nulidad declarada por esta Sala, el auto del 11 de octubre de 2022 solo podía tener por objeto las decisiones probatorias que fueron objeto de apelación al auto del 10 de mayo de 2022.

En consecuencia, el decreto probatorio en relación con las pruebas solicitadas por los defensores de JAVIER OCHOA VELÁSQUEZ, ÁLVARO ACEVEDO GONZÁLEZ, JOHN PAUL OLIVO, JOSÉ LUIS VALVERDE RAMÍREZ, VÍCTOR JULIO BUITRAGO SANDOVAL, FAUD ALBERTO GAICOMAN HASBÚN, REINALDO ELÍAS ESCOBAR DE LA HOZ y CHARLES DENNIS KEISER debe estarse a lo resuelto en el auto del 10 de mayo de 2022. En ese orden, se revocará el auto del 11 de octubre de 2022 en cuando sea contrario a lo ya resuelto.

- En relación a la apelación de la defensa de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN, revocará la decisión de primera instancia en relación a los testimonios de José Serna y Luis de Armas, los cuales serán decretados. Adicionalmente, se confirmará el no decreto del testimonio de James Leaver.

- En cuanto a la apelación de la defensa de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ, revocará la decisión de primera instancia en relación a los testimonios de Luis Fernando Ramírez Acuña, Gustavo Bell Lemus, Martha Lucia Ramírez, Rodrigo Antonio Cardona Benjumea y Aníbal Gaviria Correa, los cuales serán decretados.

Aparte de esto, se confirmará el no decreto de los testimonios de: César Gaviria, Rafael Pardo, Ernesto Samper Pizano, Andrés Pastrana, Juan Gómez Martínez, Ramiro Valencia Cossio, Juan Raúl Restrepo Maya, Fabio Peña, Raúl Sánchez Lugo, Gonzalo Ochoa, Camilo González, Luis Eduardo Niño, María Eugenia Osorio Pérez, Mariela Gómez Giraldo, Jorge Eliecer Moreno Urrea, Luis Alfonso Montoya Gil, Rodrigo Arango, Gonzalo Toro, Santiago Perdomo, William H. Camp, John Jairo García Munera, Juan Eugenio Ríos Villa, Agustín Melecio Velásquez Perea y Bekuevaower Cavadía González.

También se confirmará el no decreto, como prueba documental, de: los estatutos de Banacol para el año 2003, y los documentos que utilizó Banacol para solicitar préstamo ante Bancolombia Panamá, Bancafé Panamá y Helm Bank Panamá.

Finalmente, cabe advertir que la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión, se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo a la aceptación del contenido de la providencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

Por lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto del 11 de octubre de 2022, emitido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en relación con las pruebas solicitadas por las defensas de JAVIER OCHOA VELÁSQUEZ, ÁLVARO ACEVEDO GONZÁLEZ, JOHN PAUL OLIVO, JOSÉ LUIS VALVERDE RAMÍREZ, VÍCTOR JULIO BUITRAGO SANDOVAL, FAUD ALBERTO GAICOMAN HASBÚN, REINALDO ELÍAS ESCOBAR DE LA HOZ y CHARLES DENNIS KEISER. En su lugar, el decreto probatorio para tales procesados debe estarse a lo resuelto en el auto del 10 de mayo de 2022.

SEGUNDO: REVOCAR el auto del 11 de octubre de 2022, emitido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en cuanto a los testimonios de José Serna y Luis de Armas solicitados por la defensa de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN. En su lugar, **se decretan** a favor de tal procesado.

TERCERO: CONFIRMAR el auto del 11 de octubre de 2022, emitido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en cuanto al no decreto del testimonio de James Leaver, solicitado por la defensa de JORGE ALBERTO CADAVID MARÍN.

CUARTO: REVOCAR el auto del 11 de octubre de 2022, emitido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en cuanto a los testimonios de Luis Fernando Ramírez Acuña, Gustavo Bell Lemus, Martha Lucia Ramírez, Rodrigo Antonio Cardona Benjumea y Aníbal Gaviria Correa, solicitados por la defensa de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ. En su lugar, **se decretan** a favor de tal procesado.

QUINTO: CONFIRMAR el auto del 11 de octubre de 2022, emitido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en cuanto al no decreto de los testimonios de César Gaviria, Rafael Pardo, Ernesto Samper Pizano, Andrés Pastrana, Juan Gómez Martínez, Ramiro Valencia Cossio, Juan Raúl Restrepo Maya, Fabio Peña, Raúl Sánchez Lugo, Gonzalo Ochoa, Camilo González, Luis Eduardo Niño, María Eugenia Osorio Pérez, Mariela Gómez Giraldo, Jorge Eliecer Moreno Urrea, Luis Alfonso Montoya Gil, Rodrigo Arango, Gonzalo Toro, Santiago Perdomo, William H. Camp, John Jairo García Munera, Juan Eugenio Ríos Villa, Agustín Melecio Velásquez Perea y Bekuevaower Cavadia González, además, el no decreto, como prueba documental, de los estatutos de Banacol para el año 2003, y los documentos que utilizó Banacol para solicitar préstamo ante Bancolombia Panamá, Bancafé Panamá y Helm Bank Panamá. Medios de conocimiento solicitados por la defensa de VÍCTOR MANUEL HENRÍQUEZ VELÁSQUEZ.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Auto segunda instancia Ley 600 de 2000

Acusado: Víctor Manuel Henríquez Velásquez y otros

Delito: Concierto para delinquir agravado

Radicado: 05-00031-07000-2020-00005

(N.I. T.S.A. 2022-1745-5)

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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: **3e15eb92cd4d88e249deea879b73bceec2d1f2b9f55c66cef6327beb92c8222b**

Documento generado en 15/12/2022 08:10:01 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Nancy Yulied Muñoz Penagos

Delito: Homicidio

Radicado: 050426000000202200001

(N.I TSA 2022-1881-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 117 de la fecha

Proceso	Auto Interlocutorio
Sistema	Ley 906 de 2004
Instancia	Segunda
Apelante	Ministerio público
Radicado	050426000000202200001 (N.I TSA 2022-1881-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público frente al auto del 22 de noviembre de 2022 que aceptó el preacuerdo presentado por las partes dentro del proceso que se viene adelantando en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia (Ant.).

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Nancy Yulied Muñoz Penagos

Delito: Homicidio

Radicado: 050426000000202200001

(N.I TSA 2022-1881-5)

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

HECHOS

En la acusación la fiscalía expuso que:

“El día 28 de julio de 2021 a las 20:00 horas, los funcionarios de La UBIC del Municipio de Santa Fe de Antioquia, fueron informados por parte del Comandante de la Estación de Policía de Anzá Antioquia, sobre los hechos relacionados con un homicidio ocurrido en la Vereda El Encanto de dicho Municipio. Al día siguiente se dirigen al lugar, donde encuentran en un cafetal un cuerpo sin vida de sexo masculino; Inician la Inspección Técnica al Cadáver donde luego de hacer una descripción de la posición en la que fue encontrado el mismo, describen las heridas que fueron observadas en un total de tres, producidas con arma de fuego, localizadas en la región auricular izquierda, región mastoidea y región cigomática; cuerpo sin vida que fue identificado como RUBEN ALFONSO OLIVEROS PARRA., cédula 1.007.102.640, de 22 años de edad. Como resultado de las actividades investigativas realizadas con el fin de tener claridad acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió el citado Homicidio y lograr la identificación del o de los autores del mismo, se pudo establecer a través de las mismas que, el día 28 de julio de 2021, la señora NANCY YULIED MUÑOZ PENAGOS, a través de llamada telefónica contactó a YOHAN MANUEL MORALES ALVAREZ, conocido con el alias de “EL FLACO”, presunto integrante del componente armado de la Sub-Estructura suroeste del Clan del Golfo, al interior de la cual realiza actividades criminales relacionadas con sicariato y movimiento de armas de fuego, a quien le manifestó que había tenido un problema con un man y que necesitaba que le ayudara a conseguir el número de “Esos manes” o a localizarlos, porque esa persona le estaba violando el hijo y lo estaba amenazando con matarlo por cuestiones de un play, por lo que YOHAN MANUEL, se compromete a solucionarle el problema hablando con ellos y es así como ese mismo día le pide el nombre de la persona y lugar de residencia porque ya lo van a mandar a borrar, pues “EL VIEJO” le dijo que lo iban a mandar a recoger antes de que se volara; NANCY YULIED, le aporta el nombre de la víctima, le describe el lugar de ubicación, le señala con quien vive y es así como ese mismo día en horas de la noche momentos

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Nancy Yulied Muñoz Penagos

Delito: Homicidio

Radicado: 050426000000202200001

(N.I TSA 2022-1881-5)

después de la ocurrencia del homicidio, exactamente a las 19:54 horas, JOHAN MANUEL llama a NANCY, le informa que fue un hecho, esta le confirma que sí que en la casa, y él le dice que a la orden pues él le había prometido que sería un hecho y que sabía que se lo merecía, le pregunta si está contenta y esta le responde que no hace fiesta porque ahí mismo sospechan que ella tuvo que ver con eso..”.

ACTUACION PROCESAL

El 22 de noviembre de 2022 instalada la audiencia preparatoria, la Fiscalía presentó los términos del preacuerdo al que llegó con la acusada previa asesoría de su abogado defensor. El convenio consistió en que la procesada acepta su responsabilidad en la comisión de la conducta punible de homicidio simple artículo 103 del Código penal, a cambio se le reconoce la circunstancia de ira e intenso dolor contenida en el artículo 57 ibídem, solo para efectos punitivos. La pena a imponer se pactó en 40 meses de prisión.

La procesada aceptó los cargos, previa verificación por parte del Juez de los presupuestos contenidos en el artículo 131 del C.P.P¹. En sesión de la misma fecha el Juez decidió aprobar el preacuerdo.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión el Ministerio Público sustentó el recurso de apelación, con el que pretende, se revoque la decisión del Juez, e incluso se anule la actuación con el fin de que se subsane el error de tipicidad realizado por la fiscalía.

Afirma que no es posible aprobar un acuerdo por un homicidio simple al que se le reconoce estado de ira e intenso dolor, cuando evidentemente se trata

¹ Record 00:16:32 en adelante registro virtual “11Audiopreparatoria”.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Nancy Yulied Muñoz Penagos

Delito: Homicidio

Radicado: 050426000000202200001

(N.I TSA 2022-1881-5)

de un homicidio agravado. Indica que no tiene oposición frente al reconocimiento de dicha circunstancia, al contrario, es un derecho que se reconozca la ira e intenso dolor a la señora Muñoz Penagos, pero advirtiendo que se trata de un homicidio agravado.

El preacuerdo se está haciendo sobre unos hechos jurídicamente relevantes que tienen una calificación jurídica inadecuada. Es necesario impartir un remedio procesal para que la Fiscalía realice una calificación jurídica de acuerdo a la realidad del hecho.

La fiscalía y la defensa como no recurrentes solicitan se deje incólume la decisión.

CONSIDERACIONES

La Sala se limitará a evaluar los asuntos que fueron objeto de apelación. La delegada del ministerio público presenta oposición a la aprobación del acuerdo al estimar un error de tipicidad, en el entendido que: "*es evidente que se trata de un homicidio agravado*", y la circunstancia de ira e intenso dolor debió reconocerse como un derecho y no como un beneficio fruto de la negociación.

La Sala confirmará la decisión, por las siguientes razones:

La Constitución Política y la ley le asignaron a la Fiscalía General de la Nación la función de investigar las conductas que revistan las características de un delito². En un procedimiento reglado en cuanto a sus presupuestos materiales y su forma, a la misma entidad le corresponde formular imputación, cuando la evidencia física y demás información legalmente obtenida permita "inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga" (juicio de imputación). Asimismo, debe

² Art. 250 de la C.P.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Nancy Yulied Muñoz Penagos

Delito: Homicidio

Radicado: 050426000000202200001

(N.I TSA 2022-1881-5)

acusar, cuando, también a partir de la información recopilada, se pueda inferir con “probabilidad de verdad que la conducta delictiva ocurrió y que el imputado es su autor o partícipe” (juicio de acusación)³.

En ese entendido y acogiendo las precisiones de la Corte Constitucional en sentencia SU-479 de 2019, **los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004**, lo que implica que la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida.

Constatados los hechos jurídicamente relevantes, no se desprende de forma obvia una circunstancia de agravación en el delito de homicidio. La recurrente no concretó los presupuestos jurídicos ni fácticos de la agravante. En su oposición a la aprobación del acuerdo, indicó que podría concurrir la agravante del numeral 7 del artículo 104 del Código penal, pero no explicó bajo qué circunstancias modales o con que elementos materiales probatorios se extrae alguna situación de inferioridad o indefensión de la víctima, o el aprovechamiento de estas circunstancias. Por tanto, la Sala considera acertada la calificación realizada por la fiscalía, teniendo en cuenta la hipótesis planteada en la acusación.

Por otra parte, la recurrente afirma que la atenuante de ira e intenso dolor debió ser reconocida como derecho de la procesada y no como fruto de la negociación, cuestionamiento dirigido directamente a la labor de la fiscalía al realizar la calificación jurídica.

Se reitera, la fiscalía es la encargada de calificar jurídicamente los hechos. La Corte ha establecido que si bien la configuración de la ira e intenso dolor depende de circunstancias de verificación objetiva que, siendo suficientemente graves, tienen aptitud para provocar una alteración en el sujeto activo de la conducta, también es verdad que ha de evaluarse el

³ SP 52227 del 24 de junio de 2020.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Nancy Yulied Muñoz Penagos

Delito: Homicidio

Radicado: 050426000000202200001

(N.I TSA 2022-1881-5)

estado emocional de la persona, para establecer el nexo de causalidad entre la agresión injusta y su respuesta violenta.⁴

Debe de examinarse caso a caso, atendiendo al contexto en que acaecieron los hechos y valorando las condiciones particulares de los protagonistas del conflicto, es decir: *“la gravedad y la injusticia de la provocación debe ser estudiada en cada situación, dadas las condiciones particulares de los protagonistas del conflicto y de aquellas en las que se consumó el hecho, como, por ejemplo, su situación psicoactiva, la idiosincrasia, la tolerancia, las circunstancias, los sentimientos, el grado de educación y el nivel socioeconómico”*⁵.

Que el actuar de Nancy Yulied Muñoz Penagos pudo estar determinado por un intenso dolor provocado por los maltratos sexuales que la víctima realizó a su hijo menor, no es una circunstancia que resulte obvia en este asunto pues se desconocen las condiciones particulares⁶ de la procesada. Por tanto, al no evidenciarse esas particularidades no es posible otorgar la circunstancia atenuante como un derecho. En estas condiciones no se encuentra objeción razonable a que haya servido como contraprestación de la aceptación voluntaria de responsabilidad de la procesada.

Bajo este entendido, acertó el Juez de instancia en aceptar la negociación presentada por las partes. No se observa irregularidades en la calificación jurídica realizada por la fiscalía ni una ostensible afectación de garantías procesales que afecten de nulidad de lo actuado, como lo afirmó la recurrente.

Sin necesidad de más consideraciones, se confirmará la decisión emitida por el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia.

⁴ SP117-2022(54979)

⁵ SP. 22.783, SP 13 feb. 2008, rad. 22.783,

⁶ *“como, por ejemplo, su situación psicoactiva, la idiosincrasia, la tolerancia, las circunstancias, los sentimientos, el grado de educación y el nivel socioeconómico”* SP. 22.783, SP 13 feb. 2008, rad. 22.783

Auto interlocutorio de Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Nancy Yulied Muñoz Penagos

Delito: Homicidio

Radicado: 050426000000202200001

(N.I TSA 2022-1881-5)

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA** en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión apelada, pero por las razones expuestas en esta decisión.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

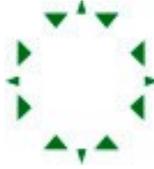
Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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: **e2f2808404abaa00d63a10ac4b5a3b6e30b8a07a206dbf7ce7ffc6d45669b0aa**

Documento generado en 15/12/2022 08:09:53 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 117 de la fecha

Proceso	Auto Interlocutorio Ley 906 de 2004 – decisión de plano
Asunto	Fundamentación de impedimentos
Radicado	05-615-60-00000-2022-00030 (N.I. TSA 2022-1972-5)
Decisión	Infundado

ASUNTO

Procede esta Sala, conforme al artículo 57 de la Ley 906 de 2004, a resolver de plano el impedimento propuesto por el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia para continuar fungiendo como Juez de conocimiento en el presente asunto.

ANTECEDENTES RELEVANTES

El 21 de julio del año 2022, le fue repartido este asunto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia. El 5 de agosto

siguiente, instalada la audiencia de acusación, las partes manifestaron la intención de preacordar, por lo que se fijó el 29 de septiembre de la misma anualidad para la correspondiente audiencia de verificación.

En esta última fecha, el Juez decidió no aprobar el preacuerdo porque con los medios de conocimiento que se le aportaron no se demostró con suficiencia la tipicidad de la conducta. En consecuencia, ordenó devolver las diligencias a la fiscalía y anticipó que, de volvérselo a repartir el caso y la fiscalía insistir con los mismos elementos con vocación probatoria, se declararía impedido porque ya valoró la información en ellos consignada.

Posteriormente, la fiscalía solicitó al Juez darle trámite al impedimento manifestado, conforme al artículo 57 del C.P.P., sin embargo, mediante de auto escrito del 11 de noviembre de 2022, aquel se negó a ello pues el proceso ya no estaba a su cargo, atendiendo lo resuelto el 29 de septiembre, decisión que no fue recurrida.

El caso fue repartido de nuevamente el 18 de noviembre de 2022, pero esta vez le fue asignado al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia, autoridad que el 7 de los corrientes mes y año profirió auto en el que consideró infundado el impedimento planteado por el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia, ya que haber improbadado un preacuerdo no comprometía su imparcialidad. En razón de ello, envió las diligencias a esta Corporación para que se defina la controversia suscitada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dado que el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro manifestó un impedimento para asumir el conocimiento de esta actuación, el mismo que no fue aceptado por el Juez Tercero Penal del Circuito de

Rionegro, esta Sala decidirá si efectivamente aquel funcionario se encuentra incurso en alguna de las causales de impedimento previstas en el artículo 56 de la Ley 906 de 2004. Se anuncia desde ya que el impedimento planteado resulta infundado.

Para soportar debidamente tal anuncio se impone una precisión inicial: aunque el Juez Segundo expuso que se declaraba impedido, no dio el trámite debido a tal asunto, es decir, el del artículo 57 del C.P.P., en su lugar, ordenó devolver las actuaciones a la fiscalía, lo que llevó a que el caso llegase al Juez Tercero, quien le seguía en turno, pero por una vía diferente a la que demanda el citado artículo 57, lo que ha originado un retraso en la actuación. Sin embargo, por economía procesal, la Sala resolverá de fondo. Veamos.

Cuando un funcionario se declara impedido le asiste una carga argumentativa particular, con estricto apego a la taxatividad de las causales previstas en el artículo 56 del C.P.P., a propósito, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“En consecuencia, la autoridad jurisdiccional que invoca una causal de impedimento como motivo para separarse de un asunto, debe señalar con precisión en cuál de ellas apoya su solicitud -lo cual le impone especificar la norma que expresamente contiene el supuesto de hecho-, expresar con claridad las razones que la llevan a solicitar su alejamiento del proceso, lo que comporta una carga específica sobre la indicación de su alcance y contenido. Una motivación insuficiente puede llegar al rechazo de la declaración de impedimento, lo que ocurre a menudo cuando el funcionario acude a un enunciado genérico y abstracto.”

Véase que en el presente asunto el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro no argumentó, conforme a una causal explícita, los motivos que tenía para considerarse impedido.

Ahora bien, para dar cuenta de que el impedimento propuesto por el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro resulta infundado, basta con reiterar que no argumentó suficientemente el impedimento que de forma genérica anunció, y que tampoco le dio el trámite adecuado.

Adicionalmente, importa destacar que cuando el funcionario deba asumir el conocimiento del asunto conforme a sus competencias funcionales y en atención a diferentes actos procesales, como lo es en este caso la decisión de improbar un preacuerdo, no necesariamente debe declararse impedido. Por lo que era estrictamente necesario que diera una explicación clara de los motivos que afectaban su imparcialidad, atendiendo las causales de impedimento. En otras palabras, por qué y cuál actuación tendría la entidad suficiente para comprometer realmente la transparencia, rectitud, objetividad, imparcialidad y ecuanimidad de quien obra como Juez.¹

Siendo así, es evidente que el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro no cumplió con argumentar debidamente cómo su objetividad se encuentra en entredicho, aun cuando haya improbadado el preacuerdo presentado por las partes.

Sin necesidad de más consideraciones, se declarará infundado el impedimento manifestado por el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia, quien en consecuencia, no se debe sustraer del conocimiento del asunto.

Finalmente, cabe advertir que la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión, se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa

¹ Vease entre otras, SP CSJ radicados 55143 del 2 de febrero de 2022, AP228-2022, M.P. Gerson Chaverra Castro, 56889 del 24 de junio de 2021, AP2526-2121 del mismo ponente, 60163 del 6 de octubre de 2021, AP4699-2021, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán, 55631 del 24 de julio de 2019, AP2986-2019, M.P. Guillermo Salazar Otero, 56609 del 26 de febrero de 2020, AP640-2020 M.P. Patricia Salazar Cuéllar, y 55433 del 12 de junio de 2019, AP2297-2019, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

de acuerdo a la aceptación del contenido de la providencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

Por lo anterior, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el impedimento propuesto por el Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE la actuación al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia para lo de su competencia.

TERCERO: Se comunicará lo resuelto al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia y a las partes procesales.

Contra esta decisión no proceden recursos.

CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

**Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

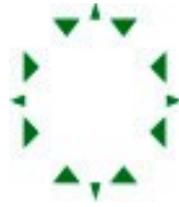
**Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

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: **5f514b47fd8cecd387597d95963a4a960c360e23af093abd7ef4eb63f8a1e1eb**

Documento generado en 15/12/2022 08:08:50 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 117 de la fecha

Proceso	Incidente de Desacato
Instancia	Consulta sanción por desacato
Sancionado	Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas
Radicado	052343189001 2022-00083-00 N.I. TSA: 2022-1977-5
Decisión	Revoca

ASUNTO

La Sala resolverá la consulta de sanción que por desacato impusiera el Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba Antioquia a Cleia Andrea Anaya Benavides Directora Técnica de Registro y Gestión en la Información de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, en adelante (UARIV), por no cumplir un fallo de tutela.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba Antioquia mediante fallo del 22 de julio de 2022 resolvió amparar el derecho de petición de María Gloria Higuita Higuita vulnerado por la UARIV. Ordenó a la accionada lo siguiente: *"dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del fallo, proceda a resolver de forma congruente el derecho de petición del día 28 de abril de 2022, realizando las verificaciones correspondientes sobre el núcleo familiar de la señora María Gloria Higuita, remitirá al peticionante, los documentos que fundamentan su respuesta; a su vez le indicará al actor como puede acceder a su derecho de indemnización administrativa, teniendo en cuenta que para realizar el mismo, la Unidad solicita la actualización del documento de WILMER ORTIZ HIGUITA y el accionante afirma desconocerlo; por lo que señalará los argumentos formales, fácticos y jurídicos de su respuesta."*

Informó la incidentista que no se ha dado respuesta a la petición presentada ante la UARIV.

Mediante auto del 22 de noviembre de 2022 el Juzgado inició formalmente el incidente de desacato en contra de en contra de María Patricia Tobón Yagarí, Directora de la UARIV, y Cleia Andrea Anaya Benavides, Directora de Registro y Gestión de la Información de la UARIV, por incumplimiento al fallo de tutela.

El 28 de noviembre de 2022 el Despacho impuso a Cleia Andrea Anaya Benavides Directora Técnica de Registro y Gestión en la Información de la UARIV, multa de dos (2) S.M.L.M.V. y dos (2) días de arresto, como consecuencia del desacato al fallo de tutela.

Una vez emitida la sanción por parte del Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba Antioquia, la UARIV presentó memorial de cumplimiento.

La Sala constató que la UARIV emitió respuesta de fondo mediante oficio del 25 de noviembre de 2022, información enviada al correo electrónico de notificación personal aportado por la incidentista, esto es, desplazados@peque-antioquia.gov.co.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con esta clase de asuntos, la jurisprudencia ha sido clara al establecer que “el cumplimiento de fallos judiciales es un imperativo del Estado Social de Derecho, fundamento de la democracia y parte integrante de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia”.¹

De igual manera se tiene que la trasgresión de derechos al incumplir una orden judicial, tiene dos aristas fundamentales. Ellas son:

1. Una violación del derecho fundamental de acceso a la justicia. Al respecto la Corte Constitucional señaló que el acceso a la justicia incluye “el derecho a obtener cumplimiento de las decisiones consignadas en las sentencias. De otra forma, se desvanece la legitimidad de la Rama Judicial y sus decisiones se convierten en meras proclamaciones sin contenido vinculante.”²

2. La prolongación de la vulneración de los derechos fundamentales, lo cual es un hecho flagrantemente violatorio del ordenamiento jurídico.

El problema jurídico por resolver se concreta en la responsabilidad que asiste a la entidad que resultó obligada en el fallo de tutela y así establecer si debe confirmarse la sanción impuesta desde la primera instancia a la funcionaria

¹Sentencia C 1006 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

²Sentencia T 096 de 2008 M. P. Humberto Sierra Porto.

Consulta sanción por desacato

Incidentista: María Gloria Higueta Higueta
Accionado: Unidad Administrativa Especial para la Atención y
Reparación Integral a las Víctimas
Radicado: 052343189001 2022-00083-00
N.I. TSA: 2022-1977-5

de la UARIV, debido al incumplimiento que al parecer se sostuvo respecto a la orden constitucional proveniente del Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba Antioquia.

En este asunto, sin necesidad de analizar de fondo si se respetaron los derechos del debido proceso y de defensa de la entidad accionada, esta Sala desde ya anuncia que revocará la decisión constitucional mediante la cual se sancionó con arresto y multa a una funcionaria de la UARIV.

En sede de Consulta la parte accionada demostró haber dado cumplimiento al fallo de tutela.

Por ello, a pesar de que la entidad demandada tardó en el acatamiento al fallo de tutela, finalmente cumplió a cabalidad la orden impartida por el Juez Constitucional.

Además, no se observa dolo ni culpa en el actuar por parte de la representante de la accionada, es decir, que el incumplimiento no se produjo de manera intencional, y, al presentarse el acatamiento de la aludida orden del juez, se hace necesario revocar el auto mediante el cual se impuso una sanción de multa y arresto a Cleia Andrea Anaya Benavides Directora Técnica de Registro y Gestión en la Información de la UARIV.

Esto porque según la Corte Constitucional³:

“en caso de que se empiece a tramitar un incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desatendido lo ordenado por el juez de tutela, y quiere evitar la imposición de una sanción, deberá acatar la sentencia. De igual forma, en el supuesto en que se haya adelantado todo el procedimiento y decidido sancionar al responsable, éste podrá evitar que se imponga la multa o el arresto cumpliendo el fallo que lo obliga a proteger los derechos fundamentales del actor””.

Significa lo anterior que, cuando la demandada cumple dentro del trámite incidental con lo ordenado en el fallo de tutela y cuyo inicial incumplimiento

³ Corte Constitucional. Sentencias T-512 de 2011 y T-171 de 2009

generó el incidente de desacato, la sanción pierde su dinámica según la jurisprudencia constitucional, y ello es lo que se examina en esta oportunidad, al verificar que la accionada cumplió con el fallo de tutela garantizando a la afectada el derecho de petición.

En consecuencia, la sanción proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba Antioquia no se hará efectiva. Por tanto, se revocará el auto del 28 de noviembre de 2022.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia del 28 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba Antioquia que impuso sanción de multa y arresto a Cleia Andrea Anaya Benavides Directora Técnica de Registro y Gestión en la Información de la UARIV.

SEGUNDO: Remítase el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

Consulta sanción por desacato

Incidentista: María Gloria Higuita Higuita
Accionado: Unidad Administrativa Especial para la Atención y
Reparación Integral a las Víctimas
Radicado: 052343189001 2022-00083-00
N.I. TSA: 2022-1977-5

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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: **cc3a24f608d03a139c1bfac71cf19d69123f02b989e80b444768085ea262e2ae**

Documento generado en 15/12/2022 08:09:44 AM

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

efecto el auto proferido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia el 5 de septiembre de la presente anualidad, y en su lugar se le conceda la libertad condicional.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la demanda el pasado 30 de noviembre de la presente anualidad, se ordenó notificar al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, en el mismo auto se ordenó la vinculación del Centro Penitenciario y Carcelario La Paz - Itagüí (Antioquia).

La Dra. Isabel Álvarez Fernández titular del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, por medio de oficio N 6172 del 1 de diciembre de 2022, asintió que ese despacho vigila la pena impuesta al actor modificada por el Tribunal Superior de Manizales, de 208 meses de prisión, tras hallarlo penalmente responsable del delito de homicidio.

Conforme al tema de disenso del señor Andrés Felipe Rangel, tras previa solicitud el 5 de septiembre de la presente anualidad por medio de auto interlocutorio N 2202, negó la libertad condicional por la gravedad de la conducta. Al considerar, *“no ser procedente por ahora conceder la prisión domiciliaria, en atención a la gravedad de la conducta y a la necesidad de que, durante el tratamiento penitenciario se alcancen los fines fijados a la pena, en concreto el de prevención especial positiva y de la resocialización que requiere el mismo para posterior a ello hacer parte de la comunidad”*

Decisión que fue debidamente notificada a las partes, y al sentenciado, y sobre la cual no se interpuso recurso alguno, quedando ejecutoriada el 19 de septiembre de 2022. Adjunta a la respuesta, copia del auto interlocutorio N 2202.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017, que modificara el Decreto 1069 de 2015, y el decreto 333 de 2021 artículo 1 numeral 5, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

2. Solicitud de amparo

El señor Andrés Felipe Rangel Montoya solicita el amparo Constitucional de sus derechos constitucionales, presuntamente vulnerados por la decisión proferida por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas de Antioquia, al negarle la libertad condicional.

3. De la naturaleza de la acción

La acción de tutela se ha establecido como el mecanismo por excelencia ágil y eficaz de defensa de los derechos constitucionales fundamentales, frente a las amenazas o agresiones de las que sean objeto por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

4. De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Como regla general se tiene establecida la improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, por cuanto las sentencias constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley, por el valor de cosa juzgada de las sentencias a través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos, la garantía del principio de seguridad jurídica y, además, por la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático¹.

En torno a la procedibilidad de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia STP2897-2019, Radicación Nro. 103412 del pasado 07 de marzo del 2019, señaló:

“La doctrina constitucional ha sido clara y reiterativa en señalar que cuando se trata de providencias judiciales el amparo constitucional solamente resulta procedente de manera excepcional, pues, como regla general la inconformidad de las partes con lo resuelto por los funcionarios judiciales ha de ser planteada y debatida en forma oportuna, a través de los medios de impugnación instituidos en los códigos de procedimiento para tal fin.”

“En ese orden, la presente acción constitucional, está sometida a las condiciones de procedibilidad del amparo contra providencias judiciales, a saber:”

“De orden general, en virtud de las cuales es necesario: (i) que la problemática tenga relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los recursos o medios ordinarios o extraordinarios de defensa; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) que el actor identifique debidamente los hechos que generaron la violación y los derechos afectados; y, (v) que la providencia controvertida no sea una sentencia de tutela.”

“De carácter especial, que supeditan la concesión del amparo a que aparezca probada la ocurrencia de alguno de los siguientes vicios o defectos: orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente o violación directa de la Constitución (CC C-590/05 y T-488/14, entre otras.”

¹ Sentencia C-590 de 2.005. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

5. Del caso concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

Ahora bien, se extracta de la petición constitucional que eleva el señor Rangel Montoya, que protesta ante el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, cuestionando que el despacho judicial encausado ha negado la libertad condicional solo por la gravedad de la conducta punible sin tener en cuenta su positivo proceso de resocialización, ni que ha descontado las 3/5 partes de la pena impuesta.

Así las cosas, esta Sala, entrará a definir si se cumplen con los requisitos para la procedencia de la acción constitucional en contra de providencias judiciales.

El artículo 86 de la carta magna, consagra que la acción de tutela fue creada para que toda persona puede reclamar ante los jueces de la República en todo momento y lugar, bajo un procedimiento preferente y sumario la protección de los derechos fundamentales que consideren vulnerados por la acción u

omisión de cualquier autoridad pública, no obstante para la procedencia de la acción de tutela en contra de providencia judiciales se debe de cumplir con los siguientes requisitos: “(i) que la problemática tenga relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los recursos o medios ordinarios o extraordinarios de defensa; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) que el actor identifique debidamente los hechos que generaron la violación y los derechos afectados; y, (v) que la providencia controvertida no sea una sentencia de tutela.”

Una vez se establece la procedencia de los requisitos que anteceden, se pasa a verificar los requisitos específicos de la misma, estos son: (1) defecto orgánico²; (2) defecto procedimental³; (3) defecto fáctico⁴; (4) defecto material o sustantivo⁵; (5) error inducido⁶; (6) decisión judicial sin motivación⁷; (7) desconocimiento del precedente⁸ y (8) violación directa de la Constitución⁹.

Frente a los requisitos generales, relativo al carácter subsidiario de la acción de tutela, al efecto y conforme al requisito de la *subsidiariedad*, el cual se establece cuando el accionante para la protección de sus derechos fundamentales no dispone de otro medio de defensa judicial, a no ser, que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; pues al existir otros medios judiciales idóneos y eficaces para la protección de esos derechos, este requisito se desvanece. Consecuente con lo anterior, un medio judicial es idóneo cuando es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales.

² Sentencia T-186/21 “cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, de forma absoluta, de competencia”

³ Sentencia T-186/21 “cuando el juez actuó al margen del procedimiento previsto por la ley para adelantar el proceso judicial”

⁴ Sentencia T-186/21 “surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”

⁵ Sentencia T-186/21 “ocurre en los casos en los que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”

⁶ Sentencia T-186/21 “se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales”

⁷ Sentencia T-186/21 “implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido de que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”

⁸ Sentencia T-186/21 “esta hipótesis se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado”

⁹ Sentencia SU 024 y SU 069 de 2018 “la Constitución es norma de normas y que en todo caso que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad”

Recuérdese que esta acción es de carácter residual y subsidiaria y solo procede ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa, a menos que se invoque de manera transitoria para conjurar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, quebranto que debe ser aducido por quien acciona.

En ese sentido, el señor Andrés Felipe Rangel Montoya, frente al auto N 2202 del 5 de septiembre de la presente anualidad, no presentó inconformidad; conforme a ello, se debe establecer que no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción constitucional, es decir, no se agotaron los recursos ordinarios para cuestionar las determinaciones que se pretenden por medio de la presente acción de tutela. Pues el señor Rangel Montoya tenía a su disposición medios de defensa judicial que no fueron utilizados.

Ahora, encuentra la Sala que el pretender controvertir el acierto o no de la interpretación que sobre tal aspecto hiciera el juzgado demandado, no resulta posible mediante el mecanismo excepcional de la acción de tutela, pues esta acción fue instituida por el constituyente como un mecanismo excepcional, lo que quiere decir que no fue creada como un mecanismo sustituto de los demás procedimientos establecidos para cada actuación, o que esta sea considerada como una tercera instancia a la que se pueda acudir en busca de decisiones que se deben de tomar en el desarrollo normal de cualquier proceso judicial. Además, recuérdese que al demandante se le respetaron sus derechos, con la posibilidad de recurrir el proveído. Lo que denota el incumplimiento del principio de subsidiariedad por cuanto no agotó los medios de defensa judicial establecidos en la ley.

Circunstancias por las cuales el amparo incoado por el señor Andrés Felipe Rangel Montoya, contra las providencias judiciales que se está atacando en esta oportunidad, deberá NEGARSE por improcedente.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la solicitud de amparo elevada por el señor Andrés Felipe Rangel Montoya, en contra del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia; de conformidad con las consideraciones plasmadas en precedencia.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Frente a la presente decisión procede el recurso de impugnación, el cual se deberá de interponer dentro los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO: En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **867f74898b72f8892dba6edec3cef4868a4f9d009b8c7f03ac065372a796a86b**

Documento generado en 14/12/2022 06:52:48 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 05045310400220220037500 **NI:** 2022-1784-6
Accionante: JOSÉ PASTOR CRUZ MARTÍNEZ
Accionada: NUEVA EPS, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES Y AGRÍCOLA EL RETIRO
Decisión: Confirma
Aprobado Acta No.: 199 de diciembre 14 del 2022
Sala No: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, diciembre catorce del año dos mil veintidós

VISTOS

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartado (Antioquia), en providencia del día 28 de octubre de la presente anualidad, negó por improcedente el amparo constitucional invocado por el señor José Pastor Cruz Martínez frente a los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social, presuntamente vulnerados por parte de la Nueva EPS y la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones y Agrícola El Retiro S.A.

Inconforme con la determinación de primera instancia, el demandante, interpuso recurso de apelación que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de la presente acción constitucional fueron relatados por el Despacho de instancia de la siguiente manera:

“Expuso el accionante, que, viene padeciendo una enfermedad diagnosticada N994 ADHERENCIAS PERITONEALES PÉLVICAS CONSECUTIVAS A PROCEDIMIENTOS, manifiesta que ha venido incapacitado en forma continua desde hace varios años y cada día empeora más.

Indica el accionante, que solo le brindan las asistencias médicas y no le reconocen las incapacidades, pues alude que AFP COLPENSIONES se niega a pagar, argumentando que ellos pagaron hasta los 540 días y le corresponde a la EPS según pagando de ahí en adelante.

Alude el accionante, que la NUEVA EPS, aún no ha pagado las incapacidades superiores a los 540 días que le corresponde a ellos, por lo que lo está perjudicando tanto moralmente como económicamente, ya que tiene 2 hijos que dependen económicamente de él.

Manifiesta el accionante, que, las incapacidades que le da NUEVA EPS, se las da como enfermedad general, mismas que radica al fondo de pensión y tampoco se las pagan, argumentando que es competencia de ellos si no de la NUEVA EPS porque son superiores a los 540 días.

Por último, indica el accionante, que se encuentra pendiente de pago las siguientes incapacidades.”

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Una vez admitida la acción de tutela el 18 de octubre de 2022, se corrió traslado a la Nueva EPS, AFP Colpensiones y Agrícola El Retiro SAS, ordenando la vinculación de ARL Sura, para que se pronunciaran frente a los hechos denunciados en la solicitud de amparo.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

La Sociedad Agrícola El Retiro S.A.S., asintió que el señor Cruz Martínez labora para esa sociedad, cotizando a la seguridad social a la AFP Colpensiones, a la ARL Sura y a la Nueva EPS.

Aseveró que ha cancelado al actor todos los auxilios de incapacidad que les ha correspondido, durante el lapso del 01/01/2012 al 16/10/2022. La última incapacidad pagada fue el 13/04/2021, desde allí comenzó la disputa entre la EPS y la AFP frente al reconocimiento de las incapacidades superiores al día 540, pues ninguna entidad quiere asumir esta obligación.

Finalmente solicitó desvincular a esa sociedad de la presente solicitud de amparo, por falta de legitimación en la causa por pasiva al no ser la entidad responsable de los pagos que reclama como prestaciones el accionante, encontrándose la obligación a cargo de la ARL, la EPS y/o la AFP.

La directora de acciones constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, manifestó que la Nueva EPS allegó el concepto de rehabilitación, con pronóstico laboral favorable bajo radicado 2020_4221397 de fecha 16/04/2020. Por otra parte, el afiliado bajo radicado 2021_5443743 allegó concepto de rehabilitación desfavorable con fecha de emisión 25/12/2020, motivo por el cual a partir de la fecha de emisión no es procedente el pago de incapacidades.

En ese sentido señaló que esa administradora ha reconocido el pago de incapacidades por la suma de \$8.907.654. conforme al concepto de rehabilitación desfavorable, esa administradora calificó la pérdida de capacidad laboral mediante dictamen DML 4266345 del 29/07/2021, determinándose una merma del 38.47%, con fecha de estructuración 28/07/2021, de origen común, debidamente notificado el 10/08/2021.

El demandante inconforme con la determinación interpuso los recursos de ley y la Junta Regional de Calificación de Antioquia, calificó la pérdida de capacidad laboral mediante dictamen 100199–2022 del 30/04/2022, estableciendo un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 41.37% con fecha de

estructuración 28/07/2021 y origen común. Notificado al demandante por medio de oficio BZ2021-8542691-1803540 del 11 de agosto de 2021, debidamente notificado al correo electrónico pastorcruzj8@gmail.com.

Finalmente, indicó que esa administradora no tiene competencia en lo pretendido por el señor Cruz Martínez en el pago de las incapacidades posteriores al día 540, pues corresponde su reconocimiento y pago a la Nueva EPS.

El Representante Legal Judicial de la compañía Seguros de Vida Suramericana S.A., ARL Sura, señaló que conforme al señor José Pastor presenta cobertura activa, a través de la empresa MAXSER S.A.S, con fecha de inicio el 18 de noviembre de 2020. La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia calificó la pérdida de capacidad laboral, dictaminando una pérdida de 41.37%, con fecha de estructuración el 28 de julio de 2021.

Conforme al origen común de la enfermedad, es evidente que no existe obligación alguna o derecho vulnerado de parte de la ARL. Pues solo le concierne lo relacionado con accidentes y enfermedades laborales. Lo que hace evidente que esa ARL no ha vulnerado derecho alguno al actor.

El Apoderado Especial de la NUEVA EPS, manifestó que no transcriben incapacidades expedidas por médicos particulares, o IPS no adscritas a la red de la Nueva EPS.

El demandante cuenta con una calificación de pérdida de capacidad laboral, inferior al 50% no aplica la autorización del pago de incapacidad, siendo necesario iniciar un proceso de reintegro laboral para garantizar el mínimo vital. Reclama además el principio de inmediatez en la presente acción constitucional.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, luego la Juez *a-quo*, analizó el caso en concreto.

Reclama el demandante, tutelar los derechos vulnerados, ordenando a las entidades accionadas, pagar las incapacidades superiores a los 540 días, generadas desde el 14 de abril de 2021 hasta la fecha y se continúe pagando hasta tanto se defina su situación.

No obstante, pretende el actor se ordene por vía de acción de tutela el pago de incapacidades que le fueron expedidas por un médico particular, siendo ello un impedimento para el juez de tutela. Por lo que tendrá el actor que agotar el conducto regular, es decir, el trámite ordinario establecido para lograr el reconocimiento de las mismas, dado que al juez de tutela no le es permitido ordenar el pago de incapacidades laborales por un profesional de la salud no adscrito a la entidad respectiva, lo que debe es acudir a la vía ordinaria para reclamar el reconocimiento de las incapacidades.

Por otra parte, observó que, desde la fecha de expedición del último certificado de incapacidad, a la fecha de presentación de la acción constitucional han transcurrido un lapso extenso, es desproporcionado el tiempo que ha transcurrido desde la expedición de los certificados de incapacidad y la fecha de presentación de la acción constitucional.

En consecuencia, declaró la improcedencia de la presente acción incoada por el señor José Pastor Cruz Martínez.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, el señor José Pastor Cruz Martínez, impugnó la misma y para sustentar el recurso comenzó demandando que el fallo de tutela resultó incongruente. El juez de primera instancia incurrió en un error al omitir efectuar una valoración integral de su

caso, pues no tuvo en cuenta la actitud omisiva de la Nueva EPS, dado que asegura que ha radicado varias incapacidades para transcribir y la entidad se ha negado, consiguiendo con ello retrasar y negar sus derechos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó el señor José Pastor Cruz Martínez, el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente conculcados por parte de la Nueva EPS, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y Agrícola El Retiro, y en ese sentido se reconozca y pague unos certificados de incapacidades generados a partir del día 540 hasta la fecha y las que se continúen generando.

Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si en el caso en concreto se presenta vulneración a derechos fundamentales del señor José Pastor Cruz Martínez al omitir el reconocimiento y pago de dinero producto de unas incapacidades generadas por enfermedad común, o por el contrario no es procedente su reconocimiento vía acción constitucional.

2. Del Caso en Concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros

mecanismos de defensa judicial, o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

Sea lo primero señalar que frente a las incapacidades que expresa el señor Cruz Martínez no le han sido reconocidas ni canceladas, tiene para decir la Sala que la acción de tutela, en principio, no es el mecanismo para el reconocimiento o pago de prestaciones económicas, pues dicha acción Constitucional ha sido diseñada para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

También es criterio aceptado que la acción de tutela es improcedente, si los derechos fundamentales que se estiman vulnerados pueden ser protegidos mediante los mecanismos ordinarios de defensa dispuestos por el ordenamiento jurídico. De allí el carácter residual y subsidiario de esta acción constitucional.

No obstante, la propia norma Constitucional reconoce que la tutela puede operar como mecanismo transitorio de protección si, a pesar de existir otros medios judiciales de defensa, éstos no tienen la suficiente eficiencia para precaver el daño. En otros términos, el perjuicio irremediable es factor determinante en la procedibilidad de la acción, de acuerdo con lo dispuesto en las normas constitucionales, así como en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

Del anterior contexto, se extrae que, el amparo incoado no sería procedente para obtener el pago de prestaciones económicas. Ello, por cuanto el ordenamiento jurídico dispone de una completa serie de recursos y procedimientos para lograr ese fin, no siendo legítimo que se acuda a una vía

excepcional y urgente como la acción de tutela para perseguirlo. Admitir lo anterior conduciría, como mínimo, a que los jueces de tutela invadieran competencias ajenas, duplicando las funciones de la Administración y confundiendo los cauces ordinarios por los que deben resolverse los conflictos jurídicos.

Sobre este tema la Corte Constitucional en sentencia T-020 del 05 de febrero del 2018, ha señalado:

“5. Procedencia excepcional de la acción de tutela en asuntos relacionados con el pago de incapacidades. Reiteración de jurisprudencia[42]”

“5.1. El supuesto de subsidiariedad que integra la acción de tutela se observa en el artículo 86 de la Constitución, y condiciona la procedencia excepcional a que el interesado no disponga de otro medio judicial para defender los derechos invocados[43]. Establece como excepción el que se pretenda su uso para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”

Más adelante agregó:

“5.3. Adicional a lo anterior, esta Corte ha sostenido, en principio, que a la jurisdicción ordinaria le corresponde resolver las controversias laborales, y que la procedibilidad de la acción de tutela resulta justificada cuando la falta de pago de acreencias de esa índole genera amenaza o vulneración de derechos fundamentales como al mínimo vital y a la vida digna cuando constituye la única fuente de ingresos del afectado y su núcleo familiar. Así, en la citada T-909 de 2010 se expuso:”

“... la Corte ha reiterado que el no pago oportuno y completo de las incapacidades laborales puede ser objeto de tutela, siempre que afecte el mínimo vital del actor.”

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales.”

“Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”[52].

“La actuación subsidiaria al mecanismo ordinario se fundamenta en dos situaciones a saber, la afectación inminente de derechos fundamentales, y lo efectivo del medio frente al agotamiento de las vías ordinarias azas ineficaces. Rememoró que en los eventos en que la acción u omisión invade prerrogativas de esa estirpe (fundamental), la acción de tutela procede no solo como mecanismo transitorio, sino definitivo[53].”

“La probanza de esa trasgresión del derecho al mínimo vital exige únicamente la afirmación que el accionante presente en ese sentido, cuando no es desvirtuada en el trámite[54]. Para sustentar lo enunciado resulta oportuno evocar lo dicho en anterior pronunciamiento[55] respecto de que:”

“3.4. Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.”

*“Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica **no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgredan derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.[56]**”*

*“3.5. Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela **indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto**”. (Esta Sala subraya).”*

De acuerdo a lo anterior, se tiene que sin duda alguna para que proceda este mecanismo excepcional para el pago de acreencias laborales, dice la Corte, debe demostrar el demandado de que, ante el no reconocimiento y pago de las incapacidades prescritas por el médico tratante, se está poniendo en riesgo no solo su mínimo vital sino también el de su núcleo familiar.

En el presente caso, una vez auscultado los archivos anexos al escrito de tutela, da cuenta que la totalidad de los certificados de incapacidad no han sido objeto de transcripción por la entidad promotora de salud. En efecto se encontró dentro de la documentación, que solo los siguientes fueron emitidos por la Nueva EPS, es decir, el certificado **N 0006746382** del 14/04/2021 al 16/04/2021; certificado **N 0006783003** del 27/04/2021 al 28/04/2021; certificado **N 0007309852** del 26/10/2021 al 26/10/2021 y certificado **N 0007399367** del 20/11/2021 al 26/11/2021.

Los demás certificados que reclama el demandante, no fueron objeto de transcripción ante la entidad promotora de salud, pues las incapacidades aportadas por el accionante junto con el escrito de tutela, fueron expedidas por un médico particular, caso en el cual deberá el accionante transcribirlas ante la EPS para su eventual reconocimiento; así sean avaladas por la Entidad Promotora de Salud y su consecuente reconocimiento y pago de la prestación económica.

También le asiste razón al juez de primera instancia al establecer la improcedencia de la acción por el principio de la inmediatez pues el accionante pretende se le reconozca y pague las incapacidades generadas desde el año 2021, lo que no denota la urgencia e inminencia que conlleva la protección constitucional.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia en el sentido de declarar la improcedencia de la acción de tutela por cuanto las incapacidades aportadas fueron generadas por un médico particular, estas deberán transcribirse ante la entidad promotora de salud donde el accionante se encuentre afiliado y por el principio de inmediatez, dado que las incapacidad solicitadas son del año 2021.

Providencia discutida y aprobada por medios electrónicos.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), calendada el día 28 de octubre de 2022, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente decisión se realizará conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **7d4fef95e1dd28720e776df7668ff0ae516af653d56978e90781b04f8944d849**

Documento generado en 14/12/2022 06:52:38 PM

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

Radicado: 056586100113201780056 NI: 2022-1992
Acusados: Angela Cristina Valencia y Otros
Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros
Delito: Hurto calificado y agravado
Asunto: Definición de competencias

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL**

Radicado: 056586100113201780056 **NI:** 2022-1992
Acusados: Angela Cristina Valencia, Álvaro Ernesto Duque, Oscar Rojas, Jesús Medina y Carlos Vergara
Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros
Delito: Hurto calificado y agravado
Asunto: Definición de competencias
Aprobado por medios virtuales mediante acta No.199 de diciembre 14 del 2022
Sala No: 6

Magistrado Ponente: Dr. **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome.** -

Medellín, diciembre catorce del dos mil veintidós.

1. Objeto del pronunciamiento

Resolver sobre la falta de competencia que plantea el Juez Penal del Circuito de Yarumal para conocer de la presente actuación, la que no es aceptada por el Juez Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros. Actuación que arriba a esta Corporación el pasado 12 de diciembre del 2022.

2. Actuación procesal relevante

El pasado 16 de junio del año 2020, la Juez Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos se declara impedida para conocer de un preacuerdo que es puesto a consideración suya por la judicatura, pues había obrado como juez de control de garantías en segunda instancia, el pasado 18 de diciembre del 2019, al resolver apelación sobre audiencia de imposición de

medida de aseguramiento efectuada en el Juzgado de San José de la Montaña el pasado 22 de octubre del 2019.

Dispuso entonces remitir la actuación al Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, para que se pronunciara sobre el impedimento, al arribar a dicha autoridad judicial no se emitió en concreto ningún auto pronunciándose sobre la procedencia del impedimento propuesto, pero se citó para audiencia de verificación de preacuerdo la cual fue instalada el día 21 de agosto del 2021, al inicio de la audiencia, la Juez advierte que a la audiencia comparece un fiscal delegado ante los Jueces Penales y Promiscuos Municipales, y le indica que visto que se esta en un Juzgado del Circuito no es posible adelantar la audiencia con un fiscal de inferior categoría, razón por la cual se suspende la audiencia mientras se soluciona lo ocurrido. Posteriormente la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia informa que se designó para dichas diligencias al Fiscal Seccional de Santa Rosa, por tal motivo la titular en ese momento del Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, decide devolver la carpeta con el preacuerdo a la Fiscalía, pues fue presentada por un fiscal diferente al autorizado por la Dirección Seccional.

Posteriormente se radica nuevamente el escrito de preacuerdo ante el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, por parte del Fiscal Seccional de Santa Rosa de Osos, y el día 10 de septiembre del 2021 se expone el preacuerdo y la judicatura considera que el mismo no puede ser aprobado por errores en la legalidad de la pena acordada, disponiendo devolver entonces nuevamente la actuación a la Fiscalía. Esta a su vez presenta un nuevo preacuerdo en el mes de diciembre del 2021 y el día 15 de diciembre del 2021 se instala nueva audiencia que no puede celebrarse pues no comparecen todos los sujetos procesales.

El 25 de marzo del 2022, se da inicio nuevamente a la audiencia de verificación de preacuerdo en el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal y allí el Juez se abstiene de continuar

la audiencia al verificar que no todos los procesados, ni las víctimas en efecto pudieron conocer y expresar su conformidad con el preacuerdo, por lo que se requiere a la Fiscalía para que solucione tal aspecto.

El día 19 de agosto del 2022, la Fiscalía General de la Nación vuelve a presentar preacuerdo a la judicatura y solicita se fije fecha y hora para audiencia de verificación del mismo, la cual se efectúa el día 2 de noviembre del 2022, en la misma al instalar la audiencia el Juez Penal del Circuito de Yarumal, pregunta a la Fiscalía porque si son hechos ocurridos en el circuito de Santa Rosa de Osos, presenta la actuación en su despacho, y el Fiscal le indica porque la Juez Promiscuo del Circuito de Santa Rosa se había declarado impedida por haber obrado como juez de control de garantías.

Indica entonces el Juez Penal del Circuito de Yarumal, que el no es el competente para pronunciarse sobre el impedimento de la Juez de Santa Rosa de Osos, o mucho menos para conocer de la actuación en caso de que prospere el mismo, pues el Juzgado de Circuito más cercano a Santa Rosa de Osos es el de San Pedro de los Milagros, tal y como lo demuestra la realidad geográfica, y como lo ha precisado el Tribunal Superior de Antioquia Sala Penal que en varios pronunciamientos fijó en caso similares que el Juzgado del Circuito más próximo a Santa Rosa de Osos es el de San Pedro de los Milagros por lo que dispone remitir a dicha autoridad la actuación.

Ante tal manifestación el Fiscal replicó y le indicó al Juez, que ya había existido una audiencia previa donde se estudió un preacuerdo y este no fue avalado por la judicatura, por lo que cualquier discusión sobre el impedimento o la competencia territorial ya quedó zanjada, los demás sujetos procesales no manifestaron nada al respecto, y el Juez dispuso entonces remitir la actuación al Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros para lo de su cargo.

El Juez Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros en auto del pasado 15 de noviembre del año en curso, considera que el no es el competente para conocer de la actuación, pues ya el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, había asumido el conocimiento cuando estudio inicialmente el preacuerdo en el año 2021, y por lo mismo avaló el impedimento que en el pasado había presentado la Juez Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos. Igualmente señaló que no importa solo la distancia geórgica sino la de la vía de comunicación e indiscutiblemente Yarumal esta más cerca a Santa Rosa que San Pedro de los Melgaros y por último estando en virtualidad los aspectos territoriales pasan a un segundo plano, la secretaría de ese despacho solo hasta el día 7 de diciembre del 2022 dispuso remitir la carpeta virtual a la oficina de apoyó judicial, y la misma finalmente arribó a esta Corporación el día 12 de diciembre del 2022.

3. Para resolver se considera

Procederá la Sala a ocuparse de la controversia suscitada entre los Jueces Penal del Circuito de Yarumal y Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros, para conocer sobre un impedimento y continuar con el posterior conocimiento de la actuación.

Lo primero que debe resaltarse es que, aunque en efecto esta Corporación¹ en decisiones pasadas de varias salas de decisión al resolver conflicto de competencia ha indicado que el Circuito más próximo a Santa Rosa de Osos es el de San Pedro de los Milagros, dicha regla no resulta aplicable para resolver la presente controversia por las siguientes razones.

Cuando en el año 2020 la Juez Promiscuo del Circuito se declaró impedida y remitió la actuación al Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, si bien es cierto quien ostentaba la titularidad de ese despacho no hizo un auto en el que expresamente indicara que declaraba

¹ Entre otras 2022-1196-3 M.P. GUERTY ACEVEDO.

procedente el impedimento, lo cierto es que si asumió el conocimiento de la actuación, y fue audiencia de verificación del preacuerdo que su homóloga de Santa Rosa de Osos repudiaba conocer por considerarse impedida, con lo que convalido el impedimento expuesto y asumió ella el conocimiento y aunque posteriormente en una actuación manifiestamente irregular decidido devolver el preacuerdo a la Fiscalía, esta volvió y lo radicó ante ella solucionado el impase de la categoría del Fiscal que debía comparecer a la audiencia y el día 10 de septiembre del 2021, se efectuó audiencia de verificación de preacuerdo, acto procesal en el que si bien es cierto no se dio aprobación al preacuerdo si se zanjó cualquier discusión sobre competencia para conocer de la misma, y se materializó que el impedimento propuesto previamente por la Juez de Santa Rosa si procedía, pues en efecto se dio curso a la audiencia de verificación de preacuerdo en otro despacho judicial diverso.

En ese orden de ideas, inadmisibile resulte que se pretenda ahora no solo revivir el debate del impedimento , que en la realidad ya fue declarado procedete cuando la anterior titular del Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, asumió el conocimiento de la diligencia que la Juez de Santa Rosa rechazaba por considerarse impedida, sino cualquier otra discusión sobre competencia territorial, independientemente de las reglas que hubieren podido trazar esta Corporación, pues ya se hizo una audiencia inicial de verificación de preacuerdo, y ahora que se presenta una nuevo, vista las objeciones que inicialmente impuso la judicatura, así este otra persona en la titularidad del Juzgado, no puede entrar ahora a desconocerse lo ya obrado, y decir entonces que la competencia esta en otra jurisdicción cuando tal asunto ya se finiquitó al inicio de la primera audiencia de verificación de preacuerdo, y mucho menos fue tratado en la primera audiencia que presidió el actual titular del Juzgado Penal del Circuito de Yarumal.

No se debe pasar por alto que frente a la justicia premial como ocurre en el presente caso en el que hay un preacuerdo, las audiencias de acusación y preparatoria conforme lo precisa

la jurisprudencia², que son el escenario por excelencia para sanear nulidades no se celebran, pero al instalarse la audiencia de verificación de preacuerdo, se resuelve el tema de competencia, y este se se resolvió desde el año 2021, cuando en la primigenia audiencia de verificación de preacuerdo se resolvió sobre la legalidad de la mismo así fuere inicialmente improbadado, sin que existiera controversia alguna sobre la competencia territorial del Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, por ende no es posible ahora que vuelve el acuerdo a la judicatura se pretenda ahora revivir un debate sobre competencia territorial, ya superado.

En este orden de ideas, debe continuar la presente actuación en el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal.

Infórmese al respecto al Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros y a los sujetos procesales.

Proyecto discutido y aprobado por medos virtuales.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

² Sentencia radicada 5278 del 2014 Las audiencias de formulación de acusación y preparatoria tienen unos objetivos fundamentales, la primera es de saneamiento del proceso y la segunda de aprestamiento del debate oral, tal como ha tenido oportunidad de precisar en esta Corporación en Auto de 13 de julio de 2012, radicado 36562:

“Así, la audiencia de formulación de acusación, de acuerdo con el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, tiene como función primordial el saneamiento del proceso, precisamente de cara a la futura celebración del juicio oral, tal y como ha tenido ocasión de precisar la Sala², advirtiendo que ésta constituye el escenario apropiado para cuestionar la competencia, formular recusación, solicitar nulidades, fijar los hechos relevantes del juicio, y para el reconocimiento de la víctima

Radicado: 056586100113201780056 NI: 2022-1992
Acusados: Angela Cristina Valencia y Otros
Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros
Delito: Hurto calificad y agravado
Asunto: Definición de competencias

PRIMERO: Fijar la competencia para conocer de la presente actuación en el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal.

SEGUNDO: Informar de esta determinación a los sujetos procesales y al Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros.

TERCERO: Regrese sin dilación alguna la actuación al Juzgado Penal del Circuito de Yarumal.

CUARTO: Contra lo aquí resuelto no procede recurso alguno

COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **cb85d712f723cfd93ff5a97276f714d901a91f09217589ae3213a24ab879ddd1**

Documento generado en 14/12/2022 06:52:29 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 058956099161201900144 **NI:** 2022-1945
Procesado: JULIAN FERNANDO CORREA TRUJILLO
Delito: Tráfico de estupefacientes
Motivo: Apelación de auto niega prueba sobreviniente
Decisión: Confirma
Aprobado acta No: 197 de diciembre 9 del 2022 Sala No: 6

Magistrado Ponente: **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome.-**

Medellín, diciembre nueve del dos mil veintidós.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN.-

Resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto emitido por el Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia calendado a 30 de noviembre del 2022 que negó una prueba sobreviniente pedida por la Fiscalía General de la Nación, actuación que arriba a esta Corporación el pasado 5 de diciembre del año en curso.

II. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES.-

En desarrollo de la audiencia del juicio oral cuando el testigo de la Fiscalía el Intendente EDWIN RODRIGUEZ, declaraba sobre los pormenores de la captura del procesado, dio a conocer que existía una interceptación telefónica a la línea celular del señor JULIAN FERNANDO CORREA TRUJILLO, en la cual se podía establecer el transporte de la sustancia que hoy se investiga y en la que participó el procesado, y que pudo constatar que en las actuaciones con radicados 050456000360201880073,050456099151201980041 y 050456000360202100009 se adelantaba una investigación estructural en contra de una

banda delincencial de la cual hacia parte el señor JULIAN FERNANDO, y en dichos radicados reposan los audios de las respectivas interceptaciones telefónicas, como apenas el día anterior se dio a conocer tal información se realizó la labor de conseguir dichos elementos, y se pudo tener comunicación con el investigados CESAR AUGUSTO BEDOYA BERNAL Subintendente analista de la sala técnica de comunicaciones encontrándose que los días 2, 3 y 4 de diciembre de 2019 fechas realizadas previas, concomitante y posterior a los hechos que aquí se investigan, efectivamente se realizaron las respectivas escuchas telefónicas, y que las mismas permitieron la captura en flagrancia que dio origen a este proceso.

Por lo tanto, solicita se decrete como prueba sobreviniente testimonio de los funcionarios de policía judicial CESAR AUGUSTO BEDOYA BERNAL y de investigador de NESTOR FABIAN LEIVA, y todo lo que tiene que ver con el disco compacto contentivo de los audios de comunicaciones de los días 2, 3 y 4 de diciembre de 2019, comunicaciones previas concomitantes y posteriores a los hechos que aquí se investigan y los respectivos informes de investigador de campo realizados por estos dos investigadores.

III. PROVIDENCIA IMPUGNADA.-

El Juez de instancia, procedió a referirse a los requisitos para que la prueba sobreviniente proceda, señalando que en el presente caso independientemente que no exista oposición de la defensa se debe considera que si bien es cierto, la información de las escuchas telefónicas, es pertinente y útil para el presente proceso, no se trata de prueba que no existiera para el momento de la acusación, y el simple hecho que la Fiscalía descubra que tales pruebas existían en otros procesos, cuando oye en declaración a un policía judicial, no justifica que de manera extemporánea se permita su decretó como prueba sobreviniente conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.-

La Fiscalía interpone el recurso de apelación y señala que se encuentra en el escenario procesal idóneo para decretar esa prueba sobreviniente, considera que se dan todos los elementos propios para la solicitud y decreto de la misma, que ha sido claro en indicar que solo hasta el día 29 de noviembre del presente año, ayer, al realizar el testimonio del investigador EDWIN RODRIGUEZ, se pudo conocer esa situación porque de los elementos de la carpeta ese no se indicaba y con pasa en ese testimonio se efectuó la búsqueda de la información de las interceptaciones, y por tanto solicita al Tribunal se tenga en cuenta que fue al momento de oír en declaración al investigador que se pudo observar la existencia de la prueba y que al ser una investigación estructural que se realiza con reserva, en Urabá por otras fiscalías especializadas, y que incluso se podría faltar a esa reserva es por eso que al realizarse una captura en flagrancia y ya en sede de juicio es que se puede conocer de la existencia de la misma.

En el traslado a los no recurrentes la defensa no presento consideración alguna.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

El asunto que concita el interés de la Sala es establecer si se reúnen los requisitos de ley para decretar el testimonio que está reclamando la Fiscalía General de la Nación, para que se decrete como prueba sobreviniente.

En lo que respecta a la prueba sobreviniente, el artículo 346 de la ley 906 de 2004, atribuye al juez de conocimiento la facultad de refutar aquellos elementos probatorios y evidencia física de los cuales concluya, no han observado el trámite de descubrimiento probatorio conforme al artículo 344 y 356 ibidem. Empero lo expuesto como regla general, se erige una

excepción en caso de establecerse la omisión de los elementos aludidos *“por causas no imputables a la parte afectada”*, en efecto el aludido artículo 344 dispone:

“Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el alcance que deviene de la norma en cita, en los siguientes términos:

“Existe, sin embargo, la posibilidad de que ya en el juicio oral alguna de las partes intervinientes solicite la práctica de una prueba, la cual podrá ser decretada por el Juez, si se reúnen las condiciones exigidas en el inciso final del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, que ese medio de prueba solicitado se hubiere encontrado durante el desarrollo del juicio, que sea muy significativo por su incidencia en el juzgamiento y que, por ende, deba ser descubierto”.

“Un caso de esta naturaleza podría presentarse cuando de una prueba practicada en el juicio surja la necesidad de practicar otra; o cuando en desarrollo del juzgamiento alguna de las partes ‘encuentre’ o se entere sobre la existencia de un medio de conocimiento que antes ignoraba, por alguna razón lógica y atendible”.

“No clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que, conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubiesen enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello, por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe”¹.

En ese orden de ideas, para determinar si es meritorio otorgar el carácter de sobreviniente a un medio probatorio, preliminarmente es necesario determinar si la inoportunidad en su descubrimiento obedece a causas atribuibles a la parte interesada, bien sea por incuria,

¹ Sentencia del 30 de marzo de 2006. Rad. 24468.

negligencia o mala fe. De lo contrario, es decir, sin que concurra alguna causa atribuible a quien solicita la práctica de la prueba aludida, su admisión resulta posible.

Ha indicado también el Alto Tribunal, que:

“aunque el inciso final del artículo 344 alude a elemento material probatorio y evidencia física, tal enunciación no se refiere exclusivamente a los medios de convicción puntualizados en el artículo 275 de la misma Ley 906 de 2004, sino a todo aquel que tenga la potencialidad de convertirse en prueba una vez sea practicada en el juicio oral (tal el caso de los testigos cuya declaración se solicita), según los términos del artículo 377 ibidem, como lo entiende la misma disposición primeramente citada cuando en su parte final utiliza la expresión “prueba” para reiterar la excepcionalidad de su admisión en el evento de concurrir los presupuestos allí regulados.”²

En el presente caso, la Fiscalía apuntala su pedimento en dos aspectos, el primero que solo conoció de la existencia de las escuchas telefónicas al momento de oír en declaración al servidor de policía judicial EDWIN RODRIGUEZ, quien supo que las mismas hacían parte de otra investigación estructural y reservada que adelantaba la Fiscalía de Uraba, razón por la cual solo hasta ese momento es que se conoce de la existencia de interceptaciones telefónicas hechas los días 2, 3 y 4 de diciembre del 2019, que permitieron la captura en flagrancia del aquí procesado.

Los argumentos expuestos por la representación del Ente instructor no resultan suficientes para decretar la prueba sobreviniente reclamada por las siguientes razones:

En primer lugar no se entiende porque si el señor investigador EDWIN RODRIGUEZ, es un testigo de la Fiscalía, ésta, previo a oírlo en juicio, no recabó de parte de él toda la información que este pudiera tener, en especial la de una interceptaciones telefónicas

² Sentencia radicada 30645, de 4 de marzo de 2009. MP María del Rosario González de Lemos.

echas los días 2, 3 y 4 de diciembre del 2019, una efectiva entrevista previa le hubiera permitido al señor Fiscal conocer la información que ahora obtiene sorpresivamente cuando interroga en el juicio a su testigo, tampoco se entiende el argumento de la reserva de la investigación y que esta fuere estructura, pues si se dice que la información de las escuchas telefónicas sirvió para la captura, no se explica porque no se pasó ,efectuada la captura, dicha información al despacho que adelantara la actuación posterior a la captura, ni el Fiscal que ahora reclama la prueba sobreviniente explica porque no pudo conocer de dicha información, y en cambio el investigador que recaba las pruebas en la etapa preliminar sí, y no le dio dicha información oportunamente.

Ahora bien todas las investigaciones en la etapa preliminar son reservadas, si inicialmente no se quiso dar a conocer esa información para ser usada en este proceso, sin explicitar ninguna otra razón diversa a la reserva propia de las indagaciones preliminares, no justifica de manera alguna que ahora en la etapa del juicio se pretenda usar información que reposaba de tiempo atrás en el Ente Instructor, por lo tanto como lo concluye el juez de primera instancia no se trata de un hallazgo de último momento, de información que estuviera fuera del alcance de la Fiscalía, sino de datos que ya hacían parte de otros procesos al interior de la misma Fiscalía General de la Nación, por lo tanto que ahora después de mucho tiempo se decía hacer público lo que previamente quisieron tener en secreto no justifica de manera alguna una prueba sobreviniente en favor de la Fiscalía.

En consecuencia, la providencia recurrida será confirmada.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia materia de impugnación emitida de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

**Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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: **a769a08f00284b82e64f04d5554fceed5b708e6afed5818e200f59da2b28281c**

Documento generado en 09/12/2022 10:52:23 AM

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

Sentencia Preacuerdo Segunda Instancia

Acusada: Lus Ángela Ceballos Vahos y otros
Delito: Concierto para delinquir agravado y otro
Radicado: 05001 60 00000 2022 00230
(N.I. 2022-1747-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta Nro. 115 del 9 de diciembre de 2022

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	defensa
Tema	Traslado a resguardo indígena
Radicado	05001 60 00000 2022 00230 (N.I. 2022-1747-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la defensa de Lus Ángela Ceballos Vahos contra la sentencia del 21 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado Antioquia.

Es competente el Tribunal Superior de Antioquia en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

Sentencia Preacuerdo Segunda Instancia

Acusada: Lus Ángela Ceballos Vahos y otros

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Radicado: 05001 60 00000 2022 00230

(N.I. 2022-1747-5)

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 7 de julio de 2022 por medio de acta de aceptación de cargos, Lus Ángela Ceballos Vahos aceptó de manera voluntaria, libre y espontánea la responsabilidad por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes contenidos en los artículos 340 inciso 2 y 376 inciso 1° y 3° del CP. Como contraprestación se dio una rebaja del 50% de conformidad con el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, atendiendo a que aún no se había presentado escrito de acusación. Para tal efecto se pactó una pena a imponer de 67 meses de prisión y multa de 2017 S.M.L.M.V.

El Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia profirió sentencia condenatoria en su contra el pasado 21 de octubre de 2022. La declaró penalmente responsable de los punibles anteriormente descritos y le impuso pena principal de sesenta y siete (67) meses de prisión y una multa de 2017 S.M.L.M.V. y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que la pena principal. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria y la solicitud de traslado a resguardo indígena presentado por la defensa.

Para negar el traslado a resguardo indígena, la Juez informó : *la defensa no corrió traslado de los elementos de convicción para realizar un análisis o un juicio sobre su pertenencia al raizal indígena; tampoco allegó la solicitud de la máxima autoridad del resguardo en la que conste que la comunidad cuenta con la instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad, eso sin mencionar que al momento de cometer las conductas delictivas por las que está siendo condenada, la procesada se sustrajo de las leyes y parámetros de dicho establecimiento, occidentalizando su comportamiento y manera de*

Sentencia Preacuerdo Segunda Instancia

Acusada: Lus Ángela Ceballos Vahos y otros

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Radicado: 05001 60 00000 2022 00230

(N.I. 2022-1747-5)

vivir, por lo que no podrá predicarse su condición de miembro, cuando sus actuaciones se encuentran contrarias a dicha jurisdicción”.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación. Solicita se revoque la sentencia de primera instancia en el acápite de lo subrogados y beneficios, concediendo conmutar la pena impuesta en centro carcelario del resguardo indígena. Del extenso escrito se extrajo lo siguiente:

Afirma que aportó en dos oportunidades los documentos que soportan la solicitud, los cuales fueron relacionados en la argumentación del traslado del 447 CPP.

Indicó que, en diversas oportunidades, la Corte Constitucional se ha pronunciado acerca de la facultad discrecional con que cuenta el INPEC para trasladar internos, y a su vez, de los límites constitucionales que aquélla conoce, y que, en tal sentido, como punto de partida del examen debe tomarse en consideración lo previsto en los artículos 73 y siguientes de la Ley 65 de 1993, referentes al tema de los traslados y procedimientos administrativos.

Por último, advirtió que el respeto a la jurisdicción indígena se constituye como un derecho de las comunidades y su ejercicio genera responsabilidades. Por tanto, en este caso, se puede conmutar la pena de Lus Ángela Ceballos Vahos para terminarla de purgar en la comunidad indígena de la cual hace parte, esto es, KATIO – DOKERAZA VI ubicada en el municipio de Turbo - Antioquia, ya que la documentación que así lo acredita fue enviada antes de la emisión de la sentencia.

Sentencia Preacuerdo Segunda Instancia

Acusada: Lus Ángela Ceballos Vahos y otros

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Radicado: 05001 60 00000 2022 00230

(N.I. 2022-1747-5)

CONSIDERACIONES

La Sala anticipa la conclusión de que la sentencia será confirmada. Dos fueron las razones de la juez de instancia para negar el traslado de la condenada al resguardo indígena: i) la defensa no corrió traslado de los elementos de convicción para realizar un análisis o un juicio sobre su pertenencia al raizal indígena y ii) no allegó la solicitud de la máxima autoridad del resguardo en la que conste que la comunidad cuenta con la instalación idónea para garantizar la privación de la libertad.

l) Indicó el recurrente que aportó en dos oportunidades los documentos que soportan la solicitud. Cotejado el expediente por la Sala se pudo constatar que el recurrente dio traslado en audiencia del artículo 447, de los siguientes elementos:

- Constancia de miembro activa de la comunidad indígena.
- Certificado del ministerio del interior.
- Acta de posesión resguardo por parte del Municipio de Turbo – Antioquia.

Lus Ángela Ceballos Vahos sí es miembro activa del resguardo Dokerazavi del distrito de Turbo Antioquia. Se equivocó la Juez de instancia a no valorar el elemento de convicción que acredita la pertenencia de la procesada al resguardo indígena. Sin embargo, la solicitud también fue negada porque no se allegó información de la autoridad del resguardo en la que conste que la comunidad cuenta con la instalación idónea para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad.

Frente a la discusión planteada por el recurrente acerca del cumplimiento de los requisitos para el traslado de Lus Ángela Ceballos

Sentencia Preacuerdo Segunda Instancia

Acusada: Lus Ángela Ceballos Vahos y otros

Delito: Concierto para delinquir agravado y otro

Radicado: 05001 60 00000 2022 00230

(N.I. 2022-1747-5)

Vahos al resguardo indigencia, la Sala de Casación Penal¹ reafirma la posibilidad de que un miembro de una comunidad indígena purgue una sanción impuesta por la jurisdicción ordinaria en un centro de reclusión de su propio resguardo, pero, bajo el cumplimiento de los presupuestos fijados por la Corte Constitucional (T-685 de 2015):

“(i) consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio; (ii) verificación de si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad, a falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993; (iii) el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad, en caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio; y (iv) el juez deberá analizar si la conducta delictiva por la cual lo acusan o por la que fue condenado, permite concluir que el traslado del indígena al resguardo pueden poner en peligro a esa comunidad”.

ii) Lo cierto es que el material trasladado por el recurrente en la audiencia de 447, no acredita el cumplimiento de los requisitos para el traslado de la procesada. Como lo informó la Juez de instancia no se allegó solicitud de la máxima autoridad del resguardo en la que conste que la comunidad cuenta con la instalación idónea para garantizar la privación de la libertad, tampoco se informó de alguna acción especial de la comunidad para determinar si Lus Ángela Ceballos Vahos se compromete a cumplir con la detención en el resguardo. Situaciones impiden analizar los demás requisitos establecidos por la Corte Constitucional.

¹ SP1370-2022 radicado N° 53444 del 27 de abril de 2022

Sentencia Preacuerdo Segunda Instancia

Acusada: Lus Ángela Ceballos Vahos y otros
Delito: Concierto para delinquir agravado y otro
Radicado: 05001 60 00000 2022 00230
(N.I. 2022-1747-5)

Lo anterior, no descarta la posibilidad de que una vez se cumplan con los requisitos exigidos se realice la solicitud ante el Juez de ejecución de penas.

Sin necesidad de más consideraciones se confirmará la decisión recurrida, pero por lo expuesto por la Sala en este proveído.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA** en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos, en cuanto fue materia de apelación.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

**Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

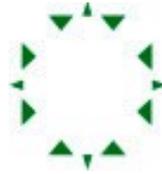
**Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

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: **2728ae07b0ae610ea82aa07748a9d343a2a8e721303a2c647df16bddf31e17d5**

Documento generado en 12/12/2022 08:55:45 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, quince (15) de noviembre dos mil veintidós

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta No. 116 del 12 de noviembre de 2022

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Fiscalía
Tema	Valoración probatoria – estándar de prueba para condenar – antijuridicidad – hechos jurídicamente relevantes
Radicado	05-154-61-00191-2018-80059 (N.I. TSA 2022-1123-5)
Decisión	confirma

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía en contra de la sentencia absolutoria de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Caucaasia - Antioquia.

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral primero del C.P.P., Ley 906 de 2004.

HECHOS

En la acusación la fiscalía expuso:

“En fecha 25 de julio de 2018, el señor Gildardo Antonio Restrepo Monroy se presentó a denunciar a la señora DIANA CAROLINA ATEHORTUA MONSALVE vecina de su hijo menor de 10 años (L.M.R.J.) y a quien le encontró unas conversaciones en el Messenger de la red social Facebook en la cuales se hacían explícitas referencias a actos sexuales que venían ocurriendo entre el menor y la dama ATEHORTUA MONSALVE, según estos mensajes DIANA CAROLINA habría puesto al menor a que le besara los senos.

El menor L.M.R.J. con 10 años de edad en el informe pericial de clínica forense refiere que “hace dos meses yo fui a la casa de DIANA CAROLINA en el barrio El Camello 2 que su hijo es amigo mío y se estaba viendo una película, allá ella me llamó a su pieza y me dijo que le chupara las tetas y se las chupé...”. En la entrevista forense reitera la información manifestando que el papá le encontró unas conversaciones con DIANA CAROLINA una vecina y que en estas ella le decía que quería que le volviera a chupar las tetas, al preguntarle si esto había pasado anteriormente manifestó que sí que una vez le chupó las tetas en la casa de ella. Finalmente en valoración psicológica se conceptúa que el menor presenta dependencia emocional con su victimario a quien asocia como su pareja.”¹

LA SENTENCIA

El 5 de agosto del año 2022, el Juzgado Penal del Circuito de Caucasia, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia absolutoria en favor de DIANA CAROLINA ATEHORTUA MONSALVE frente a

¹ Así se expuso el fundamento fáctico de la acusación en el escrito y en la correspondiente audiencia, en donde se realizó esencialmente una lectura del documento (escrito de acusación, archivo “02EscritoAcusación”, audiencia de acusación, archivo “04AudiAcusación04-03-19”, récord 00:06:35 a 00:07:57).

la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años. Para soportar su decisión partió de la siguiente premisa fáctica:

“Se circunscriben al año 2016 en el municipio de Caucasia Antioquia, cuando la señora DIANA CAROLINA ATEHORTUA MONSALVE propició que el menor de 8 años L.M.R.J. le realizara tocamientos, concretados en besarle la boca y los senos.”²

Luego, adujo esencialmente que, según las pruebas practicadas, el menor L.M.R.J., de 8 años de edad, frecuentaba la casa de la procesada, en donde, inducido por esta, le daba besos en la boca y en los senos, así que el actuar doloso de DIANA CAROLINA y la materialidad de la conducta están probadas.

Sin embargo, no se demostró la antijuridicidad material ya que no se evidenció que el niño haya sufrido alteraciones emocionales o en su formación sexual. Tampoco hay pericia que de cuenta de alguna afectación que a futuro le impidiera determinarse sexualmente. Además, en juicio se mostró preocupado por la situación de la procesada y triste por no volverla a ver. Así que el vínculo con aquella no ha implicado la transgresión de su desarrollo sexual sino que *“le ha resignificado como experiencia cierta de desarrollo psicosexual”*. Tampoco hubo un quebrantamiento de su voluntad para la realización de las conductas. En esas condiciones, no es claro una grave vulneración de la libertad, integridad y formación sexual de la víctima.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la fiscalía presentó y sustentó de manera oral el recurso de apelación con la finalidad de obtener la revocatoria de la

² Sentencia de primera instancia, archivo “30Sentencia”, folio 1.

sentencia y la consecuente condena de la acusada,³ tal pretensión se puede sintetizar de la siguiente manera:

La discusión se centra en la antijuridicidad material. Al respecto, sí se causó una lesión al desarrollo emocional del menor e incluso de su grupo familiar, así lo expuso su padre.

La psicóloga Paola Milena Nader Peñate dio cuenta de síntomas de afectaciones psicológicas del niño por el abuso sexual que sufrió desde muy temprana edad, lo que menoscaba su desarrollo mental y evolutivo frente a la percepción de su sexualidad, generando la pérdida de su inocencia e ingenuidad, despertando necesidades libidinales condicionadas por la experiencia sexual de una adulta. La psicóloga expresamente dijo que esos comportamientos de la procesada lo sexualizaron.

Así que se dio la afectación emocional del niño al adentrarlo prematuramente en las prácticas lascivas y eróticas, además, porque propició un vínculo con la acusada que le ha generado un desequilibrio emocional al que no debería estar sometido, de modo que hubo una alteración sustantiva de la formación sexual de la víctima.

No hubo pronunciamiento por parte de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación y anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada, aunque por razones sustancialmente diferentes a las propuestas por el Juez.

³ Audiencia de lectura del fallo del 5 de agosto de 2022, archivo "29AudiLecturaFallo05-08-22" récord 00:25:10 – 00:33:28.

A fin de sustentar debidamente tal anuncio primero se analizarán los conceptos de congruencia, estándar de prueba necesario para condenar, y los hechos jurídicamente relevantes, temás inescindibles para resolver de fondo la impugnación. Luego, nos centraremos en la valoración probatoria.

1. De los hechos jurídicamente relevantes, la congruencia, y el estándar de prueba necesario para condenar

La hipótesis acusatoria viene determinada por la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes y estos constituyen el punto de referencia para establecer el grado de suficiencia de las pruebas que definen el conocimiento necesario para condenar, de modo que el resultado final de ese proceso racional depende de una adecuada fijación de la premisa fáctica del caso.⁴

En la sentencia 44599 de 2017, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia preocupada por la informalidad o poca atención de los operadores judiciales en punto de la fijación de los hechos en el trámite penal, quiso resaltar la trascendencia del asunto, concretando, a la vez, lo que debe entenderse por hecho jurídicamente relevante:

“La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan las características de un delito; y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 precisa que la imputación es procedente 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”.

⁴ Sobre el tema de los hechos jurídicamente relevantes, véase entre otras, CSJ SP radicados 59100 del 2 de marzo de 2022, SP566-2022, M.P. Myriam Ávila Roldán, 58549 del 2022, SP570-2022, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, 45446 del 24 de julio de 2017, y 44599 del 8 de marzo de 2017, ambas M.P. Patricia Salazar Cuellar.

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad. También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera."

La poca atención que se brinda a la determinación de la premisa fáctica se traduce en serios inconvenientes para el adecuado trámite de los procesos y desde luego, para la controversia probatoria que define la responsabilidad penal.

En ese orden, una adecuada tipificación de la conducta requiere la mayor precisión posible, en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Más explícitamente, la relevancia jurídica del hecho tiene como presupuesto una mínima fijación de cuándo ocurrió, cómo ocurrió y dónde ocurrió. Obviamente, quién lo cometió y quién fue víctima.

A tono con esto, se ha reiterado por vía jurisprudencial⁵ que la sentencia condenatoria no puede sostenerse en hechos que no consten en la acusación, dada que ello implicaría una afectación sustancial del debido proceso, el principio de congruencia, y el derecho de defensa.

A su vez, se ha establecido a partir de lo resuelto en tales decisiones que cuando los hechos de la acusación se delimiten de manera precaria, es imposible superar tal yerro bajo argumentos como que pueden inferirse de la imputación; o porque la defensa pueda extraerlos de las audiencias preliminares, a modo de suposición; o porque basados en tal abstracción, se ejecute una defensa activa en juicio.

⁵ Véase SP2042-2019, radicado 51007 del 5 de junio de 2019; SP3831-2019, radicado 47671 del 17 de septiembre de 2019; AP3401-2019 radicado 51693 del 6 de agosto de 2019; SP5560-2018 radicado 52311 del 11 de diciembre de 2018, entre otras.

Además, la fijación de los hechos jurídicamente relevantes de la acusación debe respetar la relación de correspondencia o congruencia con la imputación. Aunque puede darse cierta controversia respecto a la utilización del término “congruencia” al hablar de la imputación, lo cierto es que en el proceso penal el supuesto fáctico se delimita desde tal audiencia, elemento que debe guardar relación de “correspondencia” con la acusación, sin que ello impida que con posterioridad a dicha audiencia preliminar se puedan precisar algunas circunstancias de la conducta, siempre y cuando no se afecte el núcleo esencial de la imputación fáctica.⁶

Entonces, es claro que entre imputación y acusación se determina la correspondencia en relación a la premisa fáctica, lo que también se ha explicado como congruencia entre la acusación y la imputación.⁷

Más allá de la discusión sobre el término adecuado, lo que emerge esencial en este punto, es la necesidad de que los hechos jurídicamente relevantes cumplan con los requisitos de claridad y precisión, incluso desde la imputación, pues ello es un presupuesto de la acusación, elemento fundamental para la final aplicación del artículo 448 que contiene el principio de congruencia propiamente dicho, según el cual, el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. Acorde con esto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reiteró que:

“En efecto, aunque el principio de congruencia se predica, en estricto sentido, de la relación sustancial fáctico-jurídica entre la acusación y la sentencia, y está suficientemente decantado que, al momento de la acusación bien es posible modificar los términos de la imputación en su cariz jurídico –dado su carácter provisional–, no así en los de naturaleza fáctica, es

⁶ SP CSJ, entre otras, providencia del 28 de mayo de 2014, radicado 42357, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

⁷ SP CSJ, entre otras, radicados 51007, SP2042-2019 del 5 de junio de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, 59100 del 2 de marzo de 2022, SP566-2022, M.P. Myriam Ávila Roldán, 58549 del 2022, SP570-2022, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

*lo cierto que jamás podría emitirse fallo, en cualquiera de sus sentidos (absolutorio o condenatorio), sin que el injusto típico, descrito en su aspecto fáctico relevante, haya sido previamente enunciado, con claridad, en la audiencia de formulación de imputación, habida cuenta que el referido acto de comunicación, constituye una de las bases fundantes del proceso, con efecto sustancial, que además provee por la salvaguarda del derecho de defensa. **Surge, entonces, la regla adjetivo-sustantiva según la cual sin imputación no puede haber acusación y mucho menos condena o absolució**n.”⁸ (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que la decisión acerca del cumplimiento del estándar de prueba para condenar, depende de la claridad de la propuesta acusatoria, delimitada fácticamente desde la imputación. Ya en este nivel, al Juez le corresponde determinar si las pruebas practicadas le permiten concluir la responsabilidad del acusado a través de un juicio comparativo de suficiencia.

Así, el estándar de prueba es el umbral que debe alcanzar la fiscalía, por medio de las pruebas debatidas, para lograr una sentencia condenatoria. En ese orden, la premisa fáctica de la sentencia no es otra cosa que los hechos que el Juez acepta como probados luego del finalizado el debate oral.⁹

Descendiendo al asunto que nos concita, conforme a lo expuesto hasta el momento, analizaremos la imputación, la acusación y la premisa fáctica del fallo.

- **Sobre la imputación**

⁸ SP CJS radicados 44425 del 10 de mayo de 2016, M.P. Eyder Patiño Cabrera, y 54458 del 9 de diciembre de 2019, M.P. Jaime Humberto Moreno Acero.

⁹ Sobre el tema, véase radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

La formulación de imputación se realizó el 29 de septiembre de 2018,¹⁰ sin embargo, al revisar el registro de tal audiencia se advierte que no se grabó completamente la intervención del fiscal pues no se escucha la hipótesis fáctica comunicada a la procesada. Solo se percibe la adecuación típica de la conducta -concurso homogéneo del delito del delito de actos sexuales con menor de 14 años-, y frases aisladas de lo que al parecer son los hechos jurídicamente relevantes, como *“la ultima vez en la pieza de atrás”*¹¹ o *“el menor refiere que los mismos hechos ocurrieron en diferentes oportunidades”*.¹²

Aunque los errores en este registro podrían llevar eventualmente a la nulidad procesal, esta no debe ser siempre la solución¹³ y no lo será en este caso. A propósito, es claro que las partes y los intervinientes no tuvieron observación sustancial alguna sobre la imputación al momento de su realización, por el contrario, el Juez de Control de Garantías la avaló y se continuó con la siguiente audiencia preliminar.

También importa destacar que durante el restante trámite del proceso tampoco no hubo objeción alguna a la imputación, es más, se acusó sin que la defensa, la fiscalía o los intervinientes reclamaran alguna falencia, o pidieran su corrección, adición o aclaración.

Además, como las partes, presentes en la imputación, no repararon en los hechos jurídicamente relevantes comunicados allí o en las subsiguientes etapas procesales, es evidente que no se interesaron por verificar el correcto registro de una audiencia fundamental para el proceso, por lo que sin duda se les debe llamar la atención, aun así, su pasividad también podría significar que la imputación no tuvo yerros sustanciales protuberantes.

¹⁰ Audiencia de formulación de imputación del 29 de septiembre de 2018, acta de audiencia, archivo *“01CarpetaGarantias”*, folio 10, y archivo de audio *“02AudioGarantias”*, récord 00:37:43 a 01:05:84.

¹¹ Archivo *“02AudioGarantias”*, récord 00:42:01 a 00:42:05.

¹² *Ibidem*, récord 00:57:35 a 00:57:41.

¹³ SP CSJ radicados 45909 del 27 de junio de 2018, SP2430-2018, M.P. Eyder Patiño Cabrera; y 55110 del 15 de julio de 2020, AP1555-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, en esta última la Corte analizó un caso en el que la ausencia del audio de la audiencia de formulación de imputación no era conllevó a la nulidad.

Esto se hace más relevante si se tiene en cuenta que la impugnante es la fiscalía y ni siquiera en la alzada se pronunció sobre este tópico. Véase que, las posibles imprecisiones en la delimitación de la premisa fáctica de la hipótesis acusatoria debieron ser corregidas o advertidas en primera medida por el ente acusador, lo que nunca ocurrió. Tampoco su contraparte, los intervinientes ni los jueces, de garantías y conocimiento, vieron necesario que corrigiera de algún modo su actuación.

Entonces, a lo largo el proceso hubo una convalidación de la falencia advertida por parte de los eventualmente interesados en la corrección del acto procesal. Así que, pese a los errores en la grabación de la imputación, la fiscalía estaba en la obligación de demostrar en juicio los hechos definidos en la acusación.

Ahora bien, a fin de resolver suficientemente este punto, como ya se ha expuesto, en casos en los que se desconoce la congruencia fáctica necesaria desde la imputación, inclusive, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que lo procedente es la nulidad de la actuación,¹⁴ sin embargo, en este evento no es claro que se haya dado una falla de este tipo dada la pasividad de las partes e intervinientes.

Adicionalmente, no se puede desconocer que el error sustancial es consecuencia de la negligencia de la fiscalía al momento de definir la premisa fáctica de la acusación, pues es su deber verificar que dicha premisa se corresponda con la tesis que expuso en la audiencia de imputación.

En ese orden, es evidente que una eventual decisión de nulidad favorecería al apelante, cuando han sido sus omisiones las que originaron la falencia que afecta el proceso, por lo que se estaría resolviendo a su favor su propia

¹⁴ Sobre el tema de los hechos jurídicamente relevantes, véase entre otras, CSJ SP radicados 59100 del 2 de marzo de 2022, SP566-2022, M.P. Myriam Ávila Roldán, 58549 del 2022, SP570-2022, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

culpa, en claro detrimento de la acusada, quien fue absuelta en primera instancia.

La misma Sala Penal de la Corte Suprema Justicia ha matizado la regla definida párrafos atrás sobre necesidad de declarar la nulidad como única solución a los errores en la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes.¹⁵ A propósito, ha señalado que prevalece la absolución sobre la nulidad cuando no existe prueba para condenar.

Por lo tanto, en este caso se impone destacar que el sentido absolutorio del fallo apelado será confirmado pero por motivos diferentes a los de la primera instancia. Las razones tienen relación directa con la ligereza con que se asumió la delimitación de la premisa fáctica de la acusación y su consecuente demostración, pues, en los términos propuestos, es imposible probar el delito acusado. Por ello es necesario analizar la acusación.

- **De la acusación**

Conforme lo advertido hasta el momento, la Sala debe precisar que en el acápite “hechos” de la presente providencia se dejó claro que se trata de una transcripción del fundamento fáctico que se consignó en el escrito y ratificó en la correspondiente audiencia de acusación, lo que en este caso, no pueden ser la base del fallo de condena.

Véase que se confundió en la acusación el contenido de los medios de prueba, los hechos indicadores, y los hechos jurídicamente relevantes,¹⁶ de ahí que se haya aludido indiscriminadamente a lo consignado en la denuncia, en un informe pericial de clínica forense, en una entrevista y en una valoración psicológica a la víctima. Así que, contrario a lo delimitado

¹⁵ SP CSJ radicado 54660 del 2 de junio de 2021, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹⁶ Sobre la diferenciación de tales conceptos, véase entre otras, CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

por la jurisprudencia,¹⁷ se incurrió en errores de relevancia. Se llama la atención a la fiscalía, pues se debe reiterar que la falta de claridad sobre aspectos determinantes, conllevan a una defectuosa labor probatoria y acusatoria.¹⁸

Sin embargo, aun con las falencias advertidas, el ente acusador propuso una hipótesis fáctica que permitía continuar con el trámite del proceso. En síntesis, adujo que en el año 2018 el menor L.M.R.J., de 10 años de edad, le besó los senos a la procesada, en la casa de esta, ubicada en el municipio de Caucasia - Antioquia.

En esas condiciones, son claros los límites espaciales, temporales y modales de la conducta por la cual se llevó a juicio a ATEHORTUA MONSALVE, marco que define el objeto de cada prueba y su consecuente valoración. De ello nos ocuparemos más adelante en esta providencia, donde se advertirá la precariedad de la información incorporada en el debate público en punto de la debida demostración de esta tesis acusatoria. Antes, caben unas apreciaciones sobre la premisa fáctica del fallo.

¹⁷ CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹⁸ “Errores como los descritos en páginas precedentes no sólo desconocen lo dispuesto en los artículos 288 y 337, en el sentido de que los hechos jurídicamente relevantes deben expresarse de manera sucinta y clara, sino que además generan situaciones que afectan severamente la celeridad y eficacia de la justicia. Lo anterior sucede en eventos como los siguientes: (i) se relacionen de forma deshilvanada “hechos indicadores” y/o el contenido de los medios de prueba, pero no se estructura una hipótesis completa de hechos jurídicamente relevantes; (ii) la falta de claridad en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía, impide delimitar el tema de prueba; (iii) en la audiencia de acusación se le proporciona información al Juez, que sólo debería conocer en el juicio oral, con apego al debido proceso probatorio; (iv) las audiencias de imputación y acusación se extienden innecesariamente, y suelen tornarse farragosas; (v) la falta de claridad de la imputación y la acusación puede privar al procesado de la posibilidad de ejercer adecuadamente su defensa; (vi) las omisiones en la imputación o la acusación puede generar impunidad, como cuando se dejan de relacionar hechos jurídicamente relevantes a pesar de que los mismos pueden ser demostrados (elementos estructurales del tipo penal, circunstancias de mayor punibilidad, etcétera)”. CSJ SP, radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

- **En relación a la premisa fáctica del fallo y la apelación**

En el acápite "*la sentencia*" de la presente providencia se transcribió la premisa fáctica del fallo de primera instancia. Según el Juez, se probó que en el año 2016, en Caucaasia – Antioquia, DIANA CAROLINA ATEHORTUA MONSALVE propició que L.M., de 8 años de edad, la besara en la boca y en los senos.

Nótese que entre la acusación y los hechos que el Juez aceptó por probados no hay consistencia en el aspecto temporal ni en la edad de la víctima, lo que implica que dicha premisa fáctica del fallo no puede ser el presupuesto de la condena por cuanto no cumple con la congruencia que demanda el artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

A propósito, es necesario aclarar que la primera instancia decidió absolver sin precisar la razón por la cual la premisa fáctica de su fallo se apartaba de la hipótesis fáctica de la acusación. A pesar de ello, su decisión se basó en un particular análisis de la antijuridicidad material de la conducta que encontró probada, pero no en el análisis del principio de congruencia.

Sin detenerse en este particular aspecto, el fiscal apeló la sentencia absolutoria aduciendo que solo controvertiría la posición del Juzgado en relación a la antijuridicidad, pues, a su parecer, el Juez *A quo* no discute la existencia de la conducta.

Al respecto, sostiene el impugnante que, conforme a la sentencia de primera instancia, quedaron demostradas las edades del menor y de la acusada, así como la relación que estos sostuvieron mientras el niño tuvo entre 8 y 10 años de edad.

Véase que la postura del apelante parte de una idea equivocada de la premisa fáctica del fallo, pues aun cuando el Juez aceptó la existencia de algunos comportamientos que podrían tipificar el delito acusado, estos no

se corresponden, en punto de estricta congruencia, con los fijados fácticamente en la acusación.

Aceptar acríticamente que bajo esta misma premisa fáctica del fallo el Juez hubiese podido condenar, implicaría necesariamente apartarse de la tesis fáctica de la acusación y ello genera un problema jurídico que el fiscal no tuvo en cuenta al momento de apelar. En esas condiciones, el apelante no propone una valoración probatoria diferente a la de la primera instancia que sirva para probar los hechos jurídicamente relevantes específicos de la acusación.

Dicho de otro modo, el recurrente no se pronunció acerca aspecto medular de la sentencia de primera instancia, el cual debía superar para poder sacar adelante su pretensión condenatoria. Le correspondía, como apelante, establecer si realmente la premisa fáctica de la sentencia resultaba congruente con el componente factual de la acusación para así poder solicitar la condena, pero no lo hizo. Esto evidencia, una vez más, la ligereza con la que asumió la trascendencia de los hechos jurídicamente relevantes para la debida solución del caso.

Ahora bien, aunque el Juez acertó en absolver, no es el examen de antijuridicidad lo que lleva a tal conclusión, sino el valor probatorio del testimonio de la víctima y la trascendencia de las demás pruebas practicadas, como se pasará a explicar.

2. Sobre el testimonio del menor víctima L.M.R.J.

En la sesión de juicio oral del 11 de junio de 2021, mediante audiencia virtual, L.M.R.J.¹⁹ rindió testimonio desde lo que parece una casa, durante el cual, siempre estuvo acompañado de su padre, Gildardo Antonio Restrepo Monroy.

¹⁹ Juicio oral del 11 de junio de 2021, archivo "23AudiContJuicioOral11-06-21", record 00:07:47 a 00:52:26.

Cuando al niño se le indagó para que informara sobre el motivo por el cual estaba en el juicio, se mostró dubitativo, silencioso, desviaba la mirada de la cámara, evidenciando algunos gestos de preocupación.

Su padre intervino diciéndole que explicara y hablara sin miedo, su hijo respondió con un gesto negativo con su cabeza, el progenitor manifestó que L.M. estaba incomodo y solicitó a la defensora de familia, encargada de hacer las preguntas al niño, que se quitara el tapabocas, a lo que no se accedió por las políticas de salud pública del momento y teniendo en cuenta que ella estaba en su oficina.

Continuando con el interrogatorio directo, L.M.R.J. dijo conocer a la procesada como vecina suya de Caucasia, que frecuentaba la casa de esta y que uno de sus hijos de ella era amigo suyo. Cuando se le preguntó si en alguna oportunidad la mujer le hizo algún tipo de propuesta íntima o amorosa, o si lo tocó en sus partes íntimas, respondió negativamente.

En ese momento, el progenitor nuevamente interrumpió el testimonio, claramente disgustado por la forma en cómo se estaba llevando a cabo, aduciendo que no se estaban realizando las preguntas que debían ser, solicitando ir al punto concreto de los hechos ya que, a su parecer, se presentaron evidencias contundentes sobre lo sucedido. Advirtió que se desconectaría del vínculo de la audiencia si no se le permitía actuar en defensa de su hijo, además, porque no contaba la asistencia de un abogado. También sostuvo que con la dirección dada a la prueba los estarían tildando a él y al niño de mentirosos.

Ante la abrupta perturbación de la prueba, el Juez aclaró que el testimonio debía ser desarrollado con el niño, que se encontraba presente la defensora de víctimas y suspendió para que la fiscalía explicara la dinámica probatoria al testigo y al señor Restrepo Monroy.

Reanudada la diligencia, el Juez pidió retomar con las preguntas ya realizadas, conforme a ello, se volvió a preguntar al niño si en alguna oportunidad DIANA CAROLINA le hizo algún tipo de propuesta íntima o amorosa, este respondió que sí, además, se reafirmó en que aquella no lo tocó a él.

Adicionalmente, L.M.R.J. respondió que sí realizó tocamientos o caricias a la acusada. Cuando se le pidió que explicara cómo fueron tales actos, solo dijo: "*fueron en la teta*".

Aunque se le insistió al niño para que manifestara cómo se dio esa situación, aquel guardó silencio, incluso, la defensora de familia pidió al Juez que le informara la forma de proceder dada la actitud del menor, el funcionario le pidió a la defensora que precisamente su función era lograr una efectiva guía del interrogatorio. En ese momento, Gildardo Antonio Restrepo Monroy invitó a su hijo a que se relajara y contestara con la verdad, así le doliera, por lo que nuevamente hubo un llamado de atención por parte del Juez. La defensora de familia insistió en el cuestionamiento, pero el niño siguió guardando silencio, por lo que cambió el tema de las preguntas.²⁰

Seguidamente, L.M. informó que visitaba a ATEHORTUA MONSALVE "*cada ratito*". Respondió sí, cuando se le indagó si ella tenía afecto y palabras amorosas con él, y si la había besado, además, precisó que el beso fue en la boca. Sostuvo no haber tenido más comunicación con ella cuando ocurrió "*eso*", y que nadie de su familia le envió alguna conversación con la acusada. Manifestó que estando en Zaragoza, donde su papá, se comunicó con aquella "*antes de que sucediera lo que sucedió*", que la mujer no le dio regalos u ofrecimientos a cambio de lo que hacían, y que ella le dijo que lo amaba.

También respondió que no se acordaba, cuando se le preguntó por el tiempo que duraron estos hechos. Contestó sí, al cuestionarle si para él ella

²⁰ *Ibidem*, récord 00:25:46 a 00:28:23.

era su novia. Adujo sentirse mal por lo que pasó y que no quería volver a recordar “eso”. Sostuvo que sus padres al enterarse tuvieron una reacción de enojo, que no sabía dónde estaba la procesada y que no tuvo más comunicación con ella.²¹

En desarrollo del conainterrogatorio, L.M.R.J. informó que DIANA CAROLINA no le tocó las partes íntimas a él, que sí sostuvo conversaciones por correo electrónico o WhatsApp con ella, y que la besó.²²

Conforme a las preguntas aclaratorias del Juez, el menor manifestó que cuando utilizó la expresión “antes de que sucediera lo que sucedió”, se refería a antes de que su papá “demandara” a la acusada, lo que su progenitor hizo “porque yo soy un menor y ella es mayor de edad”. Además, el niño dijo que no hubo una situación particular que originara la denuncia.²³

El anterior recuento de la prueba es necesario para evidenciar varios aspectos que la limitan. Lo primero es que hubo una indebida intervención del padre de la víctima, lo que sin duda generó un ambiente hostil para el niño y el normal desarrollo de la diligencia, nótese que el hombre amenazó con desconectarse de la diligencia virtual si no se realizaban las preguntabas que él consideraba correctas y se propiciaban las respuestas que él esperaba.

Gildardo Antonio expuso su preocupación de que eventualmente él o su hijo fuesen tachados como mentirosos, evidenciando así su interés en que el testimonio siguiera un único camino. Véase que después de la primer intervención del sujeto, el niño modifica una respuesta que compromete a la procesada.

²¹ *Ibidem*, a récord 00:31:33 terminó el interrogatorio directo.

²² *Ibidem*, récord 00:49:58 a 00:50:37.

²³ *Ibidem*, récord 00:50:32 a 00:52:03.

Además, no puede obviarse que el niño estaba bajo la tutela de aquel en el lugar en donde se encontraban conectados para el desarrollo de la audiencia, lo cual limitaba que las partes, los intervinientes o el Juez tuvieran un mayor control de la situación, pues todos estaban en sitios diferentes. En esas condiciones, no es clara la verdadera disponibilidad del niño para entregar un testimonio libre de presiones indebidas.

Adicionalmente, durante el interrogatorio directo las preguntas realizadas al testigo fueron generalmente de forma cerrada, generando que aquel respondiera de manera lineal y sin aportar otros datos que sirvieran para la corroboración de su versión. En consecuencia, cuando se abordaron los temas afines a los hechos jurídicamente relevantes, respondió con escasa descripción de las conductas, y ante su pasividad para dar más detalles de los hechos, se cambió de tema, e incluso se evidenció frustración por parte de quien interrogaba.

En ese orden, importa precisar que L.M.R.J. dio cuenta de que DIANA CAROLINA ATEHORTUA MONSALVE era una mujer mayor, madre de uno de sus amigos y vecina suya en Caucasia, a la que visitaba con frecuencia y consideraba su novia, dio besos en la boca y acarició los senos, que ella le hizo propuestas íntimas u amorosas y le dijo que lo amaba. Destacó que no volvió a hablar con DIANA CAROLINA luego de que su padre la denunció y que en algunas oportunidades se comunicó con ella por medios virtuales. También afirmó que la situación lo hizo sentir mal y que no quería recordarla.

Ciertamente, esta información incrimina a la acusada, sin embargo, carece de un dato descriptivo que puedan servir para demostrar todos los aspectos circunstanciales definidos en la acusación, además, para su debida corroboración.

Al respecto, se destaca que no hubo ninguna referencia temporal sobre los hechos, el niño dijo no recordar tal aspecto y no se indagó más para que propiciara información que fuese útil para superar tal problema. Lo que

llama la atención si se tiene en cuenta que precisamente este fue el mayor punto de incongruencia entre la premisa fáctica de la sentencia de primera instancia y la acusación fáctica.

Nótese que no está claro el contexto en el que se dio el acercamiento entre el niño y la procesada, cómo se produjeron las manifestaciones de supuesto cariño entre ellos, o cómo se llevaron a cabo los tocamientos a los senos de la mujer o los besos en la boca entre ambos.

Véase que aun cuando el niño manifestó visitar constantemente DIANA CAROLINA, su vecina en Caucasia, no precisó que los besos, las caricias o las manifestaciones de afecto y con connotación sexual se hayan llevado a cabo en tal lugar.

Aunque un análisis inicial de la prueba podría inclinarse por la tesis abusiva que reclama el apelante, lo cierto es que en una evaluación más rigurosa no puede desconocerse que la información incriminatoria se generó, en gran medida, a partir de respuestas a preguntas cerradas en un escenario en donde el testigo estaba incomodo y bajo el cuidado de su padre, quien evidenció el ánimo de que el niño declarara solo en el sentido desfavorable a ATEHORTUA MONSALVE.

En esas condiciones, el contexto en el que se dieron las acciones eventualmente abusivas referidas por el niño resulta determinante para lograr la corroboración de la hipótesis acusatoria, así que esta prueba, única directa del injusto, es insuficiente para acreditar todos aspectos de los hechos jurídicamente relevantes propuestos por la fiscalía en la acusación.

Resulta importante precisar que durante el testimonio de L.M.R.J. no hubo utilización alguna de sus declaraciones previas, no se impugnó credibilidad ni refrescó memoria, tampoco se hizo uso del testimonio adjunto, y, pese a las dificultades que impidieron una clara disponibilidad del testigo, no hubo solicitud, ni decreto, y por lo tanto, tampoco una debida incorporación de

prueba de referencia alguna.²⁴ Esta aclaración es importante porque en esas condiciones no es posible tener en cuenta ninguna declaración anterior del niño ya sea para corroborar su testimonio, refutarlo, o superar las falencias hasta ahora advertidas.

Lo mismo sucedió con las versiones previas de L.M. que durante algunos otros testimonios se intentaron incorporar. Es necesario aclarar dicho aspecto toda vez que sin su debida incorporación no puede la Sala valorar el contenido de las versiones previas ofrecidas por la víctima a otros testigos.

De forma que se debe dar aplicación estricta al artículo 402 del C.P.P., según el cual, los testigos sólo deben declarar sobre los hechos que les consten de forma directa, y, por lo tanto, es imposible que con las demás pruebas se incorpore información referencial, por lo que, si así se hizo, esta debe ser excluida de valoración. Bajo estos parámetros se deben analizar los demás medios de conocimiento practicados.

3. De las demás pruebas practicadas

Como pruebas de cargo se practicaron los testimonios de Gildardo Antonio Restrepo Monroy, Cindy Paola Villegas Pereira, y Bleidys Dora Jaramillo Acevedo, padre, madrastra y madre del menor, respectivamente, además, el de la psicóloga Paola Milena Nader Peñate.

Como única prueba de descargo, se incorporó el testimonio de Greys Beatriz Ricardo, vecina del niño y de la acusada. Adicionalmente, se estipularon las edades e identidades del menor y la procesada, así como la ausencia de antecedentes de esta última.

²⁴ Sobre la utilización de declaraciones anteriores, véase entre otras, SP CSJ radicados 52045 del 20 de mayo de 2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, y 43916 del 31 de agosto de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuéllar

Dada la trascendencia que quiso darle el fiscal, se iniciará con la valoración del testimonio de la profesional, luego, con los familiares de L.M., y por último, con su vecina.

- **El testimonio de Paola Milena Nader Peñate**

Paola Milena Nader Peñate,²⁵ psicóloga del ICBF, informó que en septiembre del año 2018 atendió a L.M.R.J., por solicitud de la policía, para una valoración psicológica y un procedimiento de restablecimiento de derechos, dentro de un caso de violencia sexual.

Destacó que el niño llegó para la valoración con un evidente malestar emocional. No era consciente del daño, ni se reconocía como víctima sino que naturalizó la relación, con la responsable de las conductas en su contra, como su pareja, generando así una dependencia emocional con aquella, quien le propició una experiencia que le resultó gratificante.

En ese orden, el menor evidenció expectativas sexuales y emocionales, sentimientos de frustración, culpa, ansiedad y preocupación, así como actitudes de adulto, llanto y mutismo, lo que la profesional consideró como un refuerzo negativo para su desarrollo mental y evolutivo teniendo en cuenta la edad en que empezó a vivir conductas sexuales. La testigo sugirió en ese momento acompañamiento especializado por la ruptura y la separación.

Es importante destacar que durante el testimonio de Nader Peñate esta utilizó información aportada por L.M., datos que no fueron de conocimiento directo de la psicóloga, así que se trata de información referencial que no puede ser valorada por su indebida incorporación, por lo que esta prueba no es suficiente para dar cuenta de hechos jurídicamente relevantes.

²⁵ Juicio oral del 11 de junio de 2021, archivo "23AudiContJuicioOral11-06-21", record 00:57:00 a 01:46:56.

Por otra parte, la profesional no explicó los principios científicos o técnicos en los que se fundamentó su actuación, se limitó a dar cuenta de lo que observó en el niño y de lo dicho por este, es decir, no estableció con claridad si su intervención realmente debe catalogarse como pericia. En consecuencia, tampoco dio cuenta del grado de aceptación del procedimiento utilizado, ni de los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso.

Lo observado con esta testigo contrasta con lo dispuesto en los artículos 405 y 420 del C.P.P., según los cuales, la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados, y para su apreciación se debe tener en cuenta la claridad y exactitud de las respuestas, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos, o artísticos en que se apoya, entre otros.

En ese orden, tendría que analizarse como un testimonio entregado en razón de una labor desarrollada por una entrevistadora que, pese a su calidad profesional, en estricto sentido, no llevó a cabo una valoración psicológica, sino una entrevista de la víctima.

Nótese que la testigo sólo ofreció una percepción acerca de la actitud del menor y de la versión entregada por aquel, con fundamento en esto, adujo que encontró un refuerzo negativo en el desarrollo mental y evolutivo del niño por su temprana exposición a una experiencia que le generó una dependencia emocional. apreciaciones que no tienen la entidad legal para considerarse como una prueba científica que hubiere abonado un elemento adicional con carácter profesional al testimonio del niño.

Así que las manifestaciones de la profesional resultan insuficientes si lo buscado es sostener la base científica de un dictamen psicológico. En otras palabras, lo que se evidenció fue la precariedad de la prueba conforme a

los lineamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁶ para efectos del análisis de la prueba pericial.

Conforme a lo valorado, esta prueba no resulta suficiente para sostener un fallo condenatorio, tampoco sirve para superar las falencias advertidas en el testimonio del menor, ni para confrontar, desde el punto de vista científico, el análisis de antijuridicidad propuesto por el Juez. Sobre este último aspecto volveremos más adelante en esta decisión.

- **De los demás testigos de cargo**

Gildardo Antonio Restrepo Monroy,²⁷ padre de M.L.R.J., informó que se enteró del abuso luego de que su compañera sentimental, Cindy Paola Villegas Pereira, le mostrara una conversación de contenido sexual que el niño sostuvo con la procesada. Adujo que la víctima cumplió 10 años de edad el 20 de julio de 2018 y que el descubrimiento acabado de referir se dio el día 21 del mismo mes y año.

Aseguró que tal revelación se debió a que L.M. le pidió el celular prestado a Villegas Pereira y dejó abierta la aplicación a través de la cual se comunicó con ATEHORTUA MONSALVE. Destacó que tras enterarse de la conducta asumió el cuidado del menor, denunció ante la fiscalía presentando pruebas de la citada conversación, llevó a su hijo a valoraciones psicológicas, y que la acusada evitó confrontarlo. También dio cuenta de que antes de la revelación su hijo vivía con la mamá, Bleidys Dora Jaramillo Acevedo, en el barrio El Camello de Caucasia y que DIANA CAROLINA era una vecina del lugar.

Consistente con tal testimonio, Cindy Paola Villegas Pereira,²⁸ compañera sentimental de Gildardo Antonio y madrastra del menor, informó que el 20

²⁶ SP CSJ radicado 50637, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

²⁷ Juicio oral del 1 de julio de 2020, archivo "17AudiContJuicioOral01-07-20", record 00:05:13 a 00:27:09.

²⁸ Juicio oral del 1 de julio de 2020, archivo "17AudiContJuicioOral01-07-20", record 00:28:46 a 00:54:42.

de julio de 2018 celebraron el cumpleaños de L.M.R.J., y este se quedó con ellos en su casa, ubicada en Zaragoza – Antioquia, para pasar vacaciones. Refiere que le prestó su celular al niño, este abrió Facebook y Messenger y dejó esta última aplicación abierta, por lo que ella logró observar una conversación obscena que tuvo la víctima con la procesada, situación que comunicó al progenitor, quien recaudó las evidencias de la conversación y denunció. Además, señala la testigo que el niño estuvo por unos días en Caucasia pero al final de año se radicó con ellos.

Por su parte, Bleidys Dora Jaramillo Acevedo,²⁹ madre de L.M.R.J. informó que en julio de 2018, en la época en que su hijo cumplió 10 años de edad, el niño se fue de visita a donde el papá, Gildardo Antonio Restrepo Monroy, en Zaragoza – Antioquia, después de ello, Gildardo Antonio le informó sobre el abuso, el que un principio no creyó y que luego confrontó con L.M. y la acusada. Adujo la testigo que la procesada era una vecina suya en el barrio El Camello y que el niño a veces iba a la casa de aquella a jugar con otro menor, generalmente en el andén. También sostuvo que no tuvo sospechas de DIANA CAROLINA.

Véase que estas pruebas sirven para evidenciar cómo se dio el proceso de revelación del presunto hecho, así como su denuncia y trámites posteriores. Además, que la procesada vivía cerca a la casa del niño, quien tuvo oportunidad de frecuentar la residencia de DIANA CAROLINA ATEHORTUA MONSALVE. Sin embargo, como estos testigos no percibieron directamente el contacto sexual objeto de la acusación, sus manifestaciones sobre este particular punto adquieren la connotación de información referencial inadmisibles.

Es pertinente destacar que la fiscalía aludió en la acusación a la forma como se dio a conocer el abuso, sin que precisara tal circunstancia como un hecho jurídicamente relevante, pues el ente acusador se limitó a señalar que la conversación descubierta por Restrepo Monroy lo impulsó a

²⁹ Juicio oral del 1 de julio de 2020, archivo “17AudiContJuicioOral01-07-20”, record 00:55:36 a 01:19:30.

denunciar y posterior a ello fue que el niño precisó circunstanciadamente el delito por el que finalmente se acusó.

Así que, se reitera, el presupuesto fáctico de la acusación se circunscribe a la succión de los senos de ATEHORTUA MONSALVE por parte de la víctima, de 10 años para aquel momento, hechos que no fueron observados directamente por los testigos de cargo acabados de examinar.

Se debe resaltar que lo que sí evidencian estos testigos es que el niño pasó el día de su cumpleaños número 10, el 20 de julio de 2018, en casa de su padre en Zaragoza – Antioquia, así que es poco probable, al menos a partir de las pruebas practicadas, que la procesada haya podido cometer la conducta por la que se le acusa cuando L.M.R.J. tenía dicha edad.

- **De la prueba de descargo**

La única prueba de descargo, fue la declaración de Greys Beatriz Ricardo,³⁰ vecina de la acusada y de L.M. en el barrio en que vivían Caucaasia. Esta testigo manifestó que su casa quedaba al frente de la de ATEHORTUA MONSALVE y por ello pudo observar cómo el niño le tocó la nalga a aquella, que en dicha residencia estos dos parecían “*marido y mujer*”, sin embargo, observó cierto descontento de la procesada con la actitud del menor. También aseguró no recordar la fecha de tales conductas y que le constaba que L.M.R.J. gustaba de molestar a las mujeres mayores.

Esta prueba, pese a ser de descargo, tiene contenido incriminatorio, pues da cuenta de la cercanía entre la víctima y DIANA CAROLINA en el hogar de esta. Sin embargo, la situación de la que da cuenta la testigo es diferente a la precisada en la acusación, en donde nada se dijo sobre tocamientos a la zona anal de la procesada. Adicionalmente, Greys Beatriz no concreta una fecha exacta de aquella conducta.

³⁰ Juicio oral del 9 de febrero de 2022, archivo “29AudiLecturaFallo05-08-22”, record 00:04:00 a 00:19:39.

En esas condiciones, se advierte que las pruebas practicadas, incluyendo a la presentada por la defensa, no tienen la entidad suficiente para soportar una decisión de condena, de ahí que el sentido de la decisión de primera instancia haya sido acertado, aunque no el motivo que la fundamenta.

A propósito, bastará con señalar que la jurisprudencia³¹ ha sido clara en relación a que, en los delitos de los artículos 208 y 209 del C.P. opera una presunción de derecho que no admite prueba en contrario, según la cual, el bien jurídicamente tutelado se vulnera cuando se abusa, mediante el acto sexual o el acceso carnal, de un menor de menos de 14 años de edad aun con el consentimiento de este, quien, en tal sentido, es incapaz de ejercer libremente la sexualidad.

De ahí se desprende que los menores de tal edad no están preparados para asumir los resultados que se derivan de comportamientos sexuales en su contra, así que su conocimiento de la sexualidad resulta indiferente para la estructuración del tipo penal y la responsabilidad de quien ejecute el punible.

Precisando lo expuesto en esta sentencia: la imposibilidad de adoptar un fallo de condena tiene fundamento en la precariedad en la debida estructuración de la premisa fáctica de la hipótesis acusatoria, lo que consecuentemente, afecta la calidad de los medios de conocimiento practicados en punto de alcanzar el conocimiento necesario para condenar y superar el estándar negativo de prueba del artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Además, porque en este caso debe aplicarse la regla, según la cual, prima la absolución sobre la nulidad.

Importa resaltar que, aun cuando la fiscalía no lo logró demostrar con suficiencia su hipótesis, ello no implica necesariamente que la conducta no

³¹ Entre otras, véase SP CSJ, radicados 50889 del 6 de mayo de 2020, SP921-2020, M.P. Gerson Chaverra Castro; 47239 del 24 de octubre de 2019, SP4573-2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier; y 57898 del 16 de septiembre de 2020, AP2298-2020, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

haya existido, sino que se presentan falencias fácticas imposibles de superar que impiden proferir una sentencia condenatoria.

A su vez, no puede aceptarse una tesis que otorgue claridad sobre la inocencia de la acusada, pues las pruebas practicadas tienen contenido incriminatorio pero insuficiente para condenar.

Constatada la deficiente actividad procesal, investigativa y probatoria de la fiscalía y la defensa, pues no cumplieron con la carga que les correspondía, es pertinente citar que la doctrina explica así la obligación del Juez ante la precariedad probatoria:

“En otras palabras, el proceso de prueba puede concluir sin un resultado claro. La necesidad que tiene el Juez de resolver a pesar del resultado estéril queda entonces cubierta por el reconocimiento de la reglas legales de decisión que indican al Juez en cada caso en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. El in dubio pro reo en el proceso penal y, en general las reglas sobre la carga de la prueba constituyen ejemplos de las mismas.”³²

Por consiguiente, asistió la razón a la primera instancia en el sentido de la decisión, es decir, en absolver a DIANA CAROLINA ATEHORTUA MONSALVE, pero con la precisiones expuestas en esta providencia.

Finalmente, cabe advertir que la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión, se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo a la aceptación del contenido de la sentencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

³² Gascón Abellán, Marina. Cuestiones probatorias. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado N° 61. 2012. Pág. 75

Sin necesidad de otras consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos, pero por las razones expuestas en esta decisión.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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: **e69a38cb5f47079d0a79fae89e48d8f86a5683daad8b4696c5625a319908c181**

Documento generado en 12/12/2022 05:27:17 PM

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