

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 010

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
2023-0009-1	Tutela 1ª instancia	JUAN CARLOS NAVARRO ALTAMIRANDA	JUZGADO 2° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Enero 23 de 2023
2022-1414-1	Auto ley 906	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	YOLANDA HERNÁNDEZ ZULUAGA Y OTROS	Acepta desistimiento a recurso	Enero 23 de 2023
2022-1914-2	Tutela 2ª instancia	SEBASTIÁN BEDOYA VÁSQUEZ	JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y OTROS	Revoca fallo de 1ª instancia	Enero 23 de 2023
2023-0010-2	Tutela 1ª instancia	JOHN ALEXANDER RESTREPO	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por hecho superado	Enero 23 de 2023
2021-1031-2	Sentencia 2ª instancia	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	JOHNATAN MATIA CABALLERO	Confirma sentencia de 1ª Instancia	Enero 23 de 2023
2021-1625-2	Sentencia 2ª instancia	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	LUIS EDUARDO CARMONA ESQUIVEL	Confirma sentencia de 1ª Instancia	Enero 23 de 2023
2022-1913-3	Tutela 2ª instancia	DEISY CAROLINA BLANDÓN	NUEVA EPS	Confirma fallo de 1ª instancia	Enero 23 de 2023
2022-1948-3	Tutela 2ª instancia	LEONARDO NICOLÁS RODRÍGUEZ	POLICÍA NACIONAL Y OTROS	Confirma fallo de 1ª instancia	Enero 23 de 2023
2022-1979-3	Tutela 1ª instancia	DAIRO JOSÉ SALCEDO POLANCO	JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE PUERTO BERRIO ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Enero 23 de 2023
2022-2029-3	Tutela 1ª instancia	JUAN ALEXANDER CADAVID MORALES	JUZGADO 2° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Enero 23 de 2023
2022-2053-3	Tutela 1ª instancia	ANDRÉS FELIPE SERNA	JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Enero 23 de 2023
2022-1922-3	Auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	OMAR DE JESÚS ARDILA TORRES	confirma auto de 1ª Instancia	Enero 23 de 2023
2022-2022-4	Tutela 1ª instancia	YAN CARLOS COGOLLO FUENTES	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA Y OTROS	Concede parcialmente derechos invocados	Enero 23 de 2023
2022-1925-5	Tutela 1ª instancia	DEINER DE JESÚS MENDOZA CORRALES	JUZGADO 2° PROMISCOU MUNICIPAL DE CAUCASIA ANTIOQUIA Y OTROS	Concede recurso de casación	Enero 23 de 2023
2023-0027-5	Decisión de Plano	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO	LUIS MIGUEL POLANCO TOBÓN Y OTROS	Se abstiene de decidir	Enero 23 de 2023
2022-1919-6	Tutela 2ª instancia	FELIPE MANUEL RODRÍGUEZ CLEMENTE	NUEVA EPS	Revoca fallo de 1ª instancia	Enero 23 de 2023

2023-0006-6	Tutela 1ª instancia	LILIANA EVANGELINA PELÁEZ GÓMEZ	JUZGADO 2° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Enero 23 de 2023
2022-1980-6	Consulta a desacato	BLANCA ESTELLA CARDONA QUINTANA	DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS	Revoca sanción impuesta	Enero 23 de 2023

FIJADO, HOY 24 DE ENERO DE 2023, 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, veinte (20) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 007

PROCESO : 05000-22-04-000-2023-00005 (2023-0009-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : JUAN CARLOS NAVARRO ALTAMIRANDA
ACCIONADOS : JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS
PROVIDENCIA : SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el señor JUAN CARLOS NAVARRO ALTAMIRANDA en contra del **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA, JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** por estimar vulnerados sus derechos fundamentales.

Se vinculó al trámite constitucional al JUZGADO TRECE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ, A LA FISCALÍA 28 ESPECIALIZADA UNAIM DRA. YANETH SERRANO GELVEZ, A LOS DEFENSORES DR. FRANK ALBERTO DOMINGUEZ MERCADO, EL DR. BASALION CASTAÑO ARIAS, A LA DEFENSORA PÚBLICA DRA.

GEOVANNA MACIAS BEDOYA.

LA DEMANDA

El actor indicó que ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo, Antioquia, la Fiscalía Especializada UNAIM realizó las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento en contra de él y los demás capturados como posibles autores del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes con la circunstancia de agravación punitiva específica prevista en el artículo 384, numeral 3, cargos a los cuales no se allanó, pero que manifestó que llegaría a un preacuerdo con la fiscalía.

Señaló que el 29 de octubre de 2010, fue presentado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de Antioquia, escrito con acta de preacuerdo, suscrita por él y otras dos personas, además de ser firmada por la defensa y la Fiscalía. En dicho preacuerdo se acordó que se declaraba responsables por la conducta imputada, en calidad de coautores, a cambio de la imposición de la pena mínima prevista para la conducta, rebajada en la mitad, es decir partiría de 21 años de prisión.

Expresó que solo hasta el 29 de marzo de 2011 se llevó a cabo audiencia de verificación del escrito de preacuerdo, la cual concluyó diciendo que aprobaba el preacuerdo celebrado entre la fiscalía y los procesados, y decretó la ruptura de la unidad procesal con respecto a él, en razón a que no se presentó a la audiencia y no pudo ser notificado de la misma.

Afirmó que la fiscal del caso Dra. Yaneth Serrano Gelvez, mediante escrito del 11 de abril de 2011 informó el nuevo radicado asignado como consecuencia de la ruptura procesal, quedando 11001 60 00098 2011 80140, y sin tener en cuenta el preacuerdo suscrito por él, la fiscalía presenta escrito de acusación al juzgado quien le nombra un defensor de oficio para su defensa.

Adujó que el 28 de noviembre de 2012, se dio inicio a la lectura del fallo, para lo cual lo condenaron a 280 meses de prisión y multa de 3.000 SMLMV, sin que la defensora hubiera presentado teoría del caso, ni aportado elementos probatorios en su favor, solo manifestó que había unas contradicciones en los testimonios de la Fiscalía, ni tampoco interpuso el recurso de apelación teniendo como un hecho cierto que manifestó desde un principio la intención de evitar el juicio. En ese sentido, no puede haber duda de la naturaleza del acto procesal ni de sus consecuencias jurídicas y si el acto fue irregular atentando contra el debido proceso, el derecho a la defensa y la igualdad a la defensa le asistía la facultad legal de corregirlo para evitar una condena a todas luces injusta.

Solicitó que se corrija la sentencia 068 del 28 de noviembre de 2012 respecto del monto de la pena y se tenga en cuenta el acta de preacuerdo presentada en la oportunidad procesal según la normativa vigente para la época y se le imponga la condena de 10 años y 8 meses, al igual que el resto de los condenados en dicho proceso.

Por último, dijo que se declare que el tiempo de reclusión sea computado como del tiempo de la condena impuesta, ordenando

que la libertad inmediata por considerarse cumplida la condena, y se notifique al Juzgado 13 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, quien es el encargado de vigilar su condena.

LAS RESPUESTAS

1.- La Fiscalía 28 Especializada de la dirección contra el Narcotráfico, manifestó que adelantó las audiencias preliminares el 28 de octubre del 2010 ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo-Antioquia en contra de los ciudadanos Justo Benítez Chaverra, Camilo Alfonso Córdoba Murillo, Adolfo León Zapata Cardona, Amador Mena Trellez y el accionante Juan Carlos Navarro Altamiranda, por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes agravado, donde se obtuvo la legalización de captura, legalización de bienes incautados, formulación de imputación y se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva a todos los imputados mencionados.

Afirmó que se suscribió el 29 de octubre del 2010 escrito de preacuerdo a favor de los señores Amador Mena Trellez, Adolfo León Zapata Cardona y Juan Carlos Navarro Altamiranda, presentado ante el Centro de Servicios de los Especializados de Antioquia el 10 de noviembre del 2010 correspondiéndole por reparto al Juzgado Segundo Especializado de Antioquia, quien le dio el respectivo trámite.

Señaló que para ese momento el señor Juan Carlos Navarro Altamiranda se encontraba en detención preventiva en su domicilio ubicado en el barrio Jesús Mora el Municipio de Turbo, por sustitución de medida de aseguramiento, ubicable en el teléfono 3105381553-

3148841274, fue así como el Juzgado Segundo, mediante auto del 12 de mayo del 2011, fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de verbalización aprobación del preacuerdo presentado por la fiscalía para el 03 de junio del 2011, librando el correspondiente oficio número 1375 del 16 de abril del 2011, donde realiza citación al procesado Navarro en varias oportunidades para que compareciera a la audiencia de verificación del preacuerdo con resultados negativos.

Aseveró que en la carpeta se encuentra el oficio de fecha 28 de marzo suscrito por el Director Encargado EPMSC de Apartado donde informó al Juzgado lo siguiente: "(...)cuando nos dirigimos al sitio de residencia del señor JUAN CARLOS NAVARRO ALTAMIRANDA, quien se encuentra en detención domiciliaria en el municipio de Turbo, este no se encontraba en dicho lugar, el antes mencionado es requerido por su despacho para realizar diligencia judicial.... motivo por él fue imposible notificarle para que ser traído a la diligencia(...)".

Precisó que en un segundo oficio de fecha 26 de mayo de 2011 suscrito por el Director de la Cárcel de Apartadó. volvió a informar al Juzgado, lo siguiente: "(...)Con el fin de dar respuesta al oficio numero 1376 del 16 de mayo del 2011, donde cita a su despacho al señor JUAN CARLOS NAVARRO ALTAMIRANDA. Para la realización de audiencia el día 02 de junio a las 08:30 a.m., la presente es para informarle que el antes mencionado quien se disfruta el beneficio de prisión domiciliaria, no se encontró en el sitio de residencia el día 29 de abril del presente año cuando funcionarios el INPEC se disponían a pasar revista y reseñar al interno por lo cual no podrá ser trasladado a su despacho(...)".

Mencionó que se logró realizar audiencia de verificación el preacuerdo solo para los señores Amador Mena Trellez y Adolfo León Zapata, donde se aprobó y se emitido el sentido del fallo, audiencia del artículo 447 del C.P.P. profiriéndose la respectiva sentencia número 21 el

02 de mayo del 2011 por el Juzgado Penal Especializado de Antioquia.

Aludió que como el señor Juan Carlos Navarro Altamiranda no compareció a los distintos requerimientos del Juzgado de conocimiento, se ordenó continuar con el juicio oral en su contra por no existir el ánimo de aceptar su responsabilidad a través del preacuerdo, en esa oportunidad le correspondió el conocimiento al Juzgado Primero de Descongestión de Antioquia, quien asumió el conocimiento y dio trámite a las correspondientes etapas del proceso, donde se realizó audiencia de acusación, preparatoria y juicio oral terminando con una sentencia condenatoria en su contra.

Adujó que durante todo el proceso el señor Navarro Altamiranda, siempre estuvo representado por su defensa técnica; además, revisada la carpeta no obra documento alguno donde el tutelante insista en darle trámite al acta de preacuerdo, tampoco se dio traslado a ese despacho de algún requerimiento o recurso del actor, por el contrario esta persona estando en detención en su lugar de domicilio no se presentó, pues considera el despacho de manera respetuosa que el actuar del quejoso en su momento de no comparecer a las citaciones para realizar las audiencias correspondientes a la verificación de preacuerdo, fue dilatoria y el Juzgado debía continuar con el trámite ante esta negativa, la cual respeto los derechos garantías el procesado.

Solicitó que no sean tutelados los derechos invocados por el aquí accionante, por considerar que ese despacho fiscal no ha violado ninguna de las normas constitucionales que el accionante aduce; ya que una vez suscrita el acta de preacuerdo el señor Juan Carlos Navarro Altamiranda, aunque fue citado en varias ocasiones para la

verbalización del preacuerdo el mencionado no compareció ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, y ante la inasistencia del actor se continuo con el trámite ante el Juzgado Primero de Descongestión de Antioquía, hasta proferirse sentencia condenatoria, además en ningún momento el señor Juan Carlos Navarro Altamiranda presentó escrito donde manifestara ante ese despacho fiscal darle trámite al acta de preacuerdo inicialmente suscrito.

2.- El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia indicó que en efecto esa judicatura conoció el proceso penal tramitado en contra del señor Juan Carlos Navarro Altamiranda dentro del radicado 11001 60 00098 2010 80199.

Afirmó que en su etapa inicial ese proceso fue repartido al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia en Descongestión, quien ordenó remitir mediante auto del 7 de diciembre del mismo año, el proceso al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia -Permanente- como quiera que la medida de descongestión finalizaba el 16 de diciembre siguiente y la agenda estaba copada hasta esa fecha.

Señaló que asumió conocimiento de esa actuación el 13 de diciembre de 2010, llevándose a cabo audiencia de verificación de preacuerdo el 24 de enero del año 2011, fecha en la cual, la titular del Despacho se declaró incompetente por factor territorial al considerar que el competente para conocer era el departamento de Chocó, remitiendo el expediente a la H. Corte Suprema de Justicia quien con posterioridad declaró la competencia a favor de ese Despacho.

Mencionó que en razón a la determinación tomada por la Corte Suprema se tramitó de nuevo audiencia de verificación de preacuerdo el 29 de marzo de 2011, fecha en la cual no compareció el señor Juan Carlos Navarro Altamiranda, impartíéndose aprobación a los términos del preacuerdo de los compañeros de causa del ciudadano y deviniendo la ruptura de la unidad procesal asignándose por parte del delegado de la Fiscalía el número de SPOA 11001 60 00098 2011 80114.

Manifestó que con el fin de salvaguardar los derechos e intereses del señor Navarro Altamiranda, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, se declaró impedido mediante providencia del 3 de junio siguiente, conforme lo establecido por el numeral 6º del Art 56 del CPP, remitiéndose el expediente al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, desconociendo la suerte del proceso en dicha instancia judicial.

Por último, expresó que esa judicatura no se ha trasgredido el derecho fundamental reclamado por el accionante por cuanto el competente en esa instancia es el Juzgado Primero homólogo y, por tanto, solicita desvincular ese estrado judicial de la acción constitucional de la referencia.

3.- El Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia expresó que efectivamente ese despacho dictó sentencia en contra del señor Juan Carlos Navarro Altamiranda, dentro del proceso (ruptura) 11001 60 00 098 2011 80140 la cual una vez ejecutoriada fue remitida ante los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, quienes mediante auto del 28/07/2014 remitieron el proceso ante los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de

Bogotá.

Afirmó que esa agencia judicial no se ha tramitado, ni tiene conocimiento de trámite alguno de libertad condicional, o solicitud alguna por parte de Navarro Altamiranda. Es de anotar que dentro del sistema de gestión judicial sólo aparecen las actuaciones llevadas a cabo por los municipios del departamento de Antioquia, y según el mismo sistema de gestión el proceso fue remitido ante los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, de donde se itera, no ha llegado ningún tipo de actuación por parte del accionante, ni tampoco por parte de algún despacho de vigilancia de la ciudad de Bogotá con relación a ese proceso.

Por último, solicitó se desvincule a esa agencia judicial, toda vez que no se han vulnerado los derechos fundamentales del procesado.

4.- El Dr. Frank Alberto Domínguez Mercado manifestó que para la fecha de los presuntos hechos 26 de octubre de 2010, asistió como abogado contractual a las audiencias preliminares donde el señor Juan Carlos Navarro Altamiranda figuraba como capturado por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, para lo cual lo asistió en las audiencias preliminares.

Indicó que, posterior a la culminación de esas audiencias, su defendido para ese entonces fue asesorado sobre la realización de un preacuerdo el cual efectivamente se suscribió y se firmó a efectos de que finalmente fuera legalizado, luego de realizado ese trámite el señor Juan Carlos Navarro revocó el poder para actuar que le había sido conferido.

5.- El Juzgado Trece de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá indicó que el 28 de noviembre de 2012, el Juzgado Segundo Adjunto de Descongestión del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia condenó a Juan Carlos Navarro Altamiranda, a la pena principal de 280 meses de prisión, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, tras hallarlo coautor penalmente responsable del delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes.

Afirmó que el 28 de agosto de 2014 ese Despacho avocó el conocimiento del proceso y para lo cual el sentenciado descuenta pena desde el 25 de julio de 2014, fecha en la que fue capturado por orden judicial.

Manifestó que en cuanto a lo expresado por el actor en la acción de tutela son ajenas a la competencia de ese Juzgado, toda vez que ante el Juez Ejecutor de pena llegan las sentencias debidamente ejecutoriadas, mismas que han hecho tránsito a cosa juzgada y, por lo tanto, se tornan inmodificables en esa sede judicial.

Por último, solicitó se desvincule del trámite de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva.

LAS PRUEBAS

1.- La Fiscalía 28 Especializada de la Dirección contra el Narcotráfico adjuntó copia de la audiencia preliminar realizada el 28 de octubre de 2010, copia del oficio No. 352/D-28 del 8 de noviembre de 2010 donde

se presenta acta de preacuerdo al centro de servicios, copia del oficio Nro. 1375 dirigido al señor Juan Carlos Navarro Altamiranda citándolo a audiencia para el 03 de junio de 2011, copia del oficio Nro. 1376 dirigido a la Cárcel El Reposo solicitando remisión al señor Navarro Altamiranda a la audiencia para el 03 de junio de 2011, copia del oficio remitido por el director (e) del EPMSC de Apartadó de fecha 28 de marzo de 2011 donde indican no encontrar al señor Juan Carlos en su residencia, copia del oficio de fecha 26 de mayo de 2011 enviado por el director (e) del EPMSC Apartadó donde certifican no se encontró en el sitio de residencia el señor Navarro Altamiranda.

2.- El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, allegó copia acta audiencia verificación de preacuerdo con fecha del 03 de junio de 2011, copia auto del 03/06/2011 donde se declara el impedimento del funcionario.

CONSIDERACIONES

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. En tal virtud, la acción de tutela sólo es procedente frente a situaciones contra las cuales no exista otro medio de defensa tendiente a proteger los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados, o cuando existiendo, no tenga la eficacia del amparo constitucional, lo que abre paso a su utilización como mecanismo transitorio para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Las providencias judiciales en todos los niveles se encuentran soportadas en los principios de autonomía, independencia, acceso a la

justicia y legalidad, y en esencia, dirigidas a que los ciudadanos puedan reivindicar sus derechos constitucionales y legales, siguiendo los parámetros establecidos por el legislador, lo que a la postre las hace inmodificables en pro de la seguridad jurídica y del respeto de la separación de poderes. Sin embargo, debido al carácter normativo, de supremacía de las normas constitucionales (art. 4º C.P) y de primacía de los derechos fundamentales (arts. 5º y 86 C.P.), la acción de tutela procede excepcionalmente contra las acciones u omisiones en que incurren los jueces al administrar justicia cuando son desconocidos los derechos constitucionales fundamentales.

Esta posición fue sostenida por la Corte Constitucional desde la sentencia C-543 de 1992, en la cual, si bien se declararon inexequibles los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, al considerarse que desconocían las reglas de competencia establecidas por la Constitución Política y afectaban el principio de seguridad jurídica, en su ratio decidendi se indicó que en circunstancias excepcionales, la acción de tutela procedía contra actuaciones judiciales cuando las mismas constituían vías de hecho.

Se expresó que no “riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.”.

A partir de ese momento, hasta la actualidad, los jueces Constitucionales han aplicado a los casos concretos el precedente jurisprudencial, con el fin de conjurar la vulneración abierta y ostensible de los derechos constitucionales fundamentales a través de acciones u omisiones de los operadores jurídicos, cuando no existe otro medio de defensa eficaz al alcance del afectado. Es decir, el amparo constitucional en estos casos se convierte en el medio idóneo y eficaz a través del cual se adoptan las medidas necesarias para restablecer los derechos fundamentales amenazados o vulnerados mediante una decisión judicial, o en su caso puede proponerse como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable.

Las llamadas doctrinal y jurisprudencialmente “vías de hecho” o defectos en que pueden incurrir los jueces al adoptar sus decisiones, ahora se conocen técnicamente como causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Dentro de ella se encuentran unas genéricas o previas y otras específicas.

Las causales genéricas buscan asegurar la aplicación subsidiaria del amparo constitucional como medio de protección de derechos constitucionales fundamentales y se sintetizan de la siguiente forma:

- (i) Que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales de las partes, pues el juez de tutela no puede entrar en el análisis de situaciones que no tengan una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que deben ser resueltos por otras jurisdicciones.
- (ii) **Que se hayan agotado los otros medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa que se encuentren al alcance de la persona afectada, a no ser que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.**
- (iii) Que se cumpla con el principio de inmediatez o solicitud de

protección constitucional dentro de un término prudente y razonable a la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.

- (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales invocados.
- (v) Que la parte actora identifique claramente los hechos que generaron la vulneración, así como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que ello hubiere sido posible, y,
- (vi) Que no se trate de sentencias de tutela, habida cuenta que la protección de los derechos fundamentales no puede prolongarse de manera indefinida, máxime cuando todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante la Corte Constitucional, en virtud del cual las decisiones judiciales no seleccionadas para revisión, se tornan definitivas.

Además de los requisitos generales expuestos, para que proceda la acción de tutela contra una providencia judicial, es imprescindible acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben demostrarse plenamente y que se centran en los defectos o vicios concretos en los que incurren los jueces en las actuaciones judiciales, que lesionan derechos fundamentales de los asociados.

Frente a las causales especiales traídas a colación, nuestro máximo Órgano Constitucional, los ha concretado de la siguiente forma¹:

En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez

¹ Sentencia T-125 de 2012

actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

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

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales² o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

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

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

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado³.

h. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.”⁴

Es decir, siempre que concurren los requisitos generales y, por lo menos, una de las causales específicas de procedibilidad contra las providencias judiciales, es procedente ejercitar la acción de tutela como mecanismo excepcional por vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

² Sentencia T-522/01

³ Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.”

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Así, se exige que la conducta del operador jurídico sea arbitraria con la consecuente vulneración grave de derechos fundamentales de alguna de las partes. De igual forma se debe establecer si la presunta afectación puede superarse por los medios ordinarios instituidos en el respectivo proceso con miras al restablecimiento de los derechos conculcados, salvo que tales recursos o medios de defensa, no sean eficaces para deparar una protección expedita e integral, en caso de que el requerimiento sea inmediato e impostergable, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En términos generales, la acción de tutela ha sido concebida única y exclusivamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para las cuales el sistema jurídico no tenga previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la protección del derecho presuntamente amenazado.

La Honorable Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la acción de tutela frente a decisiones judiciales no puede ser utilizada como una instancia paralela y en principio no procede mientras el proceso judicial esté en curso, pues es allí donde la parte tiene todas las garantías, mecanismos y recursos para la protección de sus derechos fundamentales, sin que se permita que el Juez Constitucional en un término breve reemplace al Juez natural en la decisión del caso o que de otro lado, se pretenda utilizar para revivir oportunidades procesales vencidas.

En el presente caso, el actor considera que se vulneró su derecho fundamental al debido proceso, toda vez que el Juzgado Segundo adjunto de descongestión del Juzgado Primero Penal del Circuito

Especializado de Antioquia emitió sentencia por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes condenándolo a la pena de 280 meses de prisión y multa de 3.000 SMLMV pese a que él y otras dos personas suscribieron un preacuerdo con la fiscalía y su defensor presentándolo el 29 de octubre de 2010 ante los Jueces de Conocimiento, para lo cual el 29 de marzo de 2011 aprobó el preacuerdo presentado pero solo para sus dos compañeros en el proceso y dejándolo a él por fuera, luego de eso se presentó fue un escrito de acusación en su contra y sin un juicio fue condenado y la defensa no apeló.

Por lo anterior, solicitó se revise la pena impuesta en la sentencia proferida por el Juzgado Segundo adjunto de descongestión del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y se le conceda la libertad inmediata por pena cumplida.

La Honorable Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la acción de tutela frente a decisiones judiciales no puede ser utilizada como una instancia paralela y en principio no procede mientras el proceso judicial esté en curso, pues es allí donde la parte tiene todas las garantías, mecanismos y recursos para la protección de sus derechos fundamentales, sin que se permita que el Juez Constitucional en un término breve reemplace al Juez natural en la decisión del caso o que de otro lado, se pretenda utilizar para revivir oportunidades procesales vencidas.

Conforme con lo expuesto, puede advertirse que, para la presente demanda de tutela, no se cumplen con los requisitos genéricos, ni específicos de procedibilidad expuestos en acápites anteriores y en tal sentido la solicitud de amparo no puede prosperar.

Lo anterior, porque no se agotaron todos los mecanismos que el actor tuvo a su alcance dentro el proceso adelantado en su contra.

Es de aclarar que, si bien el actor suscribió un preacuerdo con la fiscalía y el defensor de turno, también es cierto que en momento de realizar la audiencia de verificación de preacuerdo el accionante no se presentó a la misma, sin realizar alguna intervención con respecto a los motivos por los cuales no asistió y luego cuando fue requerido en las etapas posteriores no fue posible su ubicación en la dirección aportada por éste dentro del proceso. Es de anotar que suscribió el acta de preacuerdo el 29 de octubre de 2010 y fue condenado el 28 de noviembre de 2012, durante ese tiempo no se evidencia algún actuar el accionante con el fin de determinar el desarrollo de su proceso, además, se puede observar que fue capturado el 25 de julio de 2014 para cumplir con la pena impuesta y en ese entonces tampoco realizó ninguna solicitud de revisión de su caso por considerar que se había violentado sus derechos solo hasta después de más ocho años es que viene a hacer la solicitud y se compara con la sentencia emitida a sus compañeros de causa sin tener en cuenta que ellos asistieron a la audiencia de verificación del preacuerdo en cambio el no cumplió con dicha carga.

En vista que no asistió a la audiencia programada para verificación de preacuerdo en un debido trámite el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia a quien le correspondió dictar la sentencia del preacuerdo decretó la ruptura de la unidad procesal en favor del señor Juan Carlos Navarro Altamiranda, con el fin de darle el debido proceso y que contara con una debida defensa técnica.

Dentro de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo adjunto de descongestión del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, se puede evidenciar que se deja constancia que el accionante se encuentra prófugo de la justicia, además de realizar el recuento de las diferentes actuaciones del proceso, donde deja constancia que la defensa no hizo uso del derecho de presentar teoría del caso, que no hizo práctica probatoria toda vez que no solicitó debido a la dificultad de no poder entrevistarse con su representado y en cuanto a los alegatos finales indica "...que existen algunas contradicciones en algunos testimonios de la fiscalía, también lo es que esas inconsistencias no alcanzan a enervar la responsabilidad penal de su prohijado...".

Decisión contra la cual no fue interpuesto recurso alguno, que perfectamente pudo impugnar para que fuera objeto de revisión por el juez de segunda instancia, pero es de advertir que el accionante se sustrajo de su deber que estar pendiente del transcurrir de la investigación.

Al respecto es necesario aclararle al accionante que los artículos 376 y 384 del Código Penal, establecen:

ARTICULO 376. TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> <Artículo modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de **ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.**

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de

marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

<Inciso adicionado por el artículo 13 del Ley 1787 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.

ARTICULO 384. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> **El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos:**

1. Cuando la conducta se realice:

a) Valiéndose de la actividad de un menor, o de quien padezca trastorno mental, o de persona habituada;

b) En centros educativos, asistenciales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, establecimientos carcelarios, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones públicas o actividades similares o en sitios aledaños a los anteriores;

c) Por parte de quien desempeñe el cargo de docente o educador de la niñez o la juventud, y

d) En inmueble que se tenga a título de tutor o curador.

2. Cuando el agente hubiere ingresado al territorio nacional con artificios o engaños o sin autorización legal, sin perjuicio del concurso de delitos que puedan presentarse.

3. Cuando la cantidad incautada sea superior a mil (1.000) kilos si se trata de marihuana; a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachís; y a cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona o dos (2) kilos si se trata de sustancia derivada de la amapola.
(Negritas fuera de texto original)

Con las normas anteriormente transcritas, se puede constatar que el

punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se agrava cuando se cometen hechos que se encuadren en las condiciones previstas en el inciso 3° del art. 384 del C.P., por lo que el juez fallador entró a decir conforme con lo probado durante el trámite del juicio y se encuentra que la pena se encuentra ajustada a derecho.

Adicionalmente, si considera que existen elementos legales que puedan fundar una acción de revisión, puede acudir a la misma si así lo estima. Significa entonces que el proceso penal es la oportunidad procesal idónea para solicitar la revocatoria de las decisiones que lo afectan, en caso de no estar de acuerdo con éstas, sin que exista alguna razón para pensar que los medios judiciales de defensa al alcance del accionante, no tengan la idoneidad suficiente para la protección de los derechos invocados.

Se insiste pues que contra la providencia procedían los recursos de ley, que no fueron interpuestos, por lo que no puede predicarse vulneración alguno de sus derechos fundamentales, constatándose que el actor intenta valerse de la acción de tutela como una instancia adicional, debido a que dentro del trámite ordinario ha tenido todas las oportunidades que la ley procesal penal le otorga para el amparo de sus derechos y simplemente decidió alejarse de la investigación.

Es que el carácter subsidiario de la acción de tutela no permite que ésta sea interpuesta cuando existen mecanismos judiciales idóneos que pudo utilizar el afectado en su momento oportuno.

Al no encontrar vulneración a los derechos fundamentales, la tutela se torna improcedente, además, porque el actor no interpuso el recurso de apelación contra la decisión que ahora pretende atacar por este

medio constitucional.

En efecto, era presupuesto insoslayable para la eventual prosperidad de la presente acción, que el actor hubiera agotado los recursos ordinarios que tenía a su disposición para reclamar la defensa de los derechos que estimaba conculcados; es decir, en el evento, debió por lo menos haber impugnado la sentencia cuya legalidad hoy cuestiona, para que el Tribunal, o en su defecto la Sala de Casación Penal, revisaran dentro del marco de sus competencias funcionales, el presente caso.

Por lo anterior, resulta claro para la Corporación que para el presente caso la acción de tutela no puede atenderse, toda vez que frente a la providencia dictada por el despacho judicial accionado, no se observa ninguna vía de hecho, pues la misma respetó el debido proceso, habiéndose motivado la decisión, con lo cual abrió paso para que las partes procesales, entre ellas el accionante pudiera interponer los recursos que otorga la ley, como son el de apelación y eventual recurso extraordinario de casación.

Siendo, así las cosas, no se observa por parte de la Sala una ostensible vía de hecho, por lo que lo que deviene en el presente caso, es negar la protección de amparo solicitada, por las razones que se acaban de exponer.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: **NEGAR** las pretensiones de tutela formuladas por JUAN CARLOS NAVARRO ALTAMIRANDA.

SEGUNDO: Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

TERCERO: En caso de que no se presente ninguna impugnación, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma electrónica
EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

Firma electrónica
NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada


MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
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

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: **a63f747f4cd53363e4013ea0cac92ca73444c30f22b4d82c60f770292d6bc4ad**

Documento generado en 20/01/2023 07:27:48 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

Medellín, veintitrés (23) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 008

PROCESO: 05 001 60 99154 2021 00011 (2022 1424)
DELITO: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES
ACUSADOS: YOLANDA HERNÁNDEZ ZULUAGA
 GLORIA PATIRICA CELIS MONTENEGRO
 NINFA MARÍA MONSALVE AGUIRRE
 PEDRO SEGUNDO HERNÁNDEZ ÁVILA
ASUNTO: DESISTE RECURSO DE CASACIÓN

Mediante providencia del 22 de noviembre de 2022, la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia decidió confirmar en todas sus partes, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia)¹, a través de la cual condenó a YOLANDA HERNÁNDEZ ZULUAGA, GLORIA PATRICIA CELIS MONTENEGRO, NINFA MARÍA MONSALVE AGUIRRE y PEDRO SEGUNDO HERNÁNDEZ ÁVILA por hallarlos responsables del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

Realizadas las notificaciones de rigor y estando el proceso en el traslado para interponer el recurso de casación, el defensor de la procesada allega memorial en el que expresa su intención de interponer el recurso extraordinario de casación, el cual arrió a la Corporación, el pasado 09 de diciembre de 2022, por lo que el 09 de

¹ sentencia proferida el 05 de septiembre de 2022

diciembre de 2022, comenzó a correr traslado común por el término de 5 días para la interposición del recurso, indicándose que finalizaba el 15 de diciembre de 2022.

El 18 de enero de 2023, allegó a la Secretaría de la Sala escrito presentado por el abogado defensor de las señoras YOLANDA HERNÁNDEZ ZULUAGA, GLORIA PATRICIA CELIS MONTENEGRO, NINFA MARÍA MONSALVE AGUIRRE, dentro del cual comunicaba a la Corporación su renuncia al recurso extraordinario de casación, con el fin de que se envíe la carpeta a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala no encuentra obstáculo para aceptar el desistimiento manifestado por el defensor de las procesadas, teniendo en cuenta que es el único recurrente, como quiera que la fecha para interponer el respectivo recurso feneció sin que las demás partes manifestaran su intención de interponerlo.

Conforme con lo expuesto el Tribunal Superior de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

PRIMERO: ACEPTAR el desistimiento del recurso de casación presentado por el doctor MAURICIO DE JESÚS CARO CONTRERAS, defensor de las señoras YOLANDA HERNÁNDEZ ZULUAGA, GLORIA PATRICIA CELIS MONTENEGRO, NINFA MARÍA MONSALVE AGUIRRE.

SEGUNDO: ORDENAR la remisión del expediente al Juzgado de origen, para el respectivo trámite.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma electrónica
EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

Firma electrónica
NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada


MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
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

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: **c85a26c90aedb42eabb4970e8cf4bb90f3586920d5dca2ca9651fecbce053e2f**

Documento generado en 23/01/2023 12:53:48 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA SALA PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Ref.: Acción Tutela segunda instancia No.002
Radicado: 053763104001202200087
No. Interno: 2022-1914-2
Accionante: Sebastián Bedoya Vásquez
Accionada: ARL SURA - Colpensiones
Vinculada: Junta Nacional de Calificación de Invalidez
Decisión: SE REVOCA (HECHO SUPERADO)

Medellín, veinte (20) de enero de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado según acta No. 004

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada, ARL SURA contra el fallo de tutela proferido el día 10 de noviembre de 2022 por el Juzgado Penal del Circuito la Ceja, Antioquia, mediante el cual se accedió a la protección invocada por el accionante Sebastián Bedoya Vásquez.

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. DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Los hechos y pretensiones fueron sintetizados por el Juzgado de Primera Instancia de la siguiente forma:

“Manifiesta el accionante que, con actualidad, se encuentra en trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, como consecuencia de su diagnóstico parestesias en mano derecha y síndrome del túnel del carpo. Reclama que, con el propósito de obtener la calificación, le fue programada cita para el 17 de noviembre de 2022 en la Clínica La Sabana en la ciudad de Bogotá D.C., no obstante, al reclamar ante ARL Sura y la Administradora Colombiana de Pensiones el pago de viáticos, se encuentra frente a respuestas negativas.

Por este motivo, considera afectados sus derechos fundamentales y reclama a la Administradora Colombiana de Pensiones, asumir su traslado a Bogotá para las evaluaciones médicas requeridas dentro de su proceso de calificación, debido a que no cuenta con los recursos económicos para ello.

(...)

Pretende el accionante se protejan sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y/o a la ARL Sura, cubrir integralmente el servicio de transporte a la ciudad de Bogotá con el fin de que sea practicada la calificación definitiva en la Junta Nacional de Calificación de Invalidez”.

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de Primera Instancia concedió las pretensiones de la acción de tutela impetrada por el ciudadano Sebastián Bedoya Vásquez, al considerar que:

(...)

“De un lado, están las Juntas de Calificación de Invalidez, organismos de creación legal, integrados por expertos en diferentes disciplinas, designados por el hoy, Ministerio de la Protección Social para calificar la invalidez en aquellos eventos en que la misma sea necesaria para el reconocimiento de una prestación. De otro lado, se encuentran las Administradoras de Fondos de Pensiones-AFP, encargadas del aseguramiento y reconocimiento de las prestaciones económicas de origen común. Excepcionalmente, cuando el origen de la pérdida de capacidad laboral tiene un origen laboral, integraría el reconocimiento la Administradora de Riesgos Laborales a que se encuentra afiliado el usuario. (...)

“... resulta claro para el despacho que, correspondiendo el diagnóstico del señor Sebastián Bedoya Vásquez a uno de origen laboral, es la ARL Sura, la responsable de asumir los gastos de traslado para la calificación definitiva ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. A esta conclusión se arriba de la simple lectura del concepto final del dictamen con radicado 099909-2021 realizado al señor Sebastián Bedoya Vásquez por la Sala 3 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia el 26 de enero de 2022.

Ahora, aunque si bien es claro que el origen de los diagnósticos de COVID-19 Virus identificado y síndrome del túnel carpiano, no son de origen laboral, lo cierto es que el dictamen proferido por la Junta de

Calificación no obedece precisamente a la calificación de pérdida de capacidad laboral, sino a la calificación del origen de un evento en concreto.

Luego, realizada esa precisión, no existe duda que la respuesta al cuestionamiento por el origen del accidente sufrido por el actor es por ahora laboral, en consecuencia, por lo menos mientras se desata el objeto del recurso de apelación, deberá la ARL procurar los gastos de transporte del accionante a la ciudad de Bogotá, con el fin de lograr la calificación definitiva del evento.

En ese orden de ideas, no encuentra el despacho justificación para la negativa de ARL Sura frente a las obligaciones que le ha impuesto la ley y, que más allá del desconocimiento de una obligación de orden legal, amenaza con concretarse en un daño de orden constitucional, al derecho fundamental a la seguridad social del ciudadano”.

Corolario de lo anterior, resolvió:

“PRIMERO: Tutelar el derecho a la seguridad social del señor Sebastián Bedoya Vásquez, en contra de la ARL Sura.

SEGUNDO: Ordenar al Representante Legal y/o quien haga sus veces, de la ARL Sura que, en un término que no supere las cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de la tutela, proceda a asumir los costos de traslado del accionante a la ciudad de Bogotá, con el fin de que este sea calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez”. (...)

4. LA IMPUGNACIÓN Y SU SUSTENTO

La ARL SURA al estar en desacuerdo con la decisión de primera instancia, impugna la tutela y la sustenta en los siguientes términos:

(...)

“PRIMERO: Al señor Sebastián Bedoya Vásquez ARL SURA le define en primera oportunidad el origen de un presunto accidente como un NO ACCIDENTE DE TRABAJO (origen común), el señor Sebastián Bedoya controvierte esta decisión y su expediente es remitido a la Junta Regional de Antioquia, entidad que define el origen del diagnóstico síndrome de túnel del carpo como No derivado del accidente de trabajo (común), que es la causa principal por la cual requería las prestaciones, esto ratificando el dictamen proferido por ARL SURA, y a la vez define que la contusión de otras partes del antebrazo y las no especificadas si es accidente de trabajo. Por lo anterior ARL SURA controvierte el dictamen de la Junta Regional la cual remite el expediente a la Junta Nacional.

SEGUNDO: El afiliado está citado a la Junta Nacional el próximo 17 de noviembre de 2022, y solicita a ARLSURA el pago de los gastos de desplazamiento para que se defina el origen del accidente y diagnóstico no relacionado, ARL SURA dado el origen definido en primera oportunidad niega la prestación de gastos, y aclara que según lo normado por el artículo 2.2.5.1.32 del Decreto 1072 de 2015, estos gastos debe asumirlos el Fondo de pensiones.

TERCERO: Es claro que para que este caso no se viera dilatado en su proceso de definición de origen, ARL SURA paga honorarios a las Juntas los cuales serán objeto de recobro ante Colpensiones, que es la entidad responsable de pagar cuando el origen de una contingencia es común en la primera oportunidad no solo los honorarios a las Juntas si no los gastos de desplazamiento de la persona objeto del dictamen.

Con base a las razones anteriormente expuestas, ARL SURA solicita al Despacho lo siguiente:

Que el expediente de la tutela con el presente escrito de impugnación sea enviado al SUPERIORFUNCIONAL CORRESPONDIENTE (Reparto) y que se dé el trámite establecido al recurso de apelación con el fin de que se REVOQUE la Sentencia de tutela de primera instancia de conformidad con el Decreto 2591 de 1991".

5. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACIÓN

5.1 Competencia

De acuerdo a 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 al no corresponderle la ARL SURA asumir los costos de traslado del accionante hacia la ciudad de Bogotá para ser evaluado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, o por el contrario, hay lugar a su confirmación de verificarse que si le corresponde.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, se instituye la acción de tutela como un mecanismo de protección de derechos fundamentales, así como la misma sólo procederá cuando el afectado o afectada no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene entonces, que es el Decreto 1072 de 2015, *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo”*, a través del cual se regula lo concerniente al pago de los traslados para valoraciones y exámenes complementarios, disponiendo en el artículo 2.2.5.1.32., lo siguiente:

Artículo 2.2.5.1.32. Pago de gastos de traslado, valoraciones por especialistas y exámenes complementarios. Todos los gastos que se requieran para el traslado de los integrantes de la Junta de conformidad con el presente capítulo, del afiliado, pensionado por invalidez o beneficiario objeto de dictamen, así como de su acompañante dentro o fuera de la ciudad de conformidad con el concepto médico, estarán a cargo de la entidad Administradora de Riesgos Laborales, Administradoras del Sistema General de Pensiones, el empleador correspondiente, de esta manera:

- 1. Por la Administradora de Riesgos Laborales, la Administradora del Sistema General de Pensiones, de acuerdo si la calificación en primera oportunidad fue de origen común o laboral;**
2. *Por el paciente, en el evento que solicite la revisión de la pensión de invalidez cuando esta haya sido suspendida según lo previsto en el*

artículo 44 de la Ley 100 de 1993 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan;

- 3. El empleador cuando llegue a las Juntas de Calificación de Invalidez a través del Inspector de Trabajo y Seguridad Social.*

PARÁGRAFO 1. Los medios de transporte seleccionados para el traslado deberán ser los adecuados al estado de salud de la persona a calificar y no podrán afectar la dignidad humana.

PARÁGRAFO 2. Cuando la persona objeto de dictamen solicite la práctica de exámenes complementarios o valoraciones por especialistas no considerados técnicamente necesarios para el dictamen por los integrantes de las Juntas, el costo será asumido directamente por este solicitante. Estos gastos serán reembolsados por la entidad Administradora de Riesgos Laborales, entidad Administradora del Fondo de Pensiones, entidad Administradora de Régimen Prima Media según como corresponda, cuando el dictamen en firme sea a favor frente a lo que estaba solicitando la persona objeto del dictamen.

PARÁGRAFO 3. Las entidades de seguridad social anteriormente mencionadas realizarán los respectivos recobros una vez el dictamen quede en firme." NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO

Ahora, en atención a los argumentos aducidos en la impugnación, solicita la ARL SURA la revocatoria del fallo de primera instancia, a considerar que es el Fondo de Pensiones Colpensiones, es la entidad que debe asumir el pago de los gastos en que incurra el accionante en su desplazamiento hacia la ciudad de Bogotá para la valoración ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, pese a ello, anuncia que en aras de no debilitar el proceso de definición del origen, la: "ARL SURA paga

honorarios a las Juntas los cuales serán objeto de recobro ante Colpensiones, que es la entidad responsable de pagar cuando el origen de una contingencia es común en la primera oportunidad no solo los honorarios a las Juntas si no los gastos de desplazamiento de la persona objeto del dictamen”.

De acuerdo a lo dicho en precedencia y atendiendo que al accionante le fue asignado cita de valoración ante la Junta Regional de Calificación para el día 17 de noviembre de 2022 en la Clínica de la Sabana en la ciudad de Bogotá, se verificó con el señor Sebastián Bedoya Vásquez si acudió a la misma, informando éste que efectivamente compareció a la citada diligencia, cuyos gastos fueron asumidos por la ARL SURA².

Lo anterior, da lugar a la carencia actual de objeto por hecho superado, al ejecutarse por parte de la entidad accionada la conducta pedida por el accionante, esto es, el pago de los gastos requeridos para su traslado hacia la ciudad de Bogotá con el fin de realizarse la valoración ante la Junta Nacional de Calificación. Luego, **al cesar la afectación alegada, resulta inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues la entidad accionada lo ha garantizado.**

En ese sentido, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar, que, una vez superada la vulneración del

² Ver archivo denominado: “002ConstanciaCumplimientoN.I.2022-1914-2.PDF” ubicado en la carpeta C02SegundaInstancia del expediente Electrónico.

derecho, pierde su esencia y razón de ser la acción de amparo, así puntualizó:

“En virtud de lo anterior, la eficacia de la acción de tutela radica en el deber que tiene el juez, en caso de encontrar amenazado o vulnerado un derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento orientada a la defensa actual y cierta del derecho que se aduce.

No obstante, lo anterior, si la situación de hecho que origina la violación o la amenaza ya ha sido superada en el sentido de que la pretensión erigida en defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, la acción de tutela pierde eficacia y por lo tanto razón de ser.³”

Igualmente, en la sentencia T-054 de 2020, sobre el mismo tema la Corte Constitucional señaló:

1. Carencia actual de objeto por hecho superado. Reiteración jurisprudencial

14. *La carencia actual de objeto por hecho superado tiene lugar cuando, entre la interposición de la acción de tutela y la decisión del juez constitucional^[17], desaparece la afectación al derecho fundamental alegada y se satisfacen las pretensiones del accionante^[18], debido a “una conducta desplegada por el agente transgresor”^[19].*

15. *Cuando se demuestra esta situación, el juez de tutela no está obligado a proferir un pronunciamiento de fondo^[20]. Sin embargo, de considerarlo necesario, puede consignar observaciones sobre los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela, bien sea para condenar su ocurrencia, advertir sobre su falta de conformidad constitucional o conminar al accionado para evitar su repetición^[21].*

16. *En estas circunstancias, el juez constitucional debe declarar la improcedencia de la acción de tutela por carencia actual de objeto, pues, de lo contrario, sus decisiones y órdenes carecerían de sentido, ante “la superación de los hechos que dieron lugar al recurso de amparo o ante la satisfacción de las pretensiones del actor”*

³ Corte Constitucional, T-1130 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Bajo este panorama, al cesar la afectación alegada, resulta inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya las entidades accionadas los ha garantizado.

En ese orden de ideas, procederá la Sala a **REVOCAR** la decisión de primera instancia, proferida el 10 de noviembre de 2022 por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, Antioquia, por medio de la cual se concedió la protección al derecho fundamental a la Seguridad Social y en su lugar, se declarará la **carencia actual de objeto por hecho superado**.

En consecuencia, sin necesidad de otras elucubraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

6. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida 10 de noviembre de 2022 por el Juzgado Penal del de Circuito La Ceja, Antioquia, y en su lugar, **DECLARAR** la carencia actual de objeto por hecho superado, conforme lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

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**



**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
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

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: **425773e8a184157efe9f18e23ee86d19221860d038a28282723058f9b2a7b00a**

Documento generado en 20/01/2023 06:32:14 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 050002204000202300006
No. interno: 2023-0010-2
Accionante: JOHN ALEXANDER RESTREPO
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas
y Medidas de Seguridad de Antioquia.
Actuación: Fallo tutela de 1ª Instancia No.002
Decisión: No accede, hecho superado

Medellín, veinte (20) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 004

1. EL ASUNTO

Dentro del término legal estipulado en el Decreto 2591 de 1991, procede la Corporación a resolver la acción constitucional de tutela incoada por el señor JOHN ALEXANDER RESTREPO en contra del JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, por la presunta vulneración al derecho fundamental de petición.

2.- HECHOS

Manifiesta el accionante que, solicitó desde el 26 de septiembre del 2022, ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas

¹ 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.

y Medidas de Seguridad de Antioquia, la extinción de la pena y devolución de la caución prendaria depositada para acceder al beneficio de prisión domiciliaria, transcurriendo así, más de 3 meses a la fecha de radicación de su petición, sin obtener respuesta.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA

Luego del traslado de rigor de la tutela con sus anexos, se recibió vía correo electrónico respuesta del JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, en la que informó:

(...)

“... a este despacho le correspondió conocer bajo el radicado interno 2016-1986, de la Ejecución de la sentencia proferida dentro del radicado No. 050426100082201580542, proferida el 10 de mayo de 2016, por el Juzgado 03 Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en la que fue condenado JHON ALEXANDER RESTREPO, como Autor penalmente responsable del delito de Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado, a la pena principal de 72 meses de Prisión, y como pena ACCESORIA la Inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas, por el término de la pena principal privativa de la libertad.

- En razón de lo anterior, mediante decisión proferida el 30 de junio de 2016, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia, se modifica parcialmente la decisión de primera instancia y otorga al penado el Sustituto de la Prisión Domiciliaria, debiendo constituir Caución Prendaria.*
- En virtud de lo anterior, En lo que hace relación a lo expuesto por el accionante en la Tutela habrá de significarse, si bien a este juzgado ingreso solicitud del penado pidiendo la extinción de la pena y la devolución de la Caución Prendaria, el cumula de solicitudes que ingresan a diario, no permite evacuar de manera inmediata las mismas, debiendo dar prioridad a aquellas que revisten mayor prevalencia como lo son las penas cumplidas, las legalizaciones de captura, libertades condicionales, la respuesta a*

tutelas y habeas corpus, debiendo poner en lista de espera no solo estas sino las demás solicitudes de diversa índole.

- *No obstante. Por auto de la fecha, se atiende la solicitud del condenado, la cual se hace llegar con el presente escrito.*
- *Por otra parte, en referencia a la caución, esta se autorizará solo después de que quede ejecutoriada la providencia que decreta la extinción.*

Por tanto, y atendiendo los planteamientos anteriores le solicito declarar improcedente la Acción de Tutela en referencia, toda vez que el Despacho, ya se pronunció de fondo respecto de la solicitud, y se trata de un hecho superado."

A esta actuación constitucional, se vinculó por error al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, aduciendo en su respuesta no vigilar pena alguna al accionante.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia

La Sala es competente para resolver la acción, en términos del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, y los decretos 2591 de 1991 artículo 37 y 1382 de 2000, numeral 2º, en atención a la calidad de la entidad accionada.

4.2 Problema Jurídico

En este evento, corresponde a la Sala determinar, si en efecto se encuentra conculcado el derecho fundamental de petición invocado por el penado JOHN ALEXANDER RESTREPO, al no haberse resuelto la petición de extinción de la pena y la devolución de la caución prendaria por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela ha sido instituida como mecanismo para la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y eventualmente de los particulares, en los casos específicamente previstos en la ley.

Así, el Juez Constitucional está llamado no sólo a verificar si se vulneran los derechos fundamentales invocados por quien demanda la acción, sino que si advierte la trasgresión de cualquiera otro que tenga tal entidad, debe ampliar el marco de protección a esos otros derechos conculcados.

Si bien se invoca por el accionante la vulneración al derecho de petición, también encuentra inmerso el derecho fundamental al debido proceso —que se estudiará de oficio— ello al impetrarse una petición al interior de un proceso judicial, por manera que, la respuesta que emita la autoridad judicial debe darse conforme las reglas propias de cada juicio o procedimiento, así lo explicó Corte Constitucional en sentencia T- 394-2018:

“El derecho de petición ante autoridades judiciales – Reiteración jurisprudencial

5.1. A partir de la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado el núcleo y alcance del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, se ha establecido que este tiene dos dimensiones fundamentales: la primera implica la facultad de presentar solicitudes respetuosas a las entidades públicas y privadas, y la segunda comprende el derecho a tener respuesta oportuna, clara, completa y de fondo a las peticiones presentadas^[35].

De esta forma, dicha garantía fundamental refiere a la posibilidad de las personas de elevar peticiones respetuosas ante las autoridades, las cuales deben ser resueltas de manera pronta y oportuna. Este deber se extiende a las autoridades judiciales, quienes se encuentran obligadas a resolver las solicitudes de los peticionarios en los términos prescritos por la Ley y la Constitución para tal efecto.^[36]

5.2. Ahora bien, en lo que respecta al derecho de petición ante autoridades judiciales, esta Corporación ha precisado sus alcances al manifestar que si bien es cierto que el derecho de petición puede ejercerse ante los jueces y en consecuencia estos se encuentran en la obligación de tramitar y responder las solicitudes que se les presenten,^[37] también lo es que “el juez o magistrado que conduce un proceso judicial está sometido -como también las partes y los intervinientes- a las reglas del mismo, fijadas por la ley, lo que

significa que las disposiciones legales contempladas para las actuaciones administrativas no son necesariamente las mismas que debe observar el juez cuando le son presentadas peticiones relativas a puntos que habrán de ser resueltos en su oportunidad procesal y con arreglo a las normas propias de cada juicio”.^[38]

En este sentido, la Corte ha sostenido que el alcance del derecho de petición encuentra limitaciones respecto de las peticiones presentadas frente a autoridades judiciales, toda vez que han de diferenciarse los tipos de solicitudes, las cuales pueden ser de dos clases: (i) las referidas a actuaciones estrictamente judiciales, que se encuentran reguladas en el procedimiento respectivo de cada juicio, debiéndose sujetar entonces la decisión a los términos y etapas procesales previstos para tal efecto; y (ii) aquellas peticiones que por ser ajenas al contenido mismo de la *litis* e impulsos procesales, deben ser atendidas por la autoridad judicial bajo las normas generales del derecho de petición que rigen la administración y,^[39] en especial, de la Ley 1755 de 2015^[40].

En este orden, la omisión del funcionario judicial en resolver las peticiones relacionadas a su actividad jurisdiccional según las formas propias del proceso respectivo, configura una violación del debido proceso y del derecho al acceso a la administración de justicia^[41]. Por otro lado, la omisión de la autoridad jurisdiccional en resolver las peticiones formuladas en relación con los asuntos administrativos constituye una vulneración al derecho de petición^[42].” NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

Asimismo, en lo que atañe al debido proceso en la etapa de la ejecución de la sentencia, señaló la Corte Constitucional en sentencia T-753 de 2005, lo siguiente:

(...)

“Reglas que informan el debido proceso durante la etapa de ejecución de las sentencias penales.

3.1. La ejecución es la última parte del procedimiento judicial, que tiene como finalidad dar cumplimiento a la sentencia definitiva del tribunal competente. En atención a esta definición, la Corte Constitucional ha entendido que las garantías del proceso penal se extienden a la etapa de la ejecución de la sentencia. En este sentido, fue dispuesto en el fallo T- 388 de 2004^[43]:

“ (...) la ejecución de la pena no puede entenderse escindida del proceso penal que se siguió en contra de quien se encuentra privado de la libertad por existir una sentencia condenatoria en su contra, y cuyas garantías también se predicen del tiempo de la ejecución de la pena. La unidad del proceso presupone que los distintos actos que lo integran estén coordinados y concurren armoniosamente al fin del mismo, que es la efectividad de la ley sustancial, obviamente, mediante la observancia de los principios fundamentales del procedimiento^[44]”.

En virtud de lo anterior, las reglas que informan el debido proceso establecidas en el artículo 29 de la Constitución Política, las disposiciones internacionales, los principios de la administración de justicia

consagrados en la Ley 270 de 1996, "Ley Estatutaria de la Administración de Justicia" y aquellos que se encuentran vigentes en el procedimiento penal son parámetros a los cuales debe ceñirse la actuación de las autoridades judiciales durante el período de ejecución de las sentencias.

3.2. El derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política ha sido definido por la Corte Constitucional como "la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y crea las garantías de protección a los derechos de las personas, por lo que ninguna actuación de las autoridades públicas depende de su propio arbitrio"^[13]. En este orden de ideas, es deber de las autoridades sujetarse a los procedimientos previamente fijados y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales consagradas en la Constitución y en la Ley.^[14]

Según fue explicado en la sentencia T-266 de 2005^[15], el derecho a un debido proceso comprende al menos las siguientes garantías:

" (...) las garantías mínimas que este derecho consagra son: i) el derecho de acceso a la administración de justicia ante el Juez natural de la causa; ii) el derecho a que se le comunique aquellas actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una multa o sanción; iii) el derecho a expresar en forma libre las opiniones; iv) el derecho a contradecir pretensiones o excepciones propuestas; **v) el derecho a que los procesos se efectúen en un plazo razonable** y, vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra" (subrayado no original).

Tanto el principio del juez natural como el derecho de los ciudadanos a que el proceso se efectúe en un plano razonable se encuentran vigentes en tratados internacionales de derechos humanos incorporados al ordenamiento colombiano en virtud del artículo 93 de la Constitución Política especialmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 8 y 25) sobre garantías judiciales y protección judicial, respectivamente.

En primer lugar, el derecho de acceso a la administración de justicia implica que existe un juez competente para decidir cada caso de acuerdo con criterios legales predeterminados por la ley. Es decir, que el ciudadano goza de certidumbre sobre la autoridad judicial y las competencias que le son atribuidas a la misma, con el objeto de que se pronuncie sobre su causa^[16].

En segundo lugar, los procesos deben ser desarrollados en un término razonable y sin dilaciones injustificadas. En armonía con este postulado, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia consagra el principio de celeridad y el principio de eficiencia en virtud de los cuales la administración de justicia debe ser pronta y cumplida^[17]. Igualmente, la diligencia con arreglo a la cual deben obrar las autoridades judiciales en el impulso de sus actuaciones fue incorporada en las normas rectoras del código de procedimiento penal en especial, el artículo 9 sobre actuación procesal, en virtud de la cual, la actividad procesal se desarrollará teniendo en cuenta "(...) la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia" y la previsión legal sobre celeridad y eficiencia (Art. 15 C.P.P.).

Asimismo, esta Corporación ha sostenido que el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas procura garantizar a las personas que acuden a la administración de justicia una protección en el ámbito temporal del trámite, bajo la idea de que justicia tardía no es justicia^[18]. En consecuencia, una situación de procesamiento no puede ser indefinida so pena de afectar el derecho de acceso a la administración de justicia.

Considerando las directrices mencionadas, para la Sala es importante destacar que, en una sociedad democrática, la lentitud de la administración de justicia coloca al ciudadano en un estado de indefensión que amenaza el ejercicio de sus derechos y por ende, aquellas acciones que extralimiten periodos de ejercicio procesal contradicen los propósitos del Estado de derecho..." NEGRILLAS NUETRAS.

Acorde con los hechos de la tutela, la pretensión del accionante está encaminada a que se le brinde respuesta a la solicitud de extinción de la pena y devolución de la caución prendaria por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

En el trascurso de la presente acción, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, informó que resolvió la solicitud del accionante mediante auto interlocutorio N°171 del 17 de enero de 2023, por medio del cual se decretó la extinción de la pena, señalando además que, la devolución de la caución solo se autorizará una vez quede ejecutoriada la citada decisión. Tal actuación fue notificada al accionante de acuerdo a constancia anexa en el expediente².

Así las cosas, ha sido enfática la Corte Constitucional en señalar, que, una vez superada la vulneración del derecho, pierde su esencia y razón de ser la acción de amparo, así puntualizó:

"En virtud de lo anterior, la eficacia de la acción de tutela radica en el deber que tiene el juez, en caso de encontrar amenazado o vulnerado un derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento orientada a la defensa actual y cierta del derecho que se aduce.

No obstante, lo anterior, si la situación de hecho que origina la violación o la amenaza ya ha sido superada en el sentido de que la pretensión erigida en

defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, la acción de tutela pierde eficacia y por lo tanto razón de ser.³"

² Ver archivo denominado: "012ConstanciaCumplimientoN.I.2023-0010-2" del expediente electrónico.

³ Corte Constitucional, T-1130 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Igualmente, en la sentencia T-054 de 2020, sobre el mismo tema la Corte Constitucional señaló:

(...)

“1. Carencia actual de objeto por hecho superado. Reiteración jurisprudencial

14. *La carencia actual de objeto por hecho superado tiene lugar cuando, entre la interposición de la acción de tutela y la decisión del juez constitucional^[17], desaparece la afectación al derecho fundamental alegada y se satisfacen las pretensiones del accionante^[18], debido a “una conducta desplegada por el agente transgresor”^[19].*

15. *Cuando se demuestra esta situación, el juez de tutela no está obligado a proferir un pronunciamiento de fondo^[20]. Sin embargo, de considerarlo necesario, puede consignar observaciones sobre los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela, bien sea para condenar su ocurrencia, advertir sobre su falta de conformidad constitucional o conminar al accionado para evitar su repetición^[21].*

16. *En estas circunstancias, el juez constitucional debe declarar la improcedencia de la acción de tutela por carencia actual de objeto, pues, de lo contrario, sus decisiones y órdenes carecerían de sentido, ante “la superación de los hechos que dieron lugar al recurso de amparo o ante la satisfacción de las pretensiones del actor”*

Así las cosas, al verificarse que la petición objeto del presente amparo ya fue resuelta y notificada al accionante, el presente amparo pierde su eficacia y razón de ser, dado que no se encuentra vulnerado ningún derecho fundamental que haya que proteger.

En consecuencia, se **NEGARÁ** la tutela impetrada por el señor **JOHN ALEXANDER RESTREPO**, al haberse configurado la **CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO**.

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 ley,

5. RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la tutela impetrada por el señor **JOHN ALEXANDER RESTREPO**, al haberse configurado la **CARENCIA ACTUAL DE OBJETO** por **HECHO SUPERADO**, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación el cual deberá interponerse dentro del término de ley.

TERCERO: Una vez en firme, se ordena la remisión del cuaderno original ante la Honorable Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**



**MARIA STELLA JARA GUTIÉRREZ
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

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: **d98acf9cd4582ac81606f60ba84f6a7920cd1e7adbcecc172c6a93b3c6db1b872**

Documento generado en 23/01/2023 04:32:34 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

RADICADO: 05-172-60-00328-2018-80281-00
INTERNO: 2021-1031-2
DELITO: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS
ACUSADO: JOHNATAN MATIA CABALLERO
DECISIÓN: CONFIRMA

Medellín, veinte (20) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 003

1. ASUNTO

Corresponde al Tribunal resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del acusado, contra la sentencia dictada el día 18 de junio de 2021 por medio de la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó impuso sentencia condenatoria en contra de Johnatan Matía Caballero por hallarlo responsable como autor a título de dolo, del delito de actos sexuales con menor de catorce años

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.

agravado en concurso homogéneo descrito en los artículos 31, 209 y 211-5 del C.P.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los hechos fueron narrados en la sentencia confutada, mismos que fueron recogidos del escrito de acusación, así:

Estos hechos sucedieron para el día 17-11-2018, en las horas del medio día entre las doce y la una de la tarde, dentro de la residencia de la señora Nancy Mosquera, ubicada en la urbanización Villa Horeb bloque 1 casa 208, zona urbana del municipio de Apartadó Antioquia, cuando el joven Andrés Duvan Gale Mosquera, ingresó a la casa de su señora madre Nancy Mosquera para buscar a su hermana J. M. N. M. de tan solo ocho años de edad, donde en medio de un estruendo producido por el alto volumen de un televisor, escucha en una de las habitaciones, unos gritos, llega hasta la habitación principal, y es ahí donde observa que el señor Jhonatan Matía Caballero, estaba acostado en la cama junto a su hermanita J. y que dicho señor se encontraba semidesnudo, con la pantaloneta bajada hasta los muslos, exhibiendo sus genitales, al igual que su hermana J., quien estaba sin pantalones, es decir con sus interiores bajados.

Ante esta situación, el citado joven Andrés Duvan, sale corriendo a darle aviso a su abuela materna SONIA MOSQUERA, quien de inmediato llega hasta allí, pero ya encuentra al citado Jhonatan Matía, al pie de la cama, haciéndole una curación a la citada menor, pero se le pregunta a la niña sobre que le ocurrió a lo cual manifiesta llorando, que el señor Jhonatan Matía, su padrastro, le bajo los pantalones, se le montó encima de ella y la quería violar, razón por la cual los policiales que ya se encontraban allí pues ya habían sido llamados y alertados sobre el asunto, proceden a dar captura al citado Jhonatan, por haber sido señalado por los presentes como el autor de esta agresión sexual.

3. RECUENTO PROCESAL

Por estos hechos, el 18 de noviembre de 2018, ante el Juez Tercero Promiscuo Municipal de Apartadó (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

El proceso siguió su curso ante el juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) en donde el 03 de mayo de 2019 la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 01 de octubre de 2019. El juicio oral, luego de varios aplazamientos, se desarrolló los días 22 de junio, 15 de octubre y 03 de noviembre de 2020, 15 de febrero, 09 de marzo y 08 de abril de 2021. La sentencia condenatoria fue leída el 18 de junio de 2021.

Contra la sentencia de primera instancia, el defensor del condenado interpuso y sustentó en diligencia pública el recurso ordinario de apelación.

4. LA SENTENCIA APELADA

En primer término, el Juez de primera línea presentó el componente fáctico de su decisión, prosiguiendo con los datos del acusado y una breve referencia a los antecedentes procesales; para seguidamente plasmar las estipulaciones probatorias y continuar extractando la prueba testimonial recaudada en la etapa de conocimiento.

Luego de ello, al valorar los medios probatorios practicados durante el juicio y tener en cuenta los hechos objeto de estipulación, concluyó que, en el presente caso, todas las pruebas recaudadas ratifican el abuso al que fue sometida la menor, quien, por demás, dio a conocer los hechos dentro del juicio, mismo que fueron corroborados por los testigos de cargo, psicólogo Carlos Santiago Restrepo Zapata, Andrés Gales Mosquera y Sonia Mosquera Moreno.

Explicó, no acreditarse la presunta alienación parental que predica la defensa, para lo cual, retomó la prueba testimonial practicada, concluyendo que no se constituye tal análisis, observándose, una diferencia de convivencia y de relación entre adultos, que efectivamente se trataba de una familia disfuncional y en medio de eso ocurrieron los hechos, pero, porque sea una familia disfuncional, no descarta o no implica restarle mérito probatorio a la declaración de la menor, de tal forma que esas diferencias no desdibujan el relato de la menor o que la versión de actos sexuales se haya generado exclusivamente por estas diferencias entre familiares, entre adultos.

No se certificó tal situación, porque no se trajeron hechos específicos y concretos o circunstancias puntuales de lo que denomina la doctrina como lavado de cerebro de la menor, no hay un elemento probatorio donde se acredite de que la señora Sonia o el joven Andrés Duván haya determinado en la menor situaciones de rechazo respecto del señor Johnatan, es decir que, verbigracia, la abuela de la menor le hablara mal de

Jonathan a la menor, de tal manera que se evidenciara que la abuela utiliza a la menor para crear un programa o una estrategia, para que la impúber rechazara al procesado.

Determinó, la inobservancia de situaciones de animadversión o retaliación o venganza de la menor en contra del acusado, contrario, fue la forma precisa, desinteresada y despojada de toda inquina, en que se hace tal revelación, que encontró suficientes y convincentes elementos para concederle total credibilidad a sus atestaciones.

Inconforme con esa determinación, el defensor del sentenciado manifestó que apelaría el fallo y lo sustentaría en forma escrita.

5. IMPUGNACIÓN DEL FALLO

La defensa estima errado el análisis probatorio efectuado por el juez de primer grado por cuanto para determinar la responsabilidad del señor Johnatan Matía Caballero la juzgadora no valoró las manifestaciones de la madre del menor, quien de manera clara y contundente informa que en ningún momento habría abusado de la menor, más bien que si podía haber habido un alineamiento por parte de la abuela materna; que la abuela de la menor J.M.N. siempre quiso acabar con la dignidad del encausado señalándolo como un delincuente, sin haberlo visto, en actividad criminal alguna.

Según la defensa se desconoció que esta testigo ayudó a ilustrar las contradicciones que se presentaron dentro del

proceso, primero con la menor, quien en su momento manifestó de que su representado habría subido el volumen del equipo para que no la escucharan cuando ella gritaba, relatando el libreto que le habría dado la abuela materna, sin embargo, aquella afirmó que del equipo de sonido siempre estuvo dañado desde que se compró, testimonio que de alguna manera es consecuente con lo que el mismo Jonathan Matía Caballero, cuestionándose, ¿Qué quedaría más fácil, cerrar una puerta, bajar una cortina de un cuarto o subirle a un equipo de sonido mientras se accede carnalmente a una persona?. Respondiéndose seguidamente que, en su sentir, cerrar la puerta, según las reglas de la experiencia, le daría más seguridad a cualquier delincuente cuando tienen un propósito real, considerando ilógico el relato de la infanta.

Agrega además el defensor que la contradicción que presenta el señor Duván es "titánica", por cuanto en su deponencia expuso *"cuando entró al lugar donde habrían ocurrido los hechos, el procesado tenía a la talla del muslo o de la rodilla los pantalones, vio cuando su hermana estaba siendo agredida sexualmente, en pocas palabras quiso dar a entender eso, y lo cínico de toda esta situación es que, no se le demanda al señor que haga una batalla campal contra el señor Jonatan Matías al encontrarlo presuntamente en flagrancia, no se le demanda que haga una batalla campal y se agarre con él, pero si corre donde la señora Sonia a 4,5 cuadras a llamar a la abuela, pero el juicio de reproche frente a ese acto no es el hecho de haber ido o haber salido corriendo a llamar a la abuela, sino haber dejado a la niña en mano de un agresor, una persona que tiene*

entrenamiento militar, una persona que tiene sus cabales, no se le demanda pelear mano a mano con el señor Jonatan Matías, porque el reconoció de que en ningún momento él ha peleado".

Señaló, además en su memorial, el procesado fue enfático en manifestar que le estaba limpiando la herida que tenía la menor en la orilla, más no tocándole sus partes íntimas, y para tal efecto, afirma que ese día en horas de la mañana, la debió llevar al hospital para que la revisaran, en compañía, de su hermanito Eiten, esgrimiendo que para el efecto aportó las pruebas que corroboraban el hecho.

Sostuvo la defensa que la prueba practicada en juicio oral debe ser analizada como una unidad y no considerar exclusivamente, como en el presente caso, los aspectos desfavorables al acusado para sustentar la sentencia de carácter condenatorio.

En razón de lo expuesto, solicita sean revisadas las declaraciones de los testigos de descargos en su totalidad para evidenciar las contradicciones, y sea revocada la sentencia condenatoria proferida en contra de su representado.

6. PRONUNCIAMIENTO NO RECURRENTES

El delegado de la Fiscalía General de la Nación

Expreso que la argumentación del a-quo corrobora la existencia del hecho y la materialidad de la conducta, por ello, la justicia por la propia mano no resulta ser válida en una democracia, considerando que no es un derecho y mucho menos una garantía, por lo que está excluido de nuestro sistema legal, por lo que existe el equilibrio de poderes y existe la rama judicial que es la encargada de impartir y administrar justicia.

En ese sentido no está de acuerdo en que la defensa manifieste como hecho relevante que el hermano de la menor víctima debió acudir a la violencia para protegerla. En ese orden, no se aportó por parte de la defensa ni del acusado ningún elemento material probatorio de evidencia física en el cual se probará que el señor Jonatan Matías Caballero no fue el autor material de este acto criminal, ni su inimputabilidad ni su ausencia del lugar de los hechos.

Considera así, que los argumentos jurídicos de alzada no son relevantes, por lo que solicita, la confirmación de la decisión de primera instancia.

Representante de víctimas

Discurre sobre los reproches del apelante, toda vez que la condena se profirió por el delito de actos sexuales y no acceso carnal, evidenciando confusión en los conceptos por parte del letrado de la defensa.

Respecto al reproche de la defensa, en el entendido que, porque no hubo una reacción por parte de su familiar, se debe empezar a recrear la escena, esto es, el procesado estaba acostado, exhibiendo sus partes genitales a la vista de la menor, incluso el testigo Duván entra y lo observa, preguntándose ¿En ese momento no hubo la necesidad de acudir a la agresión porque en ese instante no se presentó agresión física? En efecto, no se presentó agresión alguna, pero si se recreó una escena capaz de violentar el bien jurídico de la libertad y formación sexual de la menor, lo que no es lo mismo para generar la reacción que de pronto pudiese ser una reacción violenta por parte del testigo que observó el hecho.

Lo cierto es que el procesado con su actuar, satisfizo su libido sexual, elemento normativo suficiente para estructurar la conducta reprochada.

Conforme con lo anterior, solicita se confirme la decisión de primera instancia, respecto a la condena del procesado.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1 Competencia

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Promiscuo con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del

1° del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

7.2. Problema jurídico

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte del recurrente, considera la Sala que de los mismos se desprende como problema jurídico principal, si del acervo probatorio recaudado se puede extraer el conocimiento, más allá de duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.

En virtud del carácter rogado de la justicia que se depara en esta instancia, la Sala verificará la admisibilidad de las censuras planteadas por la defensa y las que se puedan desprender de su alegación, que puede resumirse fundamentalmente en que la juez (i) no valoró las manifestaciones de la madre del menor, la señora Nancy Elena Mosquera Moreno(ii) que se presenta el síndrome de alienación parental y que la memoria de la niña pudo ser implantada, (iii) que la reacción del joven Andrés Duván Gale Mosquera, no se corresponde con los hechos narrados por la víctima, pues la experiencia general indica, que el debió haber reaccionado de manera violenta al ver la escena que narró, en caso, que existiera y (iv) el procesado

estaba limpiando la herida que tenía la menor en la rodilla y no accediéndola.

En el examen de los reproches del apelante se empezará por indicar, sobre el modo cómo se obtiene la verdad en el proceso acusatorio y las cargas que se desprenden de esta circunstancia para las partes enfrentadas en el juicio; para seguidamente, continuar con el análisis de los puntos objeto de debate.

Particularidad fundamental del sistema de juzgamiento de corte acusatorio estatuido en la sistemática procesal colombiana, es que la verdad procesal con la que se define la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado es producto de la actividad enfrentada de las partes que a modo de adversarios disputan sobre la verídica reconstrucción de los hechos, bajo el presupuesto de que a nadie le asiste mayor interés que a cada parte en demostrar su propia verdad.

Por consiguiente, salvo el descubrimiento de prueba que pueda favorecer a la defensa, no tiene la fiscalía deber alguno de producir prueba que favorezca al procesado, labor que le corresponde, si lo estima del caso, a la propia defensa. Por esta causa, le compete a cada cual, según los intereses legítimos que persigue: investigar, asegurar y procurar la práctica de la prueba que demuestre la teoría del caso, expresa o implícita, que le asista; así no deje de ser cierto que la presunción de inocencia sigue reinando en la reconstrucción de las premisas fácticas en la adjudicación del derecho penal.

Lo que sí le es dado al procesado es oponerse a las pruebas que la Fiscalía trae para desvirtuar su inocencia, actividad que corresponde a un acto propio del derecho de defensa a través del cual puede, incluso, explicar o justificar su conducta. Si opta por ese camino, declinando el derecho a guardar silencio, asume el deber de acreditar esas explicaciones, de manera que si, por ejemplo, propone una justificación, debe procurar para la actuación los medios de prueba que acrediten su alegato frente a los hechos, que se encontraba realizando acto distinto al percibido, ya que la simple manifestación de otro acto resultaría insuficiente para desvirtuar la imputación que le haga la Fiscalía como autor o partícipe de la ilicitud. La Fiscalía, por su parte, procurará demostrar su teoría del caso².

Se activa así, el principio general de la incumbencia probatoria, de conformidad con el cual le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico.

Lo antes expuesto quiere decir que a pesar de lo consignado en el inciso 4º del artículo 29 de la Carta y en el artículo 7º C.P.P. en

² Aun frente a los delitos que ofrecen mayor dificultad demostrativa, como el enriquecimiento ilícito del servidor público, la presunción de inocencia y la carga probatoria mantienen incolumidad. Cfr. Corte Constitucional sentencias C-319-96 y C-740-03 "... debe el Estado demostrar que el enriquecimiento es real e injustificado (y) ocurrido por razón del cargo que desempeña. Así, una vez establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación, opera el fenómeno de la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso en sus etapas sumarial y de juicio. Es entonces la falta de justificación el elemento determinante para dar origen a la investigación y, por tanto, **la explicación que brinde el sindicado del delito**, no es otra cosa que el ejercicio de su derecho de defensa frente a las imputaciones que le haga el Estado en ejercicio de su función investigativa. No se trata pues de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir no justificado todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable y, por supuesto, legal."

donde se preceptúa que la carga de la prueba la tiene la Fiscalía, de igual forma la Defensa, en aquellos eventos en los cuales pretenda refutar la teoría del caso propuesta por el Ente Acusador, si quiere salir avante en sus pretensiones, no debe quedarse de brazos cruzados, y más por el contrario le asiste el deber de suministrar las pruebas con las cuales pueda demostrar la hipótesis propuesta.

Se evidencia así, que la defensa no hizo uso de esas facultades, y no aportó elemento material alguno que soportara sus postulados, afincando sus razonamientos, además, en unas contradicciones que no especifica, por el contrario, generaliza y da por sentadas, sin la debida argumentación, certificando *“realmente hay un mundo de contradicciones que podrían solo tener un aval por parte de la judicatura donde sea el único, la judicatura quien pueda salvar a la fiscalía dado de que las pruebas no nos llevan a una condena que nos deje fuera de toda duda”*. El tema así expuesto solo es un enunciado, que no tuvo ningún desarrollo argumentativo y como el recurrente no avanza en esa crítica, ni explica el sustento de argumento, se releva la Sala de avanzar en dicho análisis, pues a la Corporación no le es dable oficiosamente llenar los vacíos argumentativos del apelante.

Ahora bien, no resulta cierto que el fallador de primera instancia no valorara el testimonio de la madre de la menor, pues, de hecho, toma lo expuesto por ella para corroborar el dicho de su hija menor, afirmando que *“la declaración de la señora Nancy Elena Mosquera Moreno, si bien reconoce que el equipo de*

sonido tenía problemas por un bafle dañado, ciertamente ella misma destaca que el equipo si servía pues le funciona la radio sólo que en volumen 1 y 2, pero se detalla que los dos aparatos al momento de los hechos tanto el televisor como el equipo si servían”, explicación además utilizada por la defensa, para indicar las contradicciones entre las atestaciones de la menor víctima y lo expuesto por su madre, persona esta última, que en modo alguno aseguró que el equipo estaba dañado o no servía, por el contrario, esgrimió que el sonido de aquel, no eran tan alto, distorsionándose así, el medio de prueba.

Ahora bien, pese a que el sentenciador no le dedica expresamente un aparte para su valoración, lo que sí está claro es que el juez no le cree a la madre de la menor afectada como cuando enfrenta su dicho con lo alegado por el procesado respecto a la supuesta alienación parental, tanto que asegura que *“dichas afirmaciones son insuficientes y sin respaldo probatorio de una alienación parental, porque son una percepción subjetiva y quizá caprichosa, parcializada de lo que ella piensa de la relación entre la abuela y la menor”*³.

Llama poderosamente la atención de la Corporación, el hecho de que la madre de J.M.N.M, asegurara que el procesado en ningún momento habría abusado de la menor, cuando aquella, fue enfática en asegurar que no está al pendiente de J.M.N.M porque debe trabajar, además que no ha podido hablar del tema con su hija porque, en algunos momentos llega muy cansada de sus labores y se acuesta a reposar, y en otras

³ Sentencia. Pág. 29

oportunidades, no ha contado con los espacios propicios para dialogar acerca de lo sucedido. No se logra entender así, como se lanza semejante aseveración sobre su pareja sentimental, cuando ni siquiera, después de 2 años de ocurrido el hecho, ha sacado un momento de su tiempo para hablar con su hija sobre lo acaecido, escenario que deja más dudas que certezas, sobre la responsabilidad moral y parental que le asiste a la madre para con su hija J.M.N.M.

También, el juzgador examina la actitud de la abuela para con su hija Nancy Elena, exponiendo, que en su atestiguación fue clara en decir, no observar a su madre hablándole mal a la menor acerca de su pareja sentimental, por ejemplo, hubiese sorprendido o visto o escuchado que la señora Sonia -abuela- estuviese diciéndole a la menor o hablándole con la finalidad que lo rechazara.

Entonces, más que un problema de falta de valoración el quid del asunto estriba en que no se le confiere credibilidad a la madre, por lo que la defensa le correspondía rehabilitar a la testigo, así el juez no se haya ocupado de hacer con detenimiento una crítica a su testimonio. Desde luego que es evidente que, en el enfrentamiento de lo expuesto por la menor y su madre, el sentenciador se inclina por concederle credibilidad a la primera, lo que cobra explicación en que a la progenitora le asistiría el interés de ser solidaria con el procesado, pues era su pareja sentimental.

Para la Magistratura la contraposición de los hechos entre madre e hija en este puntual aspecto sale adelante la versión de la menor, puesto que resulta una aseveración espontánea cuya necesidad de ser falseada no se percibe, en tanto que el procesado llevaba algún tiempo viviendo con ella y su madre, entonces, porque solo hasta ahora, inventarse, el insuceso en cuestión.

Lo expuesto en precedencia obliga a ingresar en el tema concerniente a la credibilidad de la menor. Al respecto, cabe acotar que no se puede acoger la alegación del apelante de que le fuera implantada una idea falsa como verdadera a la niña afectada o que se presentara el síndrome de alienación parental, precisamente porque los dos psicólogos que recepcionaron entrevistas a la menor, no observaron tal circunstancia.

Pero es que tampoco se ha demostrado un motivo que urgiera o determinara la necesidad de distanciar a la niña, aquí reputada de víctima, del lado de su señora madre, en tanto tal como ocurrían las cosas la que se encargaba del cuidado de la menor era la abuela y lo hacía en gran parte de la semana.

Por consiguiente, para que fuera cierta la supuesta motivación para implantar la idea del abuso sexual se debería contar con el concurso de esa ascendiente, lo que no consta. Todo sin considerar que lo común es que a quien se le atribuye falsamente los maltratos y abusos es a personas conocidas que cuentan con el menosprecio de los que atestiguan, quienes,

deliberadamente o por construir en lo imaginario, hacen este tipo de imputaciones que tendría un sentido ostensiblemente injusto frente a un desconocido, frente al cual no se anidan ideas de venganza o retaliación alguna.

Ahora bien, para entender por qué es procedente confirmar la sentencia es menester partir de que la valoración de la prueba se hace en conjunto, en este caso el testimonio de la menor, quien de manera directa señaló al procesado como aquella persona que le toco sus partes íntimas, Sonia Moreno Mosquera – abuela de la menor-, Andrés Duvan Gales Mosquera- hermano de la menor persona que vio cuando el procesado tocaba las partes íntimas de la niña, Nancy Elena Mosquera – madre de la menor-, Juan Ramiro Rojas González- médico forense, Carlos Santiago Restrepo Zapata – psicólogo investigador CTI, personas que en lo esencial y desde lo que alcanzaron a percibir, logran corroborar el dicho de la preadolescente víctima.

Critica también el apelante la reacción asumida por Andrés Duván Gales Mosquera, cuando indicó:

“Yo creería que cerrar la puerta dirían las reglas de la experiencia que le daría más seguridad a cualquier delincuente si tiene ese propósito, Jonatan Matías en ningún momento cerró la puerta de la entrada que eso quedo claro, reconocido incluso, por el mismo señor Duván dentro de audiencia, porque el en ningún momento dijo que tuvo que hacer fuerzas para abrir la puerta y no lo hizo, él dijo que había entrado y había encontrado al señor Jonatan Matías con los pantalones a las rodillas, entonces se pregunta uno, esta relación fáctica tan ilógica que se presenta aquí ¿Si?. Ahora, la contradicción que presenta el señor Duván es titánica, el señor en su momento dice al despacho de que cuando entro al lugar donde habrían

ocurrido los hechos, el procesado tenía a la talla del muslo o de la rodilla los pantalones, vio cuando su hermana estaba siendo agredida sexualmente, en pocas palabras quiso dar a entender eso, y lo cínico de toda esta situación es que, no se le demanda al señor que haga una batalla campal contra el señor Jonatan Matías al encontrarlo presuntamente en flagrancia, no se le demanda que haga una batalla campal y se agarre con él, pero si corre donde la señora Sonia a 4,5 cuadras a llamar a la abuela, pero el juicio de reproche frente a ese acto no es el hecho de haber ido o haber salido corriendo a llamar a la abuela, sino haber dejado a la niña en mano de un agresor, una persona que tiene entrenamiento militar, una persona que tiene sus cabales, no se le demanda pelear mano a mano con el señor Jonatan Matías, porque el reconoció de que en ningún momento el ha peleado con el procesado, pero así como tiene la conciencia para llamar a la abuela, porque esta entendiendo lo malo, debería tener conciencia para salir con su hermana menor de ocho años y llevársela de la escena donde presuntamente ocurrieron los hechos."

No se trata de un fenómeno de observación cotidiana, que permita deducir una regla que, luego, pueda ser utilizada como premisa mayor en un específico proceso inferencial. Además, no puede afirmarse que exista uniformidad en el comportamiento de las personas en ese concreto ámbito, al punto que pueda deducirse una máxima como la que propone el censor, pues una persona que observa que se esta cometiendo un acto contrario a derecho, puede optar por asumir distintas reacciones, y ello por múltiples razones.

Para finalizar se contradice el apelante, cuando advierte que no debe creérsele al señor Gales Mosquera, no obstante, en los alegatos finales da por cierta la versión de aquel, cuando manifestó en su deponencia que nunca había peleado con el procesado, entonces, si eso fue así como de hecho lo afirma la defensa, porque no habría de creerse en sus manifestaciones, o

¿qué intencionalidad tendría aquel en mentir? Ninguna, pues tal como se pudo demostrar, lo narrado por el testigo, es la exteriorización de lo percibido de manera directa, y por ello, salió en busca no de la abuela, como lo quiso hacer ver el apelante, sino de otro de sus hermanos de apelativo “cache”, simplemente que cuando no lo encontró optó por contarle a su ascendiente lo sucedido, y fue en ese instante, cuando la abuela Sonia Mosquera Moreno, decide ir en busca de la menor J.M.N.M., para posteriormente, denunciar el hecho ante las autoridades.

En ese orden de ideas elaboradas, contrario a lo expuesto por el recurrente, considera la Magistratura que con suficiencia se consiguió el estándar de conocimiento para condenar, esto es, a partir de la corroboración periférica se estableció la veracidad de lo expuesto por la menor en su deponencia ante la vista pública y se desvirtuó más allá de duda razonable la presunción de inocencia del acusado.

Conforme a lo anterior, advierte la Corporación que no hay dudas trascendentes sobre la materialidad del punible de actos sexuales con menor de 14 años o la responsabilidad de Johnatan Matía Caballero, como para revocar el primer fallo de condena.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA PENAL DE DECISION**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

8. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó el día 18 de junio de 2021, mediante la cual condenó por primera vez a Johnatan Matía Caballero, como autor del punible de actos sexuales con menor de catorce años agravado, atendiendo las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Contra la decisión asumida procede el recurso extraordinario de casación, en el término previsto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

TERCERO: Devuélvase por Secretaría al Juzgado de Origen la actuación una vez se encuentre en firme la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**


**MARÍA STELLA JARA GURIÉRREZ
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

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: **3c0b370267f66152fd535ca6d14219521cb3f814757209988bbaa78c89a3f794**

Documento generado en 20/01/2023 06:32:00 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

RADICADO: 050016000000202000661
INTERNO: 2021-1625-2
DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO
EXTORSIÓN AGRAVADA
ACUSADO: LUIS EDUARDO CARMONA ESQUIVEL
DECISIÓN: CONFIRMA

Medellín, veinte (20) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 003

1. ASUNTO

Procede la Corporación a resolver la apelación formulada por la defensa pública del señor LUIS EDUARDO CARMONA ESQUIVEL, en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el día 29 de septiembre de 2021, mediante la cual condenó al mencionado ciudadano a las penas de 135 meses de prisión, multa de 10.737,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por encontrarlo responsable del punible de concierto para delinquir agravado en concurso homogéneo de extorsión agravada.

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.

2. RESUMEN DE LOS HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Según quedaron reseñados en el fallo objeto de impugnación, los hechos por los que se contrae la presente actuación tuvieron su génesis en actividades investigativas adelantadas por personal de Policía Judicial, tendientes a la individualización, ubicación y judicialización de integrantes de la organización criminal denominada Autodefensas Gaitanistas de Colombia, la cual ha tenido permanencia en el tiempo, debidamente jerarquizado, con pluralidad de personas y distribución de los roles para cada uno de sus integrantes, con la finalidad de traficar estupefacientes, y delitos conexos como porte de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas y de defensa personal, extorsiones, homicidios selectivos, desplazamientos y desapariciones forzadas.

Con base en dichas labores investigativas, la Fiscalía General de la nación, obtuvo la identificación e individualización del señor LUIS EDUARDO CARMONA ESQUIVEL, alias LUCHO, quien hizo parte de las filas de esa empresa criminal, en calidad de cobrador de extorsiones, a los comerciantes del municipio de Turbo, a los cuales amenazaba e intimidaba, determinándose que en los días 10 de octubre y 10 de noviembre de 2018, recogió la suma de 300.000 por exigencias económicas que le realizara al señor Jesús María Guzmán Salazar, administrador del establecimiento comercial de razón social “El palacio del Jeans”, ubicado en la zona céntrica de la municipalidad.

3. SINTESIS DE LA ACTUACIÓN CUMPLIDA

Por tales hechos, las audiencias preliminares concentradas se celebraron el 22 de mayo de 2019 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Apartadó. Allí el delegado de la Fiscalía imputó al indiciado la autoría a título doloso del punible de concierto para delinquir agravado en concurso con extorsión agravada. Además, la Judicatura impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

Como el imputado guardó silencio ante los cargos enrostrados, la Fiscalía presentó escrito de acusación que correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia. El 11 de agosto de 2020 asume el conocimiento de las presentes diligencias por el punible de “CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS”², llevándose a cabo ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, la respectiva audiencia en sesión del 08 de noviembre de 2020, diligencia en la cual, el fiscal delegado para la causa solicita la conexidad de los procesos radicados 05001600000202000661 seguido en contra de Abel Antonio Borja y 05001600000201901155 llevado en contra de Luis Fernando Carmona Esquivel, misma que fuera apelada por la defensa del procesado Carmona Esquivel, ordenado esta misma Sala de Decisión, mediante auto del 15 de abril de 2021, que el Juzgado Tercero Penal del Circuito siguiera conociendo ambas causas.

Seguidamente, la diligencia preparatoria tuvo lugar en sesión del día 27 de mayo de 2021. El juicio oral se surtió entre el 24 al 27 de agosto de 2021, siendo en esta última calenda que la Judicatura

² Así se plasmó en el auto que avocó el conocimiento.

dictó sentido de fallo condenatorio. La lectura de sentencia por su parte se celebró el pasado 29 de septiembre de la anualidad anterior.

4. LA SENTENCIA RECURRIDA

La primera instancia, después de repasar lo acontecido en el juicio oral, se ocupó de definir los hechos que encontraban respaldo probatorio, en esencia a partir de lo que fue objeto de estipulación.

Entre tales supuestos fácticos determinó que había sido acreditada la existencia del grupo armando y en razón a la problemática que se vive en esa zona del país, fueron desplegadas labores investigativas por parte de unidades de la Policía GAULA Urabá, permitiendo vislumbrar la existencia de un grupo de personas pertenecientes a este grupo, que ejercían actividades relacionadas con el cobro de extorsiones al sector comercio de dicha municipalidad, de forma periódica, bajo amenazas e intimidaciones y con el propósito de financiarse y mantener su imperio criminal. Ese aspecto fue acreditado no solo por los testigos de cargo, sino también con los testigos de la defensa, quienes como coprocesados aceptaron su responsabilidad penal manifestando haber pertenecido a dicha organización criminal y haber extorsionado a diferentes establecimientos de comercio en el municipio de Turbo, entre ellos, al “Palacio del Jean”, quedando con ello demostrado incluso, la existencia también de éste, dejando claro que de las cuotas extorsivas mencionadas por el coprocesado testigo en este juicio que dijo haber cobrado en el Palacio del Jean, lo fueron para meses diferentes a los que dijo la víctima había entregado a Luis Eduardo Carmona Esquivel.

Explicó que la Fiscalía contó con el testimonio de Yesid Arias Nieto, investigador líder en este proceso, y quien de conformidad con la información que obtuvo, estableció la existencia de la agremiación criminal que delinquiría en el municipio de Turbo, aclaró que la investigación inició por fuente no formal la cual suministró información acerca de extorsiones en contra de comerciantes por grupos al margen de la ley, particularmente del Clan Del Golfo. Mencionó algunos establecimientos de comercio de los cuales se verificó que existen en Turbo y algunos alias de integrantes que participaban del cobro de extorsiones como *Niño* de nombre *Abel Antonio Borja*, *El Chino* de nombre *Víctor Hernández Lucas*, *Lucho* y *otros*, que en efecto hicieron parte de esta organización y fueron condenados por los hechos de controversia.

Recalcó el logro por parte del ente persecutor de identificar e individualizar a alias *Lucho* como Luis Eduardo Carmona Esquivel, cuando en una oportunidad se le solicitó por la Policía los documentos de identificación y no los portaba, encontrándosele en esa oportunidad en los bolsillos del pantalón un documento con un listado de nombres de establecimientos de comercio del sector, entre estos "El Palacio del Jean" administrado por el señor Jesús María Guzmán, además, de que conducía una motocicleta Auteco platino 100 color azul y negro, de placas YJR- 50D, misma que suministró la fuente no formal y que según los comerciantes, esta persona era el encargado de cobrar extorsiones en el sector comercio de Turbo; lo cual quedó consignado en el libro de población a folio 263 el cual fue incorporado por la Fiscalía en sus apartes respectivos.

Igualmente dio cuenta de una diligencia de reconocimiento fotográfico, en la que el señor Arias Nieto manifestó que la víctima reconoció al procesado, pese a la similitud que tenía el procesado con los otros siete sujetos que lo acompañaban en ese álbum fotográfico, el testigo no dudó en reconocerlo.

Explicó el a-quo en su decisión, el testimonio del señor Jesús María Guzmán Salazar, lo halló coherente, sin ninguna animadversión o deseo de perjudicar al procesado, con buen comportamiento, sanidad mental y capacidad de recordar aspectos precisos que fueron corroborados y demostrados en juicio por los testigos de acreditación.

Por otra parte, aseveró que los investigadores Kevin Stiven Cárdenas Torres Y Yesid Arias encontraron que la información dada por la víctima Jesús María, respecto de la motocicleta de placas YYR-50D, coincidía con el mismo rodante en el que se movilizaba el procesado, siendo reforzada también con la consulta al RUNT donde se encontró una infracción de tránsito para el año 2016 a nombre del encausado como propietario de la misma.

En cuanto a la permanencia y durabilidad de la empresa acordada y de la concertación del procesado con ésta, además de los testimonios de cargo, los testigos de descargo Abel Antonio Borja y Víctor Hernández Lucas, quienes aceptaron haber pertenecido a la subestructura central Turbo para el 2018, el segundo de ellos dio a conocer el alias de *Junior*, como uno de los principales cobradores de extorsiones que tenía la organización, alias que mencionó también la víctima cuando sostuvo comunicación con *Junior* mediante llamada telefónica que se hizo dentro del local comercial

“El Palacio del Jean” el 10 de octubre de 2018, cuando fue por primera vez Lucho pasándosele al teléfono y refiriéndose a él como el patrón, pues se había presentado un cambio de cobrador autorizándolo para reclamar el dinero de las extorsiones, dijo reconocer su voz pues habían hablado con anterioridad; si bien, estos manifestaron no conocer a nadie con el nombre de Luis Eduardo Carmona Esquivel, ya que solo se conocían por medio del alias o chapa, percibió el fallador primigenio un testigo mendaz, sin que con ello quede desvirtuada su vinculación, más bien el ánimo de favorecer al procesado.

Para la primera instancia, no hacía falta probar la existencia del establecimiento comercial denominado “El Palacio del Jean” ni quien era su propietario como tampoco si sabía del dinero entregado, pues con los testigos de cargo, como sus mismos testigos dieron cuenta de que éste si existía en la zona centro del municipio de Turbo, cuál era su razón social, a qué estaba dedicado. Tampoco era necesario demostrar la legalidad o ilegalidad del establecimiento comercial, como quiera que no era el hecho a debatir ni el objeto de la acusación, si no la repercusión que tuvo la acción ilícita desplegada por el procesado, es decir, que la recolección del dinero al administrador del Palacio del Jean era producto de una exigencia económica de al cuál el procesado conoció previamente cuál era la finalidad de presentarse los días 10 de cada meses en ese y otros establecimiento de comercio de la zona céntrica de Turbo, es más, con lista en mano para chequear a quien ya le iba cancelando la mesada; sin embargo, por principio de libertad probatoria, se probó con el testigo Jesús María Guzmán, administrador del local, quien dijo tenía todos los documentos de cámara de comercio y demás que acreditaban su existencia, así

mismo, y como si fuera poco, uno de los testigos de la defensa no solo refirió al establecimiento de comercio como uno de los que existían en Turbo, sino de los que él como integrante del Clan del golfo para principios de 2018 era quien pasaba a recoger la cuota extorsiva, esto es, no solo da cuenta de que el negocio existe sino de la calidad de víctima y de quién el victimario.

En suma, la primera instancia en la parte resolutive de su sentencia condenó al señor Luis Eduardo Carmona Esquivel como *autor* del delito de concierto para delinquir agravado con fines de extorsión, y le irrogó las penas en su calidad de principales de 135 meses de prisión y multa de 10.737.5 SMMLV y de accesoria la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por aquel lapso, sin la concesión de subrogado o sustituto alguno.

5. LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Para sustentar los reparos contra el fallo recurrido, que lo son enfocados a discrepar con el mérito dado a las diversas pruebas aportadas en desarrollo de la presente causa, el defensor de Luis Fernando Carmona Esquivel, retoma extractos de la decisión recurrida, al tiempo que expone su criterio divergente en relación con los mismos.

Así, comienza por destacar el alcance dado a la declaración del investigador de policía judicial Yesid Arias Nieto, funcionario que nunca observó a su defendido concertándose con otros integrantes de la estructura criminal, por lo que no es aceptable construir un juicio de responsabilidad, con base en suposiciones.

Tampoco puede ser creíble lo depuesto por el investigador de policía Yesid Arias Nieto, ante las discordancias en su dicho, que surgieron entre él y el investigador Kevin Cardona, en la manera como se inició la investigación criminal, pues mientras el primero indicó que la investigación se inició por una fuente no formal, el segundo, explicó que fue por una “noticia en un canal abierto como radio, televisión o periódico”, deposiciones, que solo generan confusión y no certeza.

El a-quo dejó de lado, los criterios técnico científicos, los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia y las reglas de la experiencia, al darle un valor distinto a lo anotado en el libro de población de la Estación de Policía de Turbo es claro, tal como lo indicó el investigador Yesid Arias Nieto, el ciudadano fue conducido porque no tenía ningún documento a la mano que lo identificara, reprochando que se detuvo a su prohijado, sin conocerse, si en verdad la misma persona detenida, respondía al nombre de Luis Eduardo Carmona Esquivel. Por lo tanto, tal prueba carece de objetividad para ser valorada como tal, incluso ni prueba de grafología para determinar si la firma correspondía con la de su defendido.

El fallador de primer grado incurrió en un falso juicio de identidad al cercenar el testimonio del perito en fotografía Jairo Andrés Morales Hernández, como quiera que aquel había entregado las plantillas de manera personal cuando se probó que las envió vía magnéticas. Así, como también valoró un documento entregado por la presunta víctima, por un supuesto Lucho o Luis, pero sin hacer referencia a su poderdante.

Para la defensa, resulta increíble que la víctima recordara con total precisión los aspectos facticos del hecho, la placa de la moto y el rostro de una persona que nunca había visto ni antes después de los presuntos hechos, sin recordar otras situaciones trascendentales, lo que denota la preparación del testigo, trayendo a colación cada una de las anomalías en su dicho, mismas que fueron objeto de impugnación de su credibilidad por su parte.

Afirma que los testigos de descargo fueron contundentes en afirmar que no conocían al señor Luis Eduardo Carmona Esquivel, de ningún modo lo vieron participando en actividades ilícitas o perteneciendo a la empresa criminal, sin embargo, la judicatura a más de no darles crédito, no explica los fundamentos de su raciocinio, situación que reconviene.

Acto seguido, manifiesta *in extenso* las razones por las cuales el procesado no incurrió en la conducta punible de concierto para delinquir, sin que se hallare comprobada su tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Considera así, que la conducta es atípica por falta de uno de los elementos objetivos del tipo como es el sujeto pasivo del delito, como quiera que la presunta víctima no era el dueño del almacén objeto de extorsión sino el administrador, además de no acreditarse la existencia de dicho establecimiento de comercio.

Sostiene que, si su defendido fuese miembro de la estructura criminal “clan del golfo”, misma que es temida entre la comunidad, no se entiende por qué interpuso querrela cuando fue apuñalado por otro ciudadano, al parecer, porque el procesado salía con su mujer, pues de estar en la ilegalidad, aquel hubiera cobrado venganza por

sus propios medios y no habría acudido ante la justicia, afín de arreglar aquel percance.

Aduce, además, el desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a las partes, con la transgresión del principio de congruencia.

Señala que mientras en la formulación de acusación se hizo alusión a 2 eventos extorsivos, en el juicio oral se trajeron a colación 3 eventos, además que el 2 evento acusado no es el mismo evento factico traído a juicio, entonces en cuanto el segundo evento que fue imputado y acusado no es el mismo por el que fue condenado.

Compara la acusación, y como abordó el a-quo la cuestión fáctica, para así explicar “que el segundo evento acusado el día 10 de noviembre de 2018 llegó mi prohijado en compañía de otros dos sujetos a cobrar la cuota, pero el testigo en juicio refirió que dichos actos se presentaron el 10 de diciembre de 2018 los cuales no fueron objeto de acusación, sin embargo en la acusación se dice que el 10 de diciembre llegaron al local solo los dos sujetos a cobrar la extorsión que habían ido con mi prohijado el 10 de noviembre al negocio, entonces no existe congruencia fáctica entre el segundo evento imputado y acusado del 10 de noviembre de 2018 y lo dicho por el testigo en juicio”. Insiste en que la desarmonía entre la acusación y la sentencia es sustancial, debido a que se valoró un hecho que nunca fue considerado en la acusación.

En conclusión, la apreciación correcta de los medios de prueba impide que el fallo condenatorio subsista. La fuerza de los

contraindicios se opone a los razonamientos que el a-quo elaboró a partir de inapropiados juicios surgidos de la errónea apreciación de las pruebas, elevando así, varios pedimentos, a saber:

Primero se declare atípica la conducta de extorsión agravada y en consecuencia absuelva a su prohijado, como quiera que no se conoció con contundencia quien fue el sujeto pasivo del delito, segundo se absuelva a su defendido del delito de Concierto Para delinquir como quiera que no se probó el vínculo de su defendido con el grupo ilegal, tercero, se elimine la agravante del delito de extorsión como quiera que no se probó probada tal circunstancia. Con todo ello, demanda la cancelación de la orden de captura que reposa en su contra.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

Está verificada la competencia del Tribunal de conformidad con lo previsto en el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2004 para conocer la tensión en esta oportunidad planteada.

5.2. Problema jurídico

Acogiendo la limitación temática que impone la apelación, la Sala se ocupará de resolver los aspectos objeto de apelación presentados por la defensa del procesado, sin que sea permitido agravar la situación del procesado ya que la defensa es apelante único.

Del texto del recurso se observa que la defensa de Luis Eduardo Carmona Esquivel presenta dos situaciones procesales que deben definirse por separado, violación al principio de congruencia y valoración probatoria; por virtud del principio de prevalencia se analizará como primer problema jurídico si en el proceso de aducción probatoria se ha incurrido en quebrantamiento de normas de rango fundamental o legal que impliquen nulificar lo actuado por violación a garantías y derechos fundamentales.

Superado el análisis anterior, se procederá a valorar los medios probatorios debidamente incorporados al proceso penal para determinar si existen sustentos que permitan confirmar o, por el contrario, su poder suasorio no permite edificar una sentencia condenatoria imponiéndose la obligación de emitir una decisión absolutoria.

Violación al principio de congruencia

En su exposición la defensa denunció irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso por infracción al principio de congruencia.

Alega desde el punto de vista fáctico, la falta de coincidencia temática entre los cargos formulados en la audiencia de acusación y la sentencia. En la primera, la fiscalía – anota el recurrente – hizo alusión a un amplio programa investigativo que permitió, mediante interceptación de comunicaciones, vigilancia de personas y agentes encubiertos, al servicio de la organización “Clan del Golfo”, su composición y la función de algunos de sus integrantes.

En la audiencia de formulación de acusación, la fiscalía describió los hechos jurídicamente relevantes, los cuales se pueden sintetizar, en cuanto a su núcleo esencial, así:

“la Fiscalía general de la Nación, formula acusación contra el ciudadano Luis Eduardo Carmona Esquivel, identificado con la cédula de ciudadanía 1.045.495.774 expedida en el municipio de Turbo – Antioquia, y demás generales de ley, ya indicados en esta audiencia, como coautor de los presuntos delitos de concierto para delinquir agravado, previsto en el artículo 340 inciso 2, en concurso heterogéneo con un concurso homogéneo de extorsiones agravadas, por dos eventos, del 10 de octubre de 2018 y 10 de noviembre del 2018, artículo 244, 245 numerales 3 y 6, de acuerdo a los siguientes hechos jurídicamente relevantes.

De acuerdo con la actividad investigativa realizada por la policía judicial, del GAULA y con base en los elementos materiales probatorios recaudados, se tiene que en el municipio de Turbo Antioquia, en los corregimiento de currulao, el dos y el tres, de la subregión del Urabá Antioquia, desde el mes de octubre del año 2018, el ciudadano LUIS EDUARDO CARMONA conocido con el alias de “LUCHO” y otro con el alias de “CHINO” de manera libre y voluntaria decidieron asociarse con otros sujetos, entre ellos, CARLOS MARIO BELTRAN ARAUJO alias de “JUNIOR” y JUAN CAMILO ARROYO, conocido con el alias de “JUANCHO”, y formar parte de un grupo organizado conocido con el “clan del golfo”, cuyos integrantes se concertaron para cometer delitos, entre ellos, EXTORSIONES, DESPLAZAMIENTOS FORZADOS, HOMICIDIOS SELECTIVOS Y OTROS PUNIBLES INDETERMINADOS, concertación que se hizo, con el fin de obtener el control territorial del sector para hacerse de las rentas que se derivan de la llamada vacuna a los establecimientos de comercio, acción que se ejecutaba, amenazando y constriñendo a sus victimas para que entreguen sumas de dinero, organización dentro de la cual, CARMONA ESQUIVEL Y OTROS, cumplen el rol de recolectar las exigencias dinerarias.

Ahora bien, conforme a la denuncia presentada por el ciudadano Jesús María Guzmán Salazar, administrador del establecimiento de comercio denominado “el palacio del jean” ubicado en el municipio de Turbo – Antioquia, se tiene que este comerciante ha sido constreñido en varias oportunidades, del mes de enero del año 2018, a unos sujetos a los que se logró identificar como LUIS EDUARDO CARMONA ESQUIVEL Y OTROS, quienes le exigieron el pago de sumas de dinero, a cambio de no atentarse contra su vida o sus bienes, sujeto que dice ser parte de las AUG, y se presentan a su establecimiento como emisarios de alias “JUNIOR”, el cual se movilizaba en una motocicleta de marca platino, con placas YZR 50D, quien le exigió la suma de \$300.000, dinero que debió entregar ante el temor que sintió

por las consecuencias dañinas, que conllevarían el no cumplir con las exigencias, dado que había sido amenazado por estas personas, que aducen ser miembros de la organización criminal. Luego el 10 de noviembre de esa misma anualidad, llegó nuevamente alias "LUCHO", en compañía de otros dos sujetos y le exigieron de nuevo \$300.000, dinero que debió entregar la víctima, logrando la policía judicial, a través de diferentes actos de investigación, identificar que efectivamente esta persona corresponde al señor de LUIS EDUARDO CARMONA ESQUIVEL, quien va a recogerlos.

Posteriormente, el 10 de diciembre de 2018 se presentaron al establecimiento de comercio dos personas que el mes anterior habían acompañado a alias "LUCHO", para recibir el pago de los \$300.000. ya para el día 14 de enero hicieron presencia los mismos dos sujetos que habían ido los dos meses anteriores y reclamaron la cuota extorsiva de \$300.00. El 14 de febrero de 2019 llegaron de nuevo los mismos individuos que habían estado los meses anteriores a realizar el recibimiento de ese dinero, el señor Guzmán le preguntó a uno de ellos, como se llamaba y esta persona le responde que "EL CHINO", a quien hace entrega de los \$300.000. Esta persona salió del almacén, e ingresó un conocido de la víctima, quien al parecer sabe, que esa persona es quien esta cobrando las extorsiones en el comercio, y le informa que este sujeto responde al nombre de VICTOR HERNÁNDEZ LUCAS y que se moviliza en la motocicleta de placas EWH60G.

Finalmente, el 14 de marzo de 2019, alias EL CHINO, se presenta al almacén del señor Guzmán y le exige de nuevo la cuota extorsiva por valor de \$300.000.

Atendiendo esos hechos jurídicamente relevantes, su señoría, entonces la acusación en contra de este ciudadano LUIS EDUARDO CARMONA ESQUIVEL, es como ya se indicó, en calidad de coautor del delito de concierto para delinquir agravado, en concurso heterogéneo, en concurso homogéneo, de extorsiones agravadas de acuerdo a los hechos resaltados de estas exigencias económicas, que son del 10 de octubre de 2018 y del 10 de noviembre de 2018, agravadas por el numeral 3 y 6 del mismo ordenamiento penal.

Con base en lo leído, el ente persecutor acusó en calidad de coautor a Luis Eduardo Carmona Esquivel, de la comisión de los delitos de concierto para delinquir agravado, en concurso heterogéneo y homogéneo de dos extorsiones agravadas N° 3 y 6 del código penal.

La congruencia entre la acusación -acto condición en el que se define el marco conceptual fáctico y jurídico de la pretensión

punitiva del Estado—, y la sentencia, es un principio del debido proceso que incorpora la lealtad como elemento de configuración de un juicio justo³, en cuanto allí se define el objeto de controversia y la garantía de que el procesado no será condenado por hechos ni delitos no contemplados en la acusación.

La congruencia se predica fundamentalmente de la cuestión fáctica, que no puede ser modificada en su núcleo esencial. La jurídica admite matices, puesto que es posible modificarla si comporta beneficios para el acusado. Ambas conforman la garantía definida en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, según la cual nadie puede ser declarado culpable por *“hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*.

En lo estructural, la acusación, como acto condición y presupuesto de la sentencia, debe contener la descripción clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, es decir, la delimitación del supuesto fáctico desde la perspectiva del tipo penal cuya aplicación se solicita (*artículo 337 de la Ley 906 de 2004*). No se trata de indicar medios de prueba, o hechos indicadores, sino hechos jurídicamente relevantes y su correspondencia con el tipo penal, con la indispensable mención a la antijuridicidad y culpabilidad del autor⁴.

Aun cuando el delegado del ente acusador, fijado para la causa, en sustitución del titular de la indagación, mencionó una serie de

³ SP del 23 de septiembre de 2019, radicado 46832.

⁴ SP del 08 marzo 2017, Rad. 44599; SP del 08 marzo 2017, Rad. 44599, SP 7 de noviembre de 2018, radicado 52507, entre otras.

actos de investigación –lo que haría que se cuestione la acusación desde la rigidez de un único modelo de exposición del hecho jurídico relevante—, no existe ambigüedad en cuanto al supuesto fáctico, puesto que, tratándose del delito de extorsión, el cual es el reproche del apelante, la fiscalía fue enfática en manifestar que:

“la Fiscalía general de la Nación, formula acusación contra el ciudadano Luis Eduardo Carmona Esquivel, identificado con la cédula de ciudadanía 1.045.495.774 expedida en el municipio de Turbo – Antioquia, y demás generales de ley, ya indicados en esta audiencia, como coautor de los presuntos delitos de concierto para delinquir agravado, previsto en el artículo 340 inciso 2, en concurso heterogéneo con un concurso homogéneo de extorsiones agravadas, por dos eventos, del 10 de octubre de 2018 y 10 de noviembre del 2018, artículo 244, 245 numerales 3 y 6, de acuerdo a los siguientes hechos jurídicamente relevantes”.

Así, la fiscalía, aparte de contextualizar la conducta fue, en la referencia a los elementos básicos del tipo penal imputado, bastante explícita (artículo 337 de la Ley 906 de 2004). Expuso cómo se presentaron los dos hechos extorsivos, la manera como realizaba la labor el procesado y destacó la finalidad de la conducta y el papel de Luis Eduardo Carmona Esquivel en la misma. Abordó el tema de la organización criminal y el rol que le correspondía realizar al acusado: recolección de dinero, como consecuencia de las extorsiones a los comerciantes del municipio de Turbo.

Luego, en la decisión de primera instancia, respecto al concurso homogéneo de extorsiones, aspecto que ya había quedado de presente en el escrito de acusación, el a-quo valoró lo siguiente:

“Finalmente, expresó que para el 10 de diciembre de 2018 llegó nuevamente **LUCHO** al establecimiento comercial “El Palacio del Jean”, pero en esa oportunidad acompañado de otras dos personas, se le acercó para cobrarle la cuota únicamente él, pero al notar que se había quedado viéndolos, le manifestó que eran sus compañeros, lo cual refuerza el hecho de la concertación que tenía con otras personas que fueron plenamente identificadas y que hacían parte de una agremiación criminal con fines de extorsión en el municipio de Turbo, como quedo fincado en líneas precedentes. **Dese cuenta entonces que la Fiscalía solo solicitó condena por los hechos del 10 de octubre y 10 de noviembre de 2018, por lo que guarda armonía con el principio de congruencia entre lo acusado y lo solicitado en juicio, de tal manera que con ello no se avizora transgresión de principios ni garantías fundamentales.**

(...)

Además, indicó el testigo víctima que siempre que **LUCHO** iba, sacaba un papelito con nombres de establecimientos comerciales como Promociones 101, Pisi Motos, entre otros, incluyendo “El Palacio del Jean”, y que marcaba con una “X” al frente del negocio que pagaba. Para la Judicatura, el análisis anterior, sumado a que el testigo reconoció y señaló certeramente al procesado en banco de imágenes, no deja duda que **LUCHO** es el alias con el que se le conoce al ciudadano **LUIS EDUARDO CARMONA ESQUIVEL** y, que fue éste, quien en dos oportunidades llegó al establecimiento comercial que administraba el señor Jesús María Guzmán Salazar para realizarle exigencias económicas cada una por valor de trescientos mil (\$300.000) pesos, en nombre de la organización criminal Subestructura Central Turbo del Clan del Golfo, lo cual de por sí producía coacción en la víctima, pues el miedo o temor que le generaban las amenazas que este grupo hacía y de la zozobra que mantenía el sector comercio se vio obligado a ceder, ello tuvo la capacidad de doblegar su voluntad para lograr obtener el provecho ilícito.

Igualmente, expuso que por causa de esas amenazas tuvo que salir de ese negocio y de la zona donde se encontraba, sin que fuera necesario que el procesado cada vez que fuera al “Palacio del Jean” intimidara a la víctima, pues ese

constreñimiento se había generado desde tiempo antes y era de conocimiento público que en esa zona la organización CLAN DEL GOLFO desplegaba sus actividades criminales. En consecuencia, se encuentran acreditadas esas dos circunstancias de agravación del delito de extorsión que le fueron imputadas al enjuiciado, **de paso se resuelve a la defensa el malestar que le causa que la fiscalía haga mención a tres extorsiones cuando la acusación se refiere a dos, lo cual no resulta para nada desacertado, pero que sí con suerte, pues los dos eventos narrados por la Fiscalía en la acusación resultaron probados y otro más que no le fue enrostrado, por lo cual, desde ya se exhorta, bien puede iniciar sus actos de investigación, pues los hechos jurídicamente relevantes no cobijaron los hechos del 10 de diciembre de 2018, quedando por principio de congruencia solo los eventos del 10 de octubre y 10 de noviembre del mismo año.**"(Subrayas fuera de texto)

Desde ese escenario, la descripción fáctica de la conducta de acuerdo con los hechos enrostrados en la acusación, el juez singular, los respetó en esa dimensión, sin ir ni menos ni más allá de la acusación, por lo cual la simetría entre los dos actos es perfecta, al punto de zanjar la inconformidad del apelante, brindándole contestación a su alegato de cierre.

En ese orden, La Sala no observa que el a-quo haya desbordado el núcleo fáctico de la acusación por el cual fue acusado Luis Eduardo Carmona Esquivel, y menos los parámetros trazados por la fiscalía. La simetría entre acusación y sentencia no se desconoce en modo alguno, como quiera que las dos extorsiones endilgadas al procesado fueron las valoradas a efectos de ser sancionado por ese punible.

Por eso, los hechos de fecha 10 de octubre y 10 de noviembre de 2018, fueron los mismos que tuvo en cuenta el a-quo para condenar al procesado por el concurso homogéneo de extorsiones,

manteniéndose en la sentencia en el sentido expuesto en la acusación. Por eso, la postulación no prospera.

Los cargos relacionados con la adecuación típica del delito de concierto para delinquir.

Teniendo en cuenta que uno de los reproches formulados por el apelante en contra de lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel, está circunscrito en cuestionar que en el presente asunto no estaba demostrada la ocurrencia del delito de concierto para delinquir porque, según el apelante, como quiera que no se logró establecer que su defendido se hubiese concertado con otros miembros de la organización criminal, esto es, inexistencia del elemento objetivo, sujeto activo.

Además, que tampoco se probó la existencia de la víctima, como quiera que quien, cancelaba los dineros producto de las extorsiones era el administrador del local y no el dueño, por lo que falta otro elemento del tipo objetivo, que es la existencia del sujeto pasivo.

Para abordar el análisis propuesto por el apelante, debemos tener en cuenta que de un análisis que el artículo 340 C.P. hace del delito concierto para delinquir, se tiene que, para la adecuación típica del reato de marras, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) La intervención o participación de un número plural de personas en la comisión del delito.
- 2) Que entre los intervinientes exista un convenio o un acuerdo de voluntades que dé origen a una especie de asociación criminal de vigencia temporal indefinida.

- 3) Que el convenio o el acuerdo de voluntades tenga como finalidad la comisión indeterminada de delitos. Pero, en aquellos casos en que el convenio o el concierto sea para la comisión de una modalidad delictiva específica o especial, estas también deben ser de carácter genérico e indeterminado.
- 4) Que el objetivo común de la asociación criminal no esté determinado y limitado en el tiempo.

De lo antes expuesto, se desprende que una de las características esenciales del delito de concierto para delinquir es la de ser un reato de aquellos denominados como *delitos de peligro*, de naturaleza autónoma y de carácter permanente, lo cual quiere decir que el delito se consuma por el simple hecho que el sujeto agente pertenezca a una organización o asociación criminal en la que sus integrantes llegaron a un acuerdo para la comisión indeterminada de conductas punibles, sin que importe que los complotados cometan o no los delitos objeto de la asociación; además, la consumación de tal comportamiento se prolonga durante todo el tiempo en el que dure la sociedad delincencial.

En tal sentido, sobre la naturaleza del delito de concierto para delinquir la doctrina ha dicho que:

“Es un delito de mera conducta en donde se sanciona el simple acuerdo, la decisión común de varias personas que se proponen cometer indeterminados delitos con la idea de crear un estado delictivo entre los asociados, de forma tal que su comportamiento constituye una amenaza para la seguridad colectiva...”⁵.

⁵ CRUZ BOLIVAR, LEONARDO en: Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Página # 440. 1ª Edición. Ediciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2.003.

De igual manera, de vieja data, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho lo siguiente:

“La pertenencia a la organización define la tipicidad de la conducta. Basta probar que la persona pertenece o perteneció a la agrupación criminal para que la acción delictiva pueda serle imputada, sin que importe, para estos concretos fines, si su incorporación se realizó a partir de la creación de la sociedad criminal, o desde un momento posterior, ni el rol que haya desempeñado o podido desempeñar en el cumplimiento de sus designios criminales.

Siendo de la esencia de la ilicitud la existencia de una asociación criminal que actúa como entidad delictiva, la conducta se entiende realizada en el lugar donde ésta desarrolla su actividad criminal, o donde proyecta su accionar delictivo, pues lo que debe mirarse, en estos eventos, es la actividad de la organización como tal, como empresa delictiva, no la de sus miembros aisladamente considerados...”⁶.

Lo primero que se debe precisar es que no hay controversia en torno a la existencia de una organización criminal que opera en el bajo Cauca y otras zonas de país, denominada “Autodefensas Gaitanistas de Colombia” o “Clan del Golfo”, cuyos miembros se han asociado con el propósito indeterminado de desplazamientos forzados, homicidios selectivos, otros punible indeterminados y de extorsionar a los comerciantes del municipio de Turbo, a quienes a modo de exacción le exigían el pago de una suma de dinero a cambio de garantizar su seguridad.

Así lo informaron dentro de esta actuación los investigadores Yesid Arias Nieto, Luis Fernando Canaval Moreno, Kevin Steven Cárdenas Torres y Jairo Andrés Morales Hernández, quienes dieron cuenta de

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 22 de Julio de 2.009. Rad. # 27852.

los seguimientos y pesquisas realizadas que permitieron la captura y judicialización de algunos de sus integrantes, unos de los cuales ya han sido condenados por el hecho, entre quienes figuran Víctor Hernández Lucas, Abel Antonio Borja, alias "Junior", entre otros.

Ninguna duda se cierne, por consiguiente, frente a la materialidad del delito de concierto para delinquir del artículo 340 del C.P., cuyos elementos estructurales concurren en este caso en relación con dicha organización delictiva, a saber: primero, la existencia de un acuerdo de voluntades entre varias personas; segundo, que tenga como propósito la comisión de delitos indeterminados, aunque pueden ser determinables en su especie (en este caso específicamente contra la salud pública para traficar con estupefacientes); tercero, vocación de permanencia y durabilidad de la empresa acordada, y cuarto, que la expectativa de realización de las actividades propuestas permita suponer fundadamente que se pone en peligro la seguridad pública⁷.

De la misma forma, tampoco está en tela de juicio que se está ante la modalidad agravada del inciso segundo del precepto en cita, en cuanto el concierto tenía por fin extorsionar, lo que se traduce, en un desvalor de acción, por el mayor grado afectación al bien jurídico protegido de la seguridad pública.

Definido lo anterior, el problema jurídico que se debe resolver, entonces, radica en establecer si hay fundamento probatorio que sustente la responsabilidad penal del aquí procesado LUIS EDUARDO CARMONA ESQUIVEL como coautor del delito de concierto para

⁷ CSJ SP12540-2015, rad. 38154; SP2772-2018, rad. 51.773; SP4543, oct. 6 de 2021, rad. 59801 y SP592, mar. 2 de 2022, rad. 50621.

delinquir agravado, por hacer parte de la referida organización delictiva dedicada a un número de punibles indeterminados y de cobrar los dineros extorsivos a los comerciantes del municipio de Turbo, en los términos en que fue acusado y condenado en primera instancia, en calidad de “coautor de los presuntos delitos de concierto para delinquir agravado, previsto en el artículo 340 inciso 2, en concurso heterogéneo con un concurso homogéneo de extorsiones agravadas, por dos eventos, del 10 de octubre de 2018 y 10 de noviembre del 2018, artículo 244, 245 numerales 3 y 6”.

La censura contra la sentencia de primer grado centra la discusión jurídica en la valoración probatoria para definir la participación y de suyo, responsabilidad del acusado en los delitos endilgados por ente persecutor.

Para controvertir el argumento de la participación y responsabilidad, el defensor controvierte las apreciaciones del fallador de instancia buscando evidenciar los yerros cometidos al analizar la prueba de cargo, en especial por la construcción de los máximas de la experiencia, reglas de la lógica y principios de la ciencia, por la tergiversación del contenido de los testimonios, porque se les dio un alcance diverso al que realmente tenía o por la desatención de la prueba de refutación, todo ello para concluir que no existe soporte válido en la condena.

Al compás de lo señalado, la Sala resalta que la tesis del opugnante se asemeja a un ataque de la decisión de primera instancia en sede extraordinaria de Casación, pues su análisis se afina en la violación indirecta de la ley sustancial, a partir de errores de hecho que se

configuran por falsos juicios de existencia y falsos juicios de identidad, que desencadenan en su sentir, falsos raciocinios.

Dicho lo anterior, lo primero que se advierte es que la responsabilidad del procesado, tal como la planteó el cognoscente, está soportada en prueba directa e inferencias indiciarias. Veamos:

Se escuchó en diligencia pública al señor Jesús María Guzmán Salazar, quien como víctima, fue enfático en manifestar que el procesado llegó hasta el negocio que administraba, denominado el "Palacio del Jean", a principios de octubre del 2018 se le presentó un muchacho con el nombre de "Lucho" manifestándole que pertenecía a las Autodefensas Gaitanistas e iba a cobrar la vacuna, le dijo que iba de parte de *Junior*, como le respondió que no sabía quién era, llamó telefónicamente a *Junior* y lo comunicó con él diciéndole que hablara con el patrón, una vez conversaron, esta persona le confirmó que aquel iba por la cuota del mes, los \$300.000 pesos, por lo que le entregó dicha suma de dinero a quien se identificó como *Lucho*, evento que repitió en el mes de noviembre y diciembre.

A efectos de lograr la identificación del encausado, se le puso de presente álbum fotográfico compuesto por 8 fotografías, señalando la imagen No. 3 del álbum No. 02-2019 que corresponde en el listado de imágenes a Luis Eduardo Carmona Esquivel. Dijo que a esta persona alias LUCHO lo vio en tres oportunidades en el negocio, siempre de día.

Este testimonio es prueba directa de responsabilidad del procesado dentro de la labor criminal, aclarándose que en principio que por no

tratarse de un sistema de tarifa legal de la prueba es suficiente para predicar responsabilidad, ello en tanto no ofrece duda ni reparos respecto de su imparcialidad, credibilidad y veracidad en sus dichos, aunado a que la fuente de conocimiento es su propia percepción personal, al haber sido la víctima de extorsiones por parte del grupo insurgente, y quien llegó en dos oportunidades a su negocio a recaudar el dinero, fue el aquí fulminado.

Por demás, tampoco resultó probado por la defensa que el testimonio fuese mendaz o tuviese por finalidad incriminar injustificadamente al acusado, porque sobre este nunca mostró duda en el interrogatorio, no modificó su versión, ni varió la información que desde el inicio de la investigación había suministrado. Lo mismo se puede pregonar que no se le puede creer porque no informó de las extorsiones al dueño del local “el palacio del jean”, puesto que sobre ello la recurrente arguyó que no se le podía dar credibilidad debido a esa condición, sin embargo, omitió demostrar que tal situación desdibujaba la existencia del delito, o que no se encontrara en condición de rendir testimonio o que la calidad de administrador del negocio le impedía autodeterminarse como para concluir que el mismo no podría hacer un señalamiento contra el acusado.

Al compás de lo anterior, la crítica se ofrece inane en sus efectos concretos, si se tiene en cuenta que el declarante, en diligencias de reconocimiento por medio de fotografías llevadas a cabo poco tiempo después de ocurridos los hechos, señaló sin dubitación alguna al implicado, como una de las personas que llegó hasta su negocio por el cobro de la cuota producto de las extorsiones; diligencia sobre la que dio cuenta en el juicio oral al momento de

rendir su testimonio, oportunidad en la que, además de singularizarlo, detalló las actividades que desarrolló.

Aunado a ello, olvida el opugnante que en el delito en cuestión, el sujeto pasivo de la conducta puede ser cualquier persona o ente susceptible de ser víctima del delito o delitos impulsados por el concierto, por lo que, contrario a lo afirmado por el censor, que no se configura el punible como quiera que no se estableció a la víctima, ya que claramente, se evidenció del plenario, que los establecimientos de comercio del municipio, más concretamente, “el palacio del jean”, es el ente jurídico afectado, y para el efecto se escuchó el testimonio de quien fuera para la época del año 2018, la persona encargada de administrarlo.

Esto es existe, un reconocimiento directo de que aquella persona que dijo pertenecer a las Autodefensas Gaitanistas de Colombia, a reclamar el dinero producto de las extorsiones, es el procesado y no otro distinto.

Del mismo modo, se escuchó en diligencia de juicio oral al investigador judicial, adscrito al GAULA, de la policía nacional, Yesid Arias Nieto, quien con contundencia explicó que como encargados de recolectar dinero de las extorsiones del grupo armado insurgente se encuentra alias LUCHO, identificado como Luis Eduardo Carmona Esquivel, conocimiento obtenido por fuentes no formales y declaraciones de las víctimas, teniendo esta función o rol específico.

Y esa conclusión, fue soportada con la declaración del investigador Kevin Stiven Cárdenas Torres, quien apoyó la labor del investigador Arias Nieto, concluyendo que dentro del proceso se logró establecer

la vinculación de Luis Eduardo Carmona Esquivel con integrantes de la organización Clan del Golfo como alias *Junior, Juan Carlos y Niño*.

En consecuencia, restarle credibilidad al testimonio de los investigadores porque no existe uniformidad en sus dichos, o porque el administrador del local no es el mismo dueño del negocio comercial – por lo que en su sentir no habría víctima-, no se compadece con una valoración racional de la prueba, en tanto que, a pesar de representar el reconocimiento y la posterior referencia de ello efectuada dentro del juicio un todo testimonial, como ya lo tiene dicho la jurisprudencia nacional, de ese todo apenas tomó un aparte, omitiendo valorar que la misma víctima de los hechos, en curso de la misma atestación, se repite, detalló el hecho más trascendente, referido al señalamiento directo en diligencia de reconocimiento fotográfico.

Por ello, las proposiciones fácticas, ciertamente, se ajustan al comportamiento típico descrito en el art. 340 inc. 1° del C.P.; Para acreditar tal proposición fáctica, el ente acusador propuso una estrategia inductiva de demostración, cifrada en identificar una pluralidad de sucesos delictivos en los que efectivamente tuvo intervención el señor Carmona Esquivel para, a partir de ellos, inferir que éste se concertó con sus jefes, para delinquir cobrando extorsiones en beneficio del grupo ilegal.

Desde esa perspectiva, carecen de solidez las críticas consistentes en que la ausencia de pruebas sobre el momento en que los cabecillas e integrantes del grupo autodefensas gaitanistas y el acusado *acordaron* expresamente cometer el delito de extorsión, comporta la *inexistencia* del concierto para delinquir. Si bien *una* de

las maneras de acreditar la pertenencia a una empresa criminal es mediante evidencia atinente a cuándo y cómo se fundó o alguien se adhirió a aquella, también es verdad que la ejecución de *múltiples delitos* puede ser indicativa de la existencia de un consenso para delinquir indeterminadamente. En esta última hipótesis, como lo ha formulado la jurisprudencia *“los delitos ejecutados en función del acuerdo son manifestación del consenso ilegal”*⁸.

En ese marco de análisis, desde luego, la simple pluralidad de delitos o la mera concurrencia de personas en la ejecución de éstos no implica, *per se*, la existencia de un concierto para delinquir. La verificación de la existencia de éste por vía inductiva supone comprobar algo más, a saber, que a la multiplicidad de conductas delictivas cometidas por el sujeto activo o a la concurrencia de personas en ello subyace una conexión interna, que permita entenderlas como pertenecientes al propósito común perseguido por la empresa criminal en particular y explicarlas como manifestación de la voluntad común de delinquir abierta e indeterminadamente, que es el sustrato de amenaza al bien jurídico de la seguridad pública, como lo fue en el presente caso, donde el procesado llegó al local “el palacio del jean”, de parte de “el patrón, Junior” por el cobro de la vacuna, al punto que se comunicó con él vía telefónica a efectos de que se corroborara lo que decía, y en esos términos, los exteriorizó la víctima.

Desde un punto de vista práctico, debe tenerse en cuenta que quienes se conciertan no generan un contrato o un acto de aprobación expreso que haga evidente el acuerdo delictivo para

⁸ CSJ SP 29 sep. 2010, rad. 29.632

cometer delitos de forma abstracta, permanente y constante, sino que sus actividades, elementos, procedimientos, contactos, etc., hacen inferir con claridad dicha concertación proyectada para delinquir.

Y esas actividades, procedimientos, contactos, a los que ha denominado la jurisprudencia “rastros”, son las que prueban la vinculación del procesado al grupo criminal, tal como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal⁹:

“El énfasis de la conducta, como tipo penal formal que es, gira alrededor del acuerdo. Ese es el epicentro de la acción. En la práctica, sin embargo, es improbable que se procese a un colectivo por su mera decisión de cometer delitos, sin un principio de riesgo o de interferencia con el bien jurídico, salvo que se piense, lo cual no es cierto, que la antijuridicidad penal corresponde a un mero desvalor de intención. Por esta razón, el concierto para delinquir se prueba por lo general a partir de la ejecución material de conductas ilegales cometidas en el tiempo: ese es el rastro del acuerdo”

Así, la importancia del llamado objetivo abstracto se puede percibir claramente al momento de que una empresa criminal se concierta para la comisión de una forma delictiva genérica, en este caso, el concierto para delinquir con fines extorsivos. Esta finalidad abstracta configura ya la tipicidad del artículo 340 en sí misma, razón por la cual al momento de producirse el acto de extorsión, ello constituirá un concurso efectivo entre el concierto y la extorsión establecida en el artículo 244 del Código Penal.

⁹ CSJ SP 27 de mayo de 2020, rad. 56.400

Pues bien, a la luz de tales preceptos, la Corporación constata que, ciertamente, es dable afirmar con certeza que el acusado, se adhirió a la organización criminal Autodefensas Gaitanistas de Colombia, recolectando los dineros producto de las extorsiones a los comerciantes del municipio de Turbo.

No es cierto que la Fiscalía no haya logrado probar que el acusado se concertara para cometer la plurimentadas conductas ilícitas. Tal proposición fragmenta indebidamente las razones probatorias expuestas por el delegado del ente acusador, que no invocó una lógica meramente cuantitativa para denotar la existencia de un concierto para delinquir, sino que analizó un curso de conducta desplegado por el acusado para inferir que estaba concertado con otros miembros de la empresa criminal, a fin de cometer el delito de extorsión.

De otro lado, el recurrente manifiesta su desconcierto en la decisión de instancia al no darle el valor probatorio a lo manifestado en juicio por los condenados Abel Antonio Borja y Víctor Hernández Lucas, pero el censor se queda corto en su crítica porque no debate el análisis que sobre el particular hizo el juez de instancia, por el contrario del plexo probatorio se evidencia que fue contundente el análisis que de tales testimonios hizo el fallador primigenio, resaltando mendacidad en sus dichos.

Al margen de ello, considera la Sala que el Juzgado *A quo* estuvo atinado al descalificar la credibilidad de lo declarado en tales términos por los testigos de marras, primero por cuanto dichos deponentes, como buenos peones en una partida de ajedrez, actuó con la intención de proteger o de favorecer a su encubridor y

cómplice, por cuanto él, como consecuencia de su calidad de delincuente confeso, nada tenían que perder y segundo en la actuación existen pruebas, con las cuales se demuestra que el ahora procesado Carmona Esquivel hacía parte de la estructura criminal de las Autodefensas Gaitanistas de Colombia en el Urabá antioqueño, tal como quedó demostrado por las investigaciones realizadas por la policía judicial.

Es así como la coartada defensiva no fue descartada inmotivadamente, sino con soporte en bastantes razones conducentes para concluir que el testigo es mendaz, en suma, porque: *i)* tenían interés en favorecer al procesado, motivados por participar de la estructura criminal; *ii)* no hay soportes suficientes de que aquel desconociera lo sucedido, *iii)* en caso de ser cierto, la permanencia de Carmona Esquivel a la empresa criminal, tiene fechas distintas en las que aquellos participaron de la estructura ilegal, por lo que no pueden dar cuenta de la participación de aquel en los mentados hechos.

Como resultado de todo lo expuesto, no tiene asidero que la defensa postule la hipotética presencia de duda desde la exposición de un contexto probatorio disímil y alternativo conjugado con críticas inanes en cuanto al mérito suasorio de la prueba, a manera de postulados que, en su sentir, no se compaginan con las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y la ciencia.

Esto para significar que los argumentos del censor no solo son irrelevantes, sino que resultan contradictorios, pues de una parte afirma que no se probó la comisión del ilícito que le enrostran, pero

tampoco justifican en forma adecuada, los argumentos expuestos por el fallador de instancia a efectos de acreditar su teoría.

Sumado a ello, es bastante criticable el proceso de contradicción de la prueba de cargo efectuado por este profesional del derecho, pues censura la investigación del ente persecutor, así como la participación de su prohijado en los hechos materia de investigación, pero no aporta ningún elemento material probatorio que diese cuenta de una manipulación grosera, señalamiento erróneo o cualquier otro aspecto que restara poder suasorio a la prueba arrojada, dejando todo en simples conjeturas y argumentos que -aunque muy respetables- carecen de relevancia jurídica, para efectos de restablecer la presunción de inocencia que fuera desvirtuada acertadamente por la Fiscalía durante el juicio oral.

Por consiguiente, los argumentos de la defensa se ofrecen insuficientes para infirmar las reflexiones plasmadas por el *a quo* acerca de la convergencia de los requisitos legales para dictar condena en contra de Luis Fernando Carmona Esquivel, al compadecerse los racionamientos del sentenciador con los elementos de juicio recaudados valorados conforme la sana crítica.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala **CONFIRMÁRA** la sentencia condenatoria de primera instancia proferida el 29 de septiembre de 2021 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA PENAL DE DECISION**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

6. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de la naturaleza, fecha y origen indicados, con fundamento en las argumentaciones esbozadas en precedencia.

SEGUNDO: Contra la presente decisión procede el recurso de casación, en el término previsto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**



**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
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

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: **aaa4d16c69839fde067cdba55dad693b369111cc45d4bb638c5c79b8f3ed324f**

Documento generado en 20/01/2023 06:32:08 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. 05 034 31 04 001 202200133
Radicado 2022-1913-3
Accionante **Deisy Carolina Blandón**
Accionado **Nueva EPS**
Asunto Impugnación fallo de tutela
Decisión Confirma
Acta: N° 008 de enero 19 de 2023

Medellín, diecinueve (19) de enero de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionada, contra el fallo de tutela de 29 de septiembre de 2022¹, emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Andes - Antioquia, a través del cual ordenó a Nueva EPS la prestación efectiva de los servicios de consulta por ortopedia y traumatología, consulta por nutrición y dietética y consulta por cirugía general a la señora Deisy Carolina Blandón, así como la práctica resonancia magnética de miembro superior sin incluir articulaciones.

Además, concedió tratamiento integral respecto al diagnóstico de hipertrofia de la mama, obesidad debida a exceso de calorías, tumefacción y masa o prominencia localizada en el miembro superior.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

¹ PDF N° 11 del expediente digital

Manifestó la señora Deisy Carolina Blandón que², desde hace más de dos meses, su médico tratante le ordenó consulta de control o seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología, consulta por primera vez por nutrición y dietética, resonancia magnética de miembro superior sin incluir articulaciones y consulta de control o de seguimiento por especialista en cirugía general.

Dichos servicios cuentan con la respectiva autorización, pero al momento de solicitar las citas, le informan que, no hay agenda disponible.

Ese actuar negligente por parte de Nueva Eps se encuentra en detrimento de su derecho fundamental a la salud.

Solicitó que por medio de un fallo de tutela se ordene la prestación efectiva de los servicios prescritos y se conceda tratamiento integral para sus patologías, esto es, hipertrofia de la mama, obesidad debida a exceso de calorías, tumefacción y masa o prominencia localizada en el miembro superior.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Penal del Circuito de Andes – Antioquia, el 29 de septiembre de 2022³, amparó el derecho fundamental a la salud, vida digna y seguridad social de la accionante y ordenó a Nueva EPS que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esa decisión procediera a materializar las ordenes brindadas meses atrás.

Consideró además que la orden de tratamiento integral requerida por la gestora resultaba necesaria para evitar que se repitan a futuro acciones de tutela con relación a las patologías que motivaron el presente trámite constitucional, esto

² PDF N° 02 del expediente digital.

³ PDF N° 06 de la carpeta digital.

es, hipertrofia de la mama, obesidad debida a exceso de calorías, tumefacción y masa o prominencia localizada en el miembro superior.

DE LA APELACIÓN

La apoderada especial de la accionada⁴ indicó que, al haberse proferido una orden de tratamiento integral, el juzgador de primer grado determinó la prestación de servicios hipotéticos, futuros e inciertos que aún no han sido ordenados por médico tratante, aunado a ello, desconoce 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.

CONSIDERACIONES

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991⁵, 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.

Teniendo en cuenta que el objeto de la impugnación se centra en el reconocimiento del tratamiento integral concedido en favor de la señora Deisy Carolina Blandón para sus patologías de *hipertrofia de la mama, obesidad debida a*

⁴ PDF N° 09 de la carpeta digital.

⁵ 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

exceso de calorías, tumefacción y masa o prominencia localizada en el miembro superior procederá la Sala a pronunciarse solo sobre este asunto.

Sobre el tratamiento integral ha expuesto la Corte Constitucional en reciente jurisprudencia, que el mismo *tiene la finalidad 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*⁶.

Frente a este tópico, se hace necesario precisar que, de acuerdo con la Corte Constitucional *“en virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias”*⁷

Sin embargo, la misma Corporación ha reconocido que el referido principio no puede ser entendido de manera abstracta, y en razón de ello, impuso sobre los jueces de tutela la obligación de verificar previo a su orden *“(i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e*

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2021.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-081 de 2019

incierto y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.”⁸

En el asunto que se ventila, con la solicitud de amparo constitucional fueron incorporados algunos anexos, entre ellos, la historia clínica en la cual se evidencia que, la promotora es una joven de 18 años de edad que, desde su niñez ha tenido un desorden alimenticio el cual, ha acarreado múltiples consecuencias a su estado de salud, al punto de tener que ser remitida a varios especialistas para su control y seguimiento, entre ellos ante médico cirujano pues, desde el mes de noviembre de 2021 ha advertido la presencia de una masa localizada en su brazo izquierdo.

En las consultas médicas se le ha diagnosticado hipertrofia de la mama⁹, obesidad debida a exceso de calorías¹⁰, tumefacción y masa o prominencia localizada en el miembro superior¹¹.

También se establece que, desde el 16 de junio de 2022 se le enviaron un conjunto de exámenes médicos y se le remitió a consulta con especialista en ortopedia y traumatología¹², el 08 de julio de 2022 se le ordenó resonancia magnética de miembro superior sin incluir articulaciones¹³ y el 03 de agosto de 2022 se autorizó consulta por primera vez en nutrición y dietética¹⁴

Sin embargo, a pesar de la insistencia de la accionante, dos meses de haber sido prescrito esos servicios, no había logrado la asignación de las citas para los servicios en mención y cuya práctica se hace necesaria para proseguir con el tratamiento dispuesto por la médica cirujana, pues tal y como se advierte en la

⁸ *Ibidem*.

⁹ PDF N° 03 del expediente digital

¹⁰ PDF N° 09 del expediente digital

¹¹ PDF N° 06 del expediente digital

¹² PDF N° 03 del expediente digital

¹³ PDF N° 07 del expediente digital

¹⁴ PDF N° 08 del expediente digital

historia clínica, una vez obtenga los resultados de esas consultas y exámenes debe asistir a una nueva cita con dicha especialista.

Resulta evidente entonces que, la accionante cumple con los requisitos jurisprudenciales para el otorgamiento del tratamiento integral, clínicamente los diagnósticos se encuentran claramente definidos y por ende su tratamiento. No se trata por tanto de una prestación de servicios hipotéticos, futuros e inciertos.

Aunado a ello, se evidencia que la Nueva EPS ha sido negligente en la prestación del servicio pues se trata de una paciente que, en razón a sus diagnósticos requiere la asignación de las citas médicas de manera rápida y eficaz, así como también la expedición de autorizaciones prioritarias y urgentes para los servicios que a las cuales es remitida. No puede perderse de vista que, la mejoría de sus condiciones de salud, demandan de la intervención de diferentes especialidades de la medicina y, la tardanza en alguna de ellas, conlleva al retraso de las demás.

Los elementos aportados dan cuenta de las múltiples trabas administrativas que se le imponen para garantizar de manera completa el servicio tal y como sucedió con la asignación de citas para consultas con especialistas y realización del procedimiento de resonancia magnética de miembro superior sin incluir articulaciones, procedimientos que, a pesar de haberse prescrito desde el mes de junio y julio de 2022 dos meses después, no habían sido materializados ante la ausencia de agenda por parte de la accionada.

De tal suerte, al encontrarse acreditados los requisitos jurisprudenciales instituidos para el otorgamiento del tratamiento integral, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

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: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Andes - Antioquia el veintinueve (29) de septiembre de 2022, de conformidad a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

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


MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco Magistrado
Tribunal O Consejo Seccional Sala 002
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: 19c41cab080170dc3d903096dd4ec84e8e14d105218a55ba47a8087095c31789

Documento generado en 20/01/2023 09:44:54 AM

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

Firmado Por:
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: **d0e5f6c25d7da158e3c65d305960285dfe8e80f189789cedb3be8e2cfe2e1ab2**

Documento generado en 23/01/2023 11:53:08 AM

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 PENAL DE DECISIÓN

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

CUI: 05045 31 04001 2022 00261 (2022-1948-3)
Accionante: LEONARDO NICOLÁS RODRÍGUEZ
MORA
Accionado: Policía Nacional y otro
Asunto impugnación Fallo Tutela
Decisión: Confirma
Acta y fecha: N° 012 enero 20 de 2023

Medellín, enero veinte (20) de dos mil veintitrés (2023)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el accionante LEONARDO NICOLÁS RODRÍGUEZ MORA contra el fallo emitido el 21 de noviembre de 2022, mediante el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó - Antioquia declaró improcedente el amparo constitucional solicitado por presentarse un hecho superado.

DE LA SOLICITUD DE TUTELA

De relevancia para resolver la presente acción de tutela, se extrae de la solicitud¹ que el señor LEONARDO NICOLÁS RODRÍGUEZ MORA es subteniente de la Policía Nacional.

¹ PDF 001

Realizó curso de ascenso durante el periodo estimado, aprobando cada uno de los requisitos para ascender al grado de Teniente. No obstante, fue notificado en dos oportunidades por parte del Grupo de ascensos de la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional el no ascenso. Ni la Policía ni el Ministerio de Defensa, sustentaron las razones para no aprobar su ascenso.

Por esa razón, en ejercicio del derecho de petición, solicitó ante el Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional de Colombia, Jefatura Nacional de Desarrollo Humano y la Junta de Evaluación y clasificación ascenso de Oficiales, lo siguiente:

1. Que le informen los motivos por los cuales no le han permitido continuar con el ascenso al grado inmediatamente superior, aun cuando cumple con los requisitos de ley.
2. Se le entregue copias de las actas en las que aparece su nombre con la exposición de motivos de hecho y de derecho y con los soportes testimoniales y documentales con los que la Junta de Evaluación y Clasificación para ascensos de oficiales de la Policía Nacional motivó la no recomendación para su ascenso.
3. Se le allegue copia de cada uno de los documentos que sirvieron de insumo para la no recomendación de su ascenso pues frente a él no opera la reserva de esa información.

La solicitud fue enviado a la parte accionada el 28 de mayo de 2022. Sin embargo, no ha recibido respuesta, vulnerándose su derecho a la información, pues desconoce los motivos por los cuales no ha podido ascender.

Afirma que también se le vulnera su derecho a la igualdad, pues no ha podido acceder a mejorar su calidad de vida y la de su familia ante la imposibilidad de obtener un incremento salarial como Teniente.

Igualmente, se le está afectando su salud mental al desconocer los motivos de las negativas, pues no reporta en su hoja de vida sanciones o suspensiones laborales que le impidan ascender.

En ampliación de la demanda de tutela² manifestó el actor que el 10 de noviembre de 2022, mediante radicado GS-2022-056242-DITAH la Policía Nacional envió a su correo electrónico respuesta a la solicitud realizada en ejercicio del derecho de petición del 28 de mayo de 2022. Esa respuesta, a su juicio, desconoció las disposiciones jurisprudenciales de los requisitos que debe tener la respuesta a una solicitud de información en ejercicio del derecho de petición, la cual debe ser de fondo, clara y congruente con lo solicitado.

Al respecto, adujo que: *“Los argumentos de rechazo y desaprobación del ascenso en las Actas 002- ADEHU-GRUAS-2.25 de fecha 9 de mayo de 2022 de la Junta de Evaluación y Clasificación de Oficiales de la Policía Nacional y en el Acta 004-ADEHU-GRUAS2.25 // APROP -GRURE -2.25 de fecha 11 de mayo de 2022 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía, son evasivas, superfluas, con idéntico contenido y hasta con los mismos errores de redacción en el contenido expuesto por dos entidades que deben ser independientes (...)”*

Asegura que la respuesta es violatoria de sus derechos fundamentales al debido proceso, al derecho a la igualdad y al derecho de petición porque la entidad accionada le sigue negando la información acerca de las causas de no ascenso y copia de las actas de evaluación de ascenso de los periodos de noviembre del 2021 y mayo del 2022, *“pues las Actas adjuntas al correo electrónico si presentan los argumentos de no Recomendación y no PROPUESTA de los otros miembros de la policía que fueron analizados junto al suscrito y omiten cualquier tipo de causal o argumentos respecto al rechazo de mi ascenso”*.

Su pretensión es que se ordene a la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional le envíe copias integrales en todos sus apartes y anexos de las Actas de las dos Reuniones de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa donde

² PDF 06

conste la exposición de motivos para la no recomendación de su ascenso al grado de Teniente.

Igualmente, que se expida un informe general donde se expongan los motivos por los cuales para la Junta Asesora del Ministerio de Defensa no se recomiende su ascenso al grado de Teniente.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Primero Penal del Circuito de Apartadó³ Ddeclaró improcedente la acción de tutela. Manifestó que la solicitud en ejercicio del derecho de petición fue realizada el 28 de mayo de 2022 y el término de quince (15) días para responder venció el dieciséis (16) de junio del mismo año. No obstante, el diez (10) de noviembre de 2022, con motivo de la presente acción de tutela, la autoridad accionada envió al accionante al correo electrónico Leonardo.rodriguez5527@correo.policia.gov.co, respuesta a la petición y copia magnética donde se indica todo lo relacionado con los motivos por los cuales no se recomendó su ascenso, con las actas de Junta de Evolución y Clasificación para Oficiales de la Policía Nacional y Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional. Por tal motivo, por sustracción de materia, no es procedente impartir ninguna orden para la protección de los derechos fundamentales invocados por el accionante, en la medida en que la respuesta resuelve la petición de manera completa, y fue enviada al correo electrónico suministrado por el accionante.

Declaró improcedente la acción de tutela por configurarse un hecho superado.

DE LA IMPUGNACIÓN

El accionante afirma que el fallo impugnado carece de las condiciones necesarias de una sentencia congruente, por cuanto se decidió declarar improcedente la acción de tutela por considerar que se configura un hecho

³ PDF 08

superado, dejándose de lado la clara violación a sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

El Juez omitió valorar las exigencias legales y constitucionales de las respuestas a los derechos de petición. La respuesta enviada por la Policía Nacional no argumenta los motivos por los cuales no fue promovido ni recomendado ante la Judicatura Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, a pesar de no tener antecedentes disciplinarios, penales, fiscales, investigaciones abiertas ni ninguna otra circunstancia que afecte la prestación del servicio.

Afirma que el Juzgado de primera instancia desconoció su derecho a la igualdad, porque no realizó un análisis integral de la prueba, pues no todas las personas que no fueron ascendidas, según el Acta en mención, tuvieron la oportunidad de conocer los motivos o razones dadas por la Policía Nacional como respaldo de su decisión.

La entidad accionada, hasta la fecha, en ningún archivo, hoja de vida personal, procedimiento administrativo, fiscal o penal ha manifestado que carece de alguno de los criterios legales para ascender al interior de la institución, pese a que no tiene sanciones ni investigaciones de ningún tipo.

En fin, reitera que la Policía Nacional nunca ha expuesto razón alguna de su decisión ni cuento con motivos que impidan el ascenso *“lo que constituye una materialización a la vulneración a mi derecho al debido proceso, cuya protección también fue negada por el Fallador”*.

En ese orden de ideas, recordó cuáles son los requisitos que debe tener en cuenta la Policía para determinar los ascensos al interior de la institución y, acto seguido, pidió que se proteja sus derechos fundamentales, pues no hay mérito para que la Policía Nacional no informe los motivos de no recomendación y no promoción de su ascenso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Este despacho es competente para dar trámite y decidir en sede constitucional la presente acción, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con lo establecido por el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 333 de 2021, modificatorio de los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015.

De conformidad con el artículo ochenta y seis (86) de la Carta Política, la acción de tutela constituye un mecanismo subsidiario y residual que permite la intervención inmediata del juez constitucional, con el ánimo de proteger los derechos fundamentales vulnerados o puestos en riesgo por las actuaciones a cargo de autoridades o de incluso particulares; en tratándose de estos últimos, únicamente en los eventos previstos en la norma referida. Ahora, esta acción constitucional se caracteriza, según lo dispuesto en el artículo tercero (3º) del Decreto 2591 de 1991, por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

Una de las premisas para la prosperidad del amparo judicial es que aparezca demostrada una situación de esta naturaleza, traducida en el quebranto actual o en un riesgo inminente para un derecho de categoría fundamental. De otra parte, la ausencia de otro medio ordinario de defensa judicial para salvaguardar las garantías del afectado, salvo que sea ineficaz o se acuda a la acción pública de manera transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, conforme a las hipótesis excepcionales a las que alude el artículo seis (6) -numeral primero (1º) del Decreto 2591 de 1991 y, finalmente, la inmediatez que hace alusión al ejercicio de la acción de tutela en un plazo razonable respecto del tiempo en el que inició la amenaza o vulneración de los derechos.

Consideración inicial.

Previo a resolver el problema propuesto -que claramente se estructuró entorno al derecho fundamental de petición- advierte la Sala que no hará ningún pronunciamiento relacionado con los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad. Ello porque el accionante no cumplió con su deber de proporcionar las razones de hecho y de derecho para sustentar la

afirmación sobre la presunta vulneración de las referidas prerrogativas constitucionales.

En innumerables pronunciamientos⁴ la Corte Constitucional ha planteado que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental, tiene la carga de demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión, pues *“quien conoce la manera como se presentaron los hechos y sus consecuencias, es quien padece el daño o la amenaza de afectación”*.

No obstante, en la solicitud de tutela y su ampliación, el actor afirmó simplemente que se le vulnera su derecho a la igualdad, pues no ha podido acceder a mejorar su calidad de vida y la de su familia ante la imposibilidad de obtener un incremento salarial como Teniente. Igualmente, que se le está afectando su salud mental al desconocer los motivos de las negativas, pues no reporta en su hoja de vida sanciones o suspensiones laborales que le impidan ascender y que los argumentos de rechazo y desaprobación del ascenso son evasivos, superfluos, con idéntico contenido y hasta con los mismos errores de redacción en el contenido expuesto por dos entidades que deben ser independientes.

Finalmente, aseguró que la respuesta que obtuvo a su solicitud de información es violatoria de su derecho fundamental al debido proceso, porque la entidad accionada le sigue negando la información acerca de las causas de no ascenso y copia de las actas de evaluación de ascenso de los periodos de noviembre del 2021 y mayo del 2022.

Entonces, es evidente que el accionante no cumplió con la carga que le asiste de demostrar los supuestos fácticos en que funda la predicada afectación de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

Desde ese punto de vista, los argumentos expuestos en la impugnación de esta tutela, relacionados con el trámite que se debe dar al ascenso del personal al interior de la Policía Nacional y todas aquellas premisas que no estén

⁴ Véase entre ello, sentencia C-086 del 2016.

relacionadas con la presunta afectación del derecho fundamental de petición, no serán tendidas en cuenta en esta instancia judicial.

Del derecho de petición.

Lo contrario ocurre con el derecho de petición, por manera que la Sala se ocupará de fijar su contenido y alcance para, acto seguido, analizar el caso concreto de cara a establecer si esa garantía fundamental le fue conculcada al accionante.

El derecho de petición es una prerrogativa constitucional contemplada en el artículo veintitrés (23) Superior, que permite presentar solicitudes respetuosas a las autoridades, entidades privadas y personas naturales, así mismo, otorga el derecho a obtener una respuesta oportuna, clara, completa, de fondo y congruente en relación con lo pedido, constituyéndose estas características en el núcleo esencial de ese derecho⁵.

Este derecho fundamental se encuentra regulado en la Ley 1755 de 2015, sustituto del Título II Capítulo I del Código Contencioso Administrativo, consagrando los términos que deben acatarse cuando el ciudadano acude ante las autoridades, organismos e instituciones públicas y privadas, siendo una excepción a esas reglas, las peticiones de índole personal.

A su vez, la legislación en cita, en el artículo catorce (14) estableció el término para dar respuesta a las peticiones elevadas por los ciudadanos: “(...), toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción.”

Sin embargo, dado el estado de emergencia de salud pública por cuenta del Coronavirus COVID-19, el Ministerio de Justicia y del Derecho amplió dicho término en el artículo quinto (5º) del Decreto 491 del veintiocho (28) de marzo de 2020, en el sentido de que toda petición, salvo norma especial, deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. Empero, la Ley 2207 de 2022, la cual entró en vigor el dieciocho (18) de mayo del año

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-692 de 2009.

en curso, a través de su artículo segundo (2°) derogó el artículo quinto (5°) del Decreto 491 de 2020, por lo que a partir de esta última fecha los términos que deberán tenerse en cuenta para resolver las peticiones serán aquellos dispuestos en el artículo catorce (14) de la Ley 1755 de 2015.

Así mismo, en cuanto a la atención prioritaria de peticiones el artículo veinte (20) de la Ley 1437 de 2011, consagra:

“Las autoridades darán atención prioritaria a las peticiones de reconocimiento de un derecho fundamental cuando deban ser resueltas para evitar un perjuicio irremediable al peticionario, quien deberá probar sumariamente la titularidad del derecho y el riesgo del perjuicio invocado.

Cuando por razones de salud o de seguridad personal esté en peligro inminente la vida o la integridad del destinatario de la medida solicitada, la autoridad adoptará de inmediato las medidas de urgencia necesarias para conjurar dicho peligro, sin perjuicio del trámite que deba darse a la petición. Si la petición la realiza un periodista, para el ejercicio de su actividad, se tramitará preferencialmente”.

Y, cuando la solicitud se ha dirigido a quien no ostenta competencia para resolverla, el artículo veintiuno (21) *ibidem* refiere:

Si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la Petición por la autoridad competente.

Por su parte, la Corte Constitucional en lo que atañe al derecho de petición, expuso en sentencia C-405 de 2016:

“17. Según abundante jurisprudencia de este Tribunal, el derecho de petición es fundamental y tiene aplicación inmediata, sus titulares pueden ser personas mayores o menores de edad, nacionales o extranjeros, y a través de éste se puede acudir ante las autoridades públicas o ante particulares. El derecho de petición tiene un carácter instrumental en tanto a través de éste se busca garantizar la efectividad de otros derechos constitucionales, como los de información, participación política, libertad de expresión, salud y seguridad social, entre otros.

Así mismo se ha señalado que su núcleo esencial reside en una resolución pronta y oportuna de la cuestión que se pide, lo cual no necesariamente implica una respuesta afirmativa a la solicitud. Se entiende que este derecho está protegido y garantizado cuando se obtiene una contestación oportuna, de fondo, clara, precisa, congruente y la misma es puesta en conocimiento del peticionario. El incumplimiento de cualquiera de estas características envuelve su vulneración por parte de la autoridad o del particular.” (Negrilla y subraya del despacho).

Sobre los elementos esenciales para que efectivamente se satisfaga el derecho de petición, la Corte Constitucional en sentencia T-527 de 2015, ilustró:

“Asimismo, esta Corporación ha indicado que el derecho de petición se satisface cuando concurren los siguientes elementos que constituyen su núcleo esencial: (i) la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la respuesta debe ser pronta y oportuna, es decir, la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, que debe ser lo más corto posible, así como clara, precisa y de fondo o material, que supone que la autoridad competente se pronuncie sobre la materia propia de la solicitud y de manera completa y congruente, es decir sin evasivas, respecto a todos y cada uno de los asuntos planteados y (iii) una pronta comunicación de lo decidido al peticionario, independiente de que la respuesta sea favorable o no, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido.

Entonces, la respuesta suministrada debe ser de fondo, oportuna, congruente y tener notificación efectiva⁶.

Del caso concreto

De acuerdo con la impugnación, la respuesta enviada por la Policía Nacional no argumenta los motivos por los cuales no fue promovido ni recomendado ante la Judicatura Asesora del Ministerio de Defensa Nacional.

Esa afirmación no es cierta. Revisada la respuesta dada al actor el 10 de noviembre de 2022⁷ -en razón de este trámite constitucional- se observa que la entidad accionada le informó lo siguiente:

“Frente a lo solicitado me permito informarle al peticionario que, para el procedimiento de ascensos de los señores oficiales subalternos de la Policía

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-077 de 2018.

⁷ PDF 07

Nacional para el mes de junio del año en curso, el nombre del peticionario Subteniente Rodríguez Mora Leonardo Nicolás, identificado con cédula de ciudadanía No. 1121835527, fue presentado ante la Junta de Evaluación y Clasificación de Oficiales de la Policía Nacional, mediante acta No. 002-

(...)

“Subintendente RODRIGUEZ MORA LEONARDO NICOLAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 1121825527, la Junta de Evaluación y Clasificación para Oficiales de la Policía Nacional, en ejercicio de las facultades consagradas en el artículo 22 numeral 2 del Decreto Ley 1791 de 200 y requisitos establecidos en el artículo 21 numeral (es) 7 de la norma ibídem, en concordancia con el artículo 5, literal b) de la Resolución No. 01109 de 2022, NO PROPONE SU ASCENSO, ante la Judicatura Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, al grado inmediatamente superior, motivado en razones del buen servicio, considerando que no se colman a plenitud las expectativas y conveniencias institucionales orientadas al cumplimiento integral de nuestra magna misión y que sugieran un concepto favorable frente a su nombre, facultados en los reglamentos internos de la institución quienes permitan a los miembros de la signada Junta optar por el personal policial que en su sentir garanticen bajo los parámetros de la confianza, compromiso y responsabilidad, el ejercicio de un nuevo grado en las condiciones que la actividad policial lo exige; es por ello que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorga por sí solo a su titular una prerrogativa de promoción en el mismo, dado que lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario, complementado para el efecto, que pueden presentarse otras circunstancias que a juicio del nominador, no constituye plena garantía para el cumplimiento pródigo que el deber policial demanda, por lo que se colige que ser mando dentro de una institución como la Policía Nacional, implica para su permanencia y promoción, además de un buen servicio, condiciones especiales de iniciativa, valor agregado, mayor compromiso, entre otros, habida cuenta que son los encargados de direccionar al personal subalterno.

Continuando con el procedimiento para ascenso del mes de junio, el nombre del señalado peticionario fue presentado ante La Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, mediante acta Nro. 004-ADEHUA – GRUAS 2.25//APROP – GRURE -2.25 de fecha 11 de mayo de 2022, en la cual se dispuso lo siguiente:

“Subteniente RODRIGUEZ MORA LEONARDO NICOLAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 1121835527, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, en ejercicio de las facultades consagradas en el artículo 57 numeral 3 del Decreto 1512 de 2000, consonante con lo dispuesto en el artículo 21 numeral (es) 7 de la norma ibídem, no recomienda su ascenso al grado inmediatamente Superior, ante el Gobierno Nacional, motivado en razones del buen servicio, considerando que no se colman a plenitud las expectativas y conveniencias institucionales orientadas al cumplimiento integral de nuestra magna misión y que sugieran un concepto favorable frente a su nombre, facultados en los reglamentos internos de la institución quienes permiten a los miembros de la signada Junta optar por el personal policial que en su sentir garanticen bajo los parámetros de la confianza, compromiso y responsabilidad, el ejercicio de un nuevo grado en las

condiciones que la actividad policial lo exige; es por ello ue la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de la funciones, no otorga por sí solo a su titular una prerrogativa de promoción en el mismo, dado que lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario, complementando para el efecto, que pueden presentarse otras circunstancias que a juicio del nominador, no constituyen plena garantía para el cumplimiento pródigo que el deber policial demanda, por lo que se colige que ser mando dentro de una institución como la Policía Nacional, implica para su permanencia y promoción, además de un buen servicio, condiciones especiales de iniciativa, valor agregado, mayor compromiso, entre otros, habida cuenta que son los encargados de direccionar al personal subalterno."

Una cosa es que la respuesta no sea congruente ni resuelva de fondo lo solicitado por el actor, cosa que no se presenta en este asunto, y otra, muy diferente, es que esa respuesta no satisfaga los intereses del solicitante.

Para la Sala, es claro que la respuesta que obtuvo el accionante sí contine los motivos que llevaron a la entidad accionada a negar su ascenso al interior de la institución, por manera que se estima que la respuesta resolvió de fondo la inquietud que en ese sentido le planteó el señor LEONARDO NICOLÁS RODRÍGUEZ MORA a la Policía Nacional en ejercicio del derecho fundamental de petición.

Siendo así, como en el trámite de la acción de tutela en primera instancia se presentó un hecho superado por carencia de objeto de protección constitucional, la decisión impugnada será confirmada.

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: CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida por el juzgado de primera instancia, en el sentido de negar el amparo constitucional deprecado por hecho superado.

SEGUNDO: ORDENAR a la Secretaría de la Sala que, en el término de ley, remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
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: 4592c82ff2c13832f98b56bb1309905021a093ec77b42542d59936145b2dcd91
Documento generado en 23/01/2023 07:12:33 AM

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

Firmado Por:

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: **656ba8be2cc2cb2b2220d85f22b8f503b64dec844a4825f3e7eeaf694738f0c4**

Documento generado en 23/01/2023 11:54:20 AM

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

CUI: 05000-22-04-000-2022-00585-00 (2022-1979-3)
Accionante: Dairo José Salcedo Polanco
Accionados: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio
Decisión: Declara improcedente
Acta y fecha: N° 013 de enero 20 de 2023

Medellín, enero veinte (20) de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por DAIRO JOSÉ SALCEDO POLANCO, en contra de la Fiscalía General de la Nación, el Juzgado Penal de Circuito de Puerto Berrio, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, el Instituto Nacional de Medicina Legal, el Hospital Héctor Abad Gómez, la Institución Educativa Rural de San Miguel del Tigre y la Comisaría del municipio de Yondó, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

El actor afirmó que se trata de una tutela contra providencias judiciales.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relata el accionante¹ que tras ser capturado el 7 de abril de 2021 se enteró que fue denunciado por su compañera sentimental por presuntamente haber realizado “*acto carnal violento*” en contra de su hijastra.

¹ PDF N°2, expediente digital de tutela.

En su contra se adelantó un proceso penal por ese hecho, pero nunca fue enterado ni requerido por ninguna autoridad pese a que, por ejemplo, en retenes o en requisas de rutina se le solicitaba sus documentos personales. Debido a su actividad laboral -desarrollada con posterioridad al año 2011- se le requería sus antecedentes judiciales sin que en ellos existiera algún tipo de anotación, pese a que ya estaba condenado.

Asegura que nunca llegó a su domicilio citaciones o solicitudes para presentarse al referido proceso penal

No obstante, el 7 de abril de 2021, debido a un retén en el que se le solicitó su documento de identificación, supo que el 2 de mayo de 2011 el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio-Antioquia profirió sentencia de condena en su contra.

Afirma que fueron vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y el derecho a la defensa, pues en su contra se adelantó un proceso penal al que no fue citado y en el que no contó con la posibilidad de designar un abogado.

Su pretensión es que se amparen sus derechos fundamentales -ya mencionados- y que se ordene la nulidad del proceso penal seguido en su contra en el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio-Antioquia desde que el Despacho asumió el conocimiento del asunto.

TRÁMITE

1. Mediante auto del 9 de diciembre de 2022², se ordenó requerir al accionante para que indicara de manera precisa y clara, las razones por las cuales considera se están vulnerando sus derechos fundamentales y por los cuáles invoca protección constitucional, por parte del Juzgado Primero de

² PDF 004 expediente virtual de tutela

Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, el Hospital Héctor Abad Gómez, el Institución Educativa Rural de San Miguel del Tigre y la Comisaría del municipio de Yondó.

2. El accionante respondió el requerimiento³ informando que “retiraba” como parte accionada en la tutela al Hospital Héctor Abad Gómez, el Institución Educativa Rural de San Miguel del Tigre y la Comisaría del municipio de Yondó. Dejó claro que la acción constitucional la dirige contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio Antioquia y la Fiscalía General de la Nación.

3. No obstante, mediante auto del 16 de diciembre de 2022⁴ se avocó la acción de tutela y se resolvió vincular al trámite a la Fiscalía General de la Nación, al Juzgado Penal de Circuito de Puerto Berrio, al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, al Instituto Nacional de Medicina Legal, al Hospital Héctor Abad Gómez, a la Institución Educativa Rural de San Miguel del Tigre y la Comisaría del municipio de Yondó. Se ordenó dar el correspondiente traslado, disponiéndose que en el término improrrogable de dos (2) días, se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la

4. El asistente jurídico del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia⁵ al descorrer el traslado de la demanda de tutela informó que el accionante fue condenado el 02 de mayo de 2011 por parte del Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio Antioquia a la pena de 128 meses de prisión, al ser hallado penalmente responsable del punible de acceso carnal violento agravado. Debido a ello, el fallador libró orden de

³ PDF 010 expediente virtual de tutela

⁴ PDF 11 del expediente digital

⁵ PDF N° 21 del expediente digital

captura que se hizo efectiva el 08 de abril de 2021. En la misma fecha, la privación de la libertad fue legalizada.

El Despacho al cual se encuentra adscrito asumió conocimiento el 16 de agosto de 2019 para tramitar la etapa de ejecución de la pena.

En relación con lo expuesto por el accionante en la tutela indicó que, no es del resorte de esa instancia judicial pues, sólo conocen de los procesos que arriban con sentencia proferida y debidamente ejecutoriada sin que tengan injerencia en el desarrollo del proceso penal.

Cualquier irregularidad que se haya producido durante la etapa de instrucción como lo insinúa el promotor, es ajena a la intervención de esos despachos razón por la cual solicita la desvinculación del presente asunto.

5. La encargada del área jurídica de la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia⁶ refirió que procedieron a verificar el sistema misional SPOA y SIJUF y se logró evidenciar que la investigación a la cual hizo alusión con Rad, SIJUF 138.120 tiene ejecutoria de Resolución de Acusación del 17 de septiembre de 2007 por el delito de acto sexual con menos de 14 años, investigación desarrollada en la Fiscalía 37 Seccional Puesto Berrio.

Solicitó la desvinculación del presente trámite pues, es la Dirección Seccional del Magdalena Medio, la encargada de dar respuesta a las peticiones del accionante, dependencia judicial a la cual le corrió traslado de la acción de tutela.

6. El apoderado judicial de la E.S.E. Héctor Abad Gómez de Yondó⁷ solicitó ser desvinculado del trámite de tutela ante la falta de legitimación en la causa por pasiva. Indica que, la pretensión del promotor es que se revise si

⁶ PDF N° 023 del expediente digital

⁷ PDF N° 025 del expediente digital

dentro del trámite penal llevado a cabo en su contra se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, aspecto sobre el cual, su representada no tiene injerencia.

Terminó refiriendo que, según información obrante en el sistema de información de la Entidad y contrario a lo manifestado por el promotor, en ese centro de salud no realizaron exámenes a la menor Nidia Milena Salcedo Polanco.

7. El apoderado judicial de la E.S.E. Héctor Abad Gómez de Yondó⁸ solicitó ser desvinculado del trámite de tutela ante la falta de legitimación en la causa por pasiva. Indicó que la pretensión del promotor es que se revise si dentro del trámite penal llevado a cabo en su contra se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, aspecto sobre el cual su representada no tiene injerencia.

8. El titular del Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio⁹ indicó que en efecto, en ese Despacho Judicial se adelantó proceso bajo los lineamientos de la ley 600 de 2000 en contra del accionante por el delito de acceso carnal violento.

Luego de dar cuenta de las diligencias tramitadas en el presente asunto indicó que el 7 de diciembre de 2010 se celebró la audiencia pública en la que la delegada fiscal, a partir de las pruebas obrantes, solicitó una sentencia condenatoria en disfavor del promotor. Para el defensor estaba clara la responsabilidad de su representado razón por la cual solicitó el mínimo de la pena a imponer y la concesión del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

⁸ PDF N° 025 del expediente digital

⁹ PDF N° 028 del expediente digital

Mediante sentencia del 2 de mayo de 2011, lo condenó a la pena de 128 meses de prisión, al haberlo hallado penalmente responsable del delito de acceso carnal violento agravado y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal. Le impuso la pena de 30 SMLMV para el año 2011 y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

En la misma providencia dispuso que una vez ejecutoriada la decisión, se procedería a librar orden de captura en su contra.

Se surtió el trámite de notificación de manera personal a la delegada fiscal, al señor defensor y al señor Procurador Judicial, el 3 y 4 de mayo de 2011, y se fijó edicto entre los días 6 y 10 de mayo de 2011, con constancia de ejecutoria el 13 de mayo del mismo año. La orden de captura fue expedida el 25 de julio de 2019, mediante Oficio JPC974 y la sentencia fue remitida ante los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad de Antioquia, para lo de su competencia.

Adujo que en el marco de la actuación no se vulneró derechos fundamentales del sentenciado y que, éste se encuentra privado de su libertad en virtud de sentencia condenatoria en firme, razón por la cual solicita denegar el amparo constitucional deprecado.

9. Las demás partes accionada y vinculadas no respondieron el traslado de la demanda de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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 decisión de primera instancia dentro de la presente acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política 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 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.

De acuerdo con la solicitud de tutela, corresponde a la Sala determinar si en el presente asunto se cumplen los requisitos generales y especiales de procedencia de la acción cuando se controvierten providencias judiciales. Si esos presupuestos no se cumplen, resulta inane realizar el estudio sobre la presunta vulneración de derechos fundamentales.

1. Análisis de procedencia de la acción de tutela

Revisada la demanda de tutela se evidencia que la inconformidad del actor guarda exclusiva relación con la condena que se profirió en su contra el 2 de mayo de 2011 por parte del Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio, como consecuencia de la tramitación de un proceso penal rituado bajo los lineamientos de la Ley 600 de 2000 por la conducta punible de acceso carnal violento agravado.

Por esa razón, la Sala realizará el correspondiente estudio acerca de los requisitos de procedencia de la demanda de tutela para controvertir providencias judiciales.

En la sentencia C-590 de 2005 se destacó la existencia de un grupo de causales de procedibilidad genéricas y específicas para la prosperidad del recurso de amparo en contra de las decisiones judiciales¹⁰, cuyo fin –definido con posterioridad– consiste en tener con anticipación reglas metodológicas objetivas que sirvan al operador jurídico para examinar la procedencia y prosperidad de la acción de tutela¹¹.

Así las cosas, en esos eventos, corresponde al juez constitucional verificar el cumplimiento de ciertos lineamientos generales de procedencia de la acción, en respeto de los principios de autonomía judicial, seguridad jurídica y cosa juzgada, los cuales se erigen como presupuestos previos para determinar la viabilidad de realizar un examen constitucional de las providencias judiciales, así:

“Esta nueva dimensión abandonó la expresión “vía de hecho” e introdujo “criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales”, los cuales fueron distinguidos como de carácter general y de carácter específico. Los primeros constituyen restricciones de índole procedimental o parámetros imprescindibles para que el juez de tutela aborde el análisis de fondo y fueron clasificados así:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

b. Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales

¹⁰ También se puede consultar la decisión SU-915 de 2013.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 2010.

derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

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

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas". Resaltado es nuestro¹²

Una vez satisfechas tales condiciones generales, resulta imperioso que se acredite la existencia de por lo menos, una causal o defecto específico de procedibilidad, a saber:

"Los segundos -requisitos específicos-, aluden a los yerros judiciales que se advierten en la decisión judicial y tornan inexorable la intervención del juez de tutela. Esos fueron denominados "causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales", y se explicaron en los siguientes términos:

"a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

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

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

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

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

¹² Corte Constitucional. Sentencia SU-116 de 2018.

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

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

i. Violación directa de la Constitución.”¹³

En el asunto bajo revisión, no admite discusión alguna que se trata de un tema de evidente relevancia constitucional, pues la tramitación de un proceso penal con el correspondiente proferimiento de fallo de condena en presunta ausencia del procesado, tiene incidencia directa sobre derechos constitucionales de indiscutible trascendencia, como lo es el debido proceso.

La decisión de condena se encuentra debidamente ejecutoriada, tanto así, que en la actualidad el proceso está a disposición del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, vigilando la correspondiente sanción.

Ahora, en punto de la inmediatez se tiene que no se satisface este presupuesto de procedencia general, razón por la cual se torna improcedente el amparo constitucional solicitado, pues el actor tuvo conocimiento de este proceso el día de la captura, esto es, el siete de abril de 2021; con todo, promovió el amparo en diciembre de 2022. Además, el accionante no esbozó un criterio razonable que justifique la demora de 20 meses para instaurar la tutela, cuando la misma esta instituida como mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales.

El criterio de inmediatez como presupuesto de procedencia de acciones de tutela contra providencias judiciales, es el reflejo del respeto a los principios de

¹³ *Ibidem.*

seguridad jurídica y cosa juzgada, pues si bien no existe un término perentorio para solicitar el amparo constitucional, la Sala debe verificar la razonabilidad del término de interposición, preservando además, que no se afecten derechos de terceros ni se desnaturalice la acción contemplada en el artículo 86 superior.

Corolario de lo anterior, la presente demanda de tutela resulta improcedente ante el incumplimiento del requisito general de procedencia de inmediatez que se deben estudiar cuando se acciona mediante tutela contra providencias judiciales.

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: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela promovida por DAIRO JOSÉ SALCEDO POLANCO, por falta de acreditación del requisito de inmediatez.

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

Notifíquese y cúmplase,


MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
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: c268f2f347a80cb417b0ee13cf4dcd928aa37ba7533e0b65bed532dc6ac9bc9b
Documento generado en 23/01/2023 07:13:38 AM

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

Firmado Por:

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: a7cd116f34655feb3a70257766863daaf6d31543fdfe34054c5dcdeb0ee59596
Documento generado en 23/01/2023 11:55:33 AM

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: 11 001 60 00000 2017 00382 01 (2022-2029-3)
Accionante: JUAN ALEXANDER CADAVID MORALES
Accionado: Juzgados Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y
Cuarto Penal del Circuito Especializado, ambos de Antioquia
Decisión: Niega
Acta y fecha: N° 010 enero 20 de 2023

Medellín, veinte (19) de enero de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por JUAN ALEXANDER CADAVID MORALES en contra de los Juzgados Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y Cuarto Penal del Circuito Especializado, ambos de Antioquia.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron reseñados por el actor, de la forma como sigue:

Fue condenado anticipadamente por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, por lo que ha estado privado de la libertad de manera preventiva y con ocasión a la pena de prisión impuesta.

Durante la privación de la libertad, dice, ha mostrado arrepentimiento y aceptación por el daño causado con la comisión del delito; ha adelantado trabajo intracarcelario obteniendo rebaja de pena, que sumada al descuento físico acumula un 80% del cumplimiento de la pena prisión a él irrogada y ha observado buena conducta, tal como se constata en lo certificados de conducta expedido por el centro carcelario.

Con fundamento en lo anterior, solicitó al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad la libertad condicional la cual fue negada, mediante providencia interlocutoria de 11 de octubre de 2022, con sustento en la gravedad de la conducta, misma que fue confirmada el 11 de octubre del mismo año por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado, al desatar el recurso de apelación por el interpuesto, dada la gravedad de la conducta.

Asegura que las providencias emitidas por los despachos judiciales accionados desconocen los precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual relacionó más de 13 radicados de la citada Corporación, según los cuales para resolver el subrogado de la libertad condicional el juez, además, de la gravedad y modalidad de la conducta, debe tener en cuenta aspectos personales del sentenciado, su proceso de resocialización, readaptación y la conducta observada por él durante el confinamiento, lo cual permite materializar los fines de la pena. Especialmente porque el subrogado no se debe negar con el único criterio de la gravedad de la conducta.

Por lo anterior, considera quebrantados sus derechos fundamentales a la igualdad, libertad, dignidad humana, principio pro homine y familia, razón por la cual demanda la protección constitucional por vía de tutela y, como consecuencia de ello, solicita se decrete la nulidad de las decisiones cuestionadas para que los accionados resuelvan nuevamente la petición de libertad condicional acogiendo los criterios de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia.

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia

Este despacho judicial informó lo siguiente:

Que, en efecto, a su cargo tiene la vigilancia de la ejecución de la pena de noventa (90) meses de prisión que como autor de los delitos de concierto para

delinquir agravado, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado y tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, le impuso a JUAN ALEXANDER MORALES CADAVID el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en sentencia emitida el tres de septiembre de 2018; confirmada por este Tribunal Superior el 17 de junio de 2019, por cuya cuenta el condenado se encuentra recluso en el EPMSC de Andes Antioquia.

Mediante los autos N° 89 y 90 del 14 de enero de 2021, el Juzgado, además de otorgarles a JUAN ALEXANDER MORALES CADAVID una redención de pena, le negó la solicitud de libertad condicional sustentada en la gravedad de los delitos cometidos por él, en tanto la condena se produjo debido a la comprobada vinculación como líder de una empresa criminal dedicada a la producción, tráfico, transporte y comercialización de estupefacientes que ejercía su poderosa influencia en los departamentos de Antioquia, Bolívar y Córdoba, cofradía delincuenciales antes denominada el “Clan Úsuga” y hoy reconocida con el nombre de “El Clan del Golfo”.

Providencia recurrida en apelación por el condenado, sin embargo, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia la confirmó mediante el 21 de junio de 21.

Que el condenado argumentó haber descontado una mayor proporción mayor de la pena, suficiente para acceder a la libertad condicional que se le negó en el mes de enero de 2021, solicitó a finales del mes de octubre de ese año, que se le otorgara la libertad condicional -artículo 64 del C. Penal-, pero como ya se había resuelto una petición similar el Juzgado rechazó de plano la pretensión, en auto de sustanciación N° 2147 de 4 de noviembre de 2021, en tanto la razones expuestas en la reiterada petición habían sido examinadas con suficiencia en el auto interlocutorio N° 90 del 14 de enero de este mismo año, y advirtiendo que los ilícitos perpetrados por él exhibían una entidad que los distinguía negativamente frente a otros de su misma naturaleza, no habían motivo para reconsiderar lo resuelto y ratificado en segunda instancia en la primera oportunidad:

“toda vez que el análisis de ese particular tópico concierne al Juez Ejecutor al momento de decidir sobre el sustituto y de esta calificación desfavorable de la

entidad del injusto surgió la válida conclusión de que en el caso del accionante, no resultaba aconsejable la concesión de la LIBERTAD CONDICIONAL para garantía de los fines TODOS asignados a la pena por el artículo 4º del C. Penal en punto a la prevención general y la retribución justa. y ya se había puntualizado en esa providencia que la razón que fundamentaba el rechazo no tenía que ver con el adecuado avance en el proceso de resocialización, un tópico que no se cuestionó, ni con el descuento de las tres quintas partes de la pena que ya se sabía cumplido desde el mes de junio de 2021, sino con la gravedad del delito cometido porque tal circunstancia impide el acceso a la gracia en tanto el artículo 64 del C. Penal, impone al Juez Ejecutor un análisis previo a ese respecto a la hora de evaluar la pertinencia de autorizar el regreso anticipado del condenado a la comunidad por vía del otorgamiento de la libertad condicional y ese análisis había resultado y seguía resultando desfavorable a los intereses del ajusticiado.”

Mediante el auto N° 900 del 19 de mayo de 2022, nuevamente se rechazó de plano la libertad condicional por las mismas razones dadas en la providencia de cuatro de noviembre de 2021. La petición fue reiterada y como en esa oportunidad el condenado hizo alusión a la noción de progresividad del tratamiento penitenciario, el juzgado optó por resolver de fondo y por segunda vez, no concedió el subrogado, por los mismos motivos que soportaron la primera denegación. Determinación apelada por el condenado y confirmada, en interlocutorio del 11 de octubre pasado, proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Indicó que, el 03 de septiembre de 2018, ese despacho Judicial profirió sentencia de condena dentro del CUI 11 001 60 00000 2017 00382, en contra del accionante y le impuso 90 meses de prisión y multa de 24376 SMLMV para el año 2016, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término al de la sanción corporal, tras declararlo penalmente responsable de los delitos de concierto para delinquir agravado tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado y tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos. Además, se le negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Sentencia confirmada, el 17 de junio de 2019, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia. Presentado el recurso extraordinario de casación fue inadmitido el 12 de diciembre de 2019, por tanto, la sentencia cobró ejecutoria el 29 de enero de 2020.

Que la vigilancia de las penas impuestas en la anterior sentencia correspondió al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, despacho que, por medio de auto interlocutorio 3007 de 11 de agosto de 2022, negó al actor la libertad condicional con base en la gravedad de la conducta punible por la que fue encontrado penalmente responsable.

Que para tal fin, ese juzgado precisó que con anterioridad, esto es, el 14 de enero de 2021, se había pronunciado frente a pretensión similar resolviendo contrario a los intereses del solicitante por la “grave entidad de los delitos cometidos por él”; pero como la nueva petición hacía referencia al concepto de “progresividad del tratamiento penitenciario”, consideró obligatorio pronunciarse sobre ese tema. Transcribiendo el siguiente aparte de ese proveído:

“(...) Las circunstancias modales que indujeron la condena no han variado y el precepto legal en el que se apoyó la decisión de negar al condenado la LIBERTAD CONDICIONAL tampoco ha sufrido alteración alguna desde el momento en el que se produjo el pronunciamiento pues el artículo 64 del C. Penal vigente, sigue demandando del Funcionario Judicial, una valoración previa del hecho punible antes de adentrarse en el análisis de los requisitos que viabilizan la LIBERTAD CONDICIONAL (...) de manera que como los hechos que suscitaron la condena no han variado ni tampoco lo ha hecho la opinión desfavorable que sobre su entidad tiene el Despacho, la decisión de NEGAR A JUAN ALEXANDER MORALES CADAVID LA LIBERTAD CONDICIONAL SEGUIRÁ SIENDO LA MISMA, toda vez que la sentencia de Constitucionalidad que guía el actuar de los Jueces de Ejecución de Penas, en punto al examen de ese subrogado penal, si bien enfatiza la importancia de examinar las peticiones de LIBERTAD CONDICIONAL de cara al carácter progresivo del tratamiento penitenciario, no desconoce la potestad valorativa que al Juez de Ejecución de Penas le entrega el artículo 64 del C. Penal en punto al examen sobre la naturaleza y modalidades del hecho punible a fin de determinar la procedencia de dispensar o negar el beneficio que allí se consagra...”.

Que el 11 de octubre de 2022 confirmó la decisión de primera instancia al considerar que:

“La razón, entonces, está del lado del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, pues el artículo 64 del Código Penal, modificado por el artículo 30 la Ley 1709 de 2014, declarado condicionalmente executable por la Corte Constitucional en sentencia C- 757 de 2014, establece la procedencia del mecanismo liberatorio “previa valoración de la conducta punible” por la que se emitió condena, la cual es obligatoria para el Juez, y no se

circunscribe tan sólo a su gravedad, sino que debe atender a “todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional”1. Por ende, es del resorte del funcionario judicial, “valorar todos los demás elementos, aspectos y dimensiones”2 de las conductas, ampliándose el objeto de apreciación...”.

Por lo anterior, considera que no se predica vulneración de los derechos fundamentales del actor, por lo que la tutela debe resolverse desfavorablemente a sus intereses.

CONSIDERACIONES

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.

Corresponde en esta ocasión determinar si el amparo invocado por JUAN ALEXANDER CADAVID MORALES, en contra de las providencias judiciales emitidas por los por los Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y Cuarto Penal del Circuito Especializado, ambos de Antioquia, relativos a la negativa de la libertad condicional postulada por el condenado y confirmatoria de tal providencia, respectivamente, fueron razonables desde los puntos de vista normativo y probatorio.

Respecto de la posibilidad de aceptar el examen de amparo, cuando la conducta que atenta o vulnera una garantía constitucional deriva de una providencia judicial, es pertinente recordar que la Sentencia CC C-590 de 2005 hizo alusión a los requisitos generales y especiales para la procedencia excepcional de la acción de tutela.

En cuanto a los primeros señaló: (i) Que el asunto trate sobre un asunto de relevancia constitucional; (ii) agotar todos los recursos ordinarios y extraordinarios dispuestos por la legislación aplicable; (iii) presentarse en un término oportuno y razonable; (iv) si la alegación del defecto es por una

irregularidad procesal, esta debe ser de tal magnitud que impacte en el sentido de la decisión; (v) una especificación detallada de los hechos; y (vi) que la providencia cuestionada no sea una sentencia de tutela.

Y en punto de los requisitos especiales se refirió así: (i) Defecto orgánico; (ii) defecto procedimental absoluto; (iii) *defecto fáctico*; (iv) *defecto sustantivo por desconocimiento del precedente*; (v) error inducido; (vi) ausencia absoluta de motivación; incompleta o deficiente argumentación; equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente fundamentación; sofística, aparente o falsa sustentación; (vii) desconocimiento del precedente; y (viii) violación directa de la constitución.

Se ha insistido que ante la concurrencia de los requisitos generales y, por lo menos, una de las causales específicas de procedibilidad contra las decisiones judiciales, es factible ejercitar el amparo como mecanismo excepcional por quebrantamiento de derechos fundamentales. Entonces, a ello se procede.

En el caso bajo estudio, se advierte que (i) trata sobre un asunto de relevancia constitucional, pues se invoca la protección de derechos fundamentales que se denuncian quebrantados a partir del ejercicio de funciones propias de la administración de justicia; (ii) fueron agotados los recursos ordinarios procedentes frente a la determinación cuestionada; (iii) no ha habido tardanza en la presentación de la demanda de amparo, porque la decisión que confirmó la negativa de la libertad condicional fue adoptada el 11 de octubre de 2022; (iv) se efectuó una especificación detallada de los hechos que motivaron el origen de este trámite constitucional; (v) el supuesto desconocimiento de la referida garantía judicial fue terminante para llegar a la aludida conclusión; y (vi) las providencias cuestionadas no son sentencias de tutela.

Superado los requisitos genéricos, procedemos al siguiente estudio.

En cuanto a la libertad condicional, la Corte Constitucional señaló, en pronunciamiento CC C-757 de 2014, que el primer inciso del artículo 64 de la Ley 599 de 2000, después de la modificación introducida por el artículo 30 de

la Ley 1709 de 2014, es exequible a la luz de los principios del *non bis in ídem*, juez natural de que la Constitución Nacional en el art. 29, separación de poderes previsto en el art. 113 ibidem y tampoco vulnera la prevalencia de los tratados de derechos humanos en el orden interno.

La misma Corporación, en ese sentido, en sentencia CC C-194 de 2005, condicionó la interpretación para conceder o negar el referido subrogado, ya que estableció que debe tenerse en cuenta las «*circunstancias, elementos y consideraciones efectuadas por el juez en la sentencia condenatoria*», sean estas favorables o desfavorables al condenado. Este criterio jurídico ha encauzado las decisiones de los jueces de ejecución de penas, incluso decisiones de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, entre ellas las sentencias: CSJ STP1950-2017, 14 feb. 2017, rad. 90017 y STP2039-2021, 18 feb. 2021, rad. 114803.

Por ende, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad examinará los requisitos para la procedencia de la libertad condicional, previa valoración de la conducta punible, labor que no descarta la evaluación de la gravedad de las acciones u omisiones materializadas por el condenado.

A la par, deberá apreciar los efectos de la pena hasta ese momento descontada, el comportamiento del condenado y, en general, los aspectos relevantes para establecer la función resocializadora del tratamiento penitenciario.

Sobre la materia la Sala de Casación Penal, en recientes decisiones, extendió aún más la concepción vigente acerca de la valoración de la conducta punible en la fase de la ejecución de la pena al momento de decidir una solicitud de libertad condicional, al explicar¹:

28. Esta Sala, en la sentencia de tutela STP15806-2019, Radicado 683606, se refirió a los fines que debe perseguir la pena, de la siguiente manera:

(...) la pena no ha sido pensada únicamente para lograr que la sociedad y la víctima castiguen al condenado y que con ello vean sus derechos restituidos, sino

¹ CSJ AP2977-2022, rad. 61471, 12 jul. 2022

que responde a la finalidad constitucional de la resocialización como garantía de la dignidad humana.

(...)

Así, se tiene que: i) en la fase previa a la comisión del delito prima la intimidación de la norma, es decir la motivación al ciudadano, mediante la amenaza de la ley, para que se abstenga de desplegar conductas que pongan en riesgo bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal; ii) en la fase de imposición y medición judicial debe tenerse en cuenta la culpabilidad y los derechos del inculpado, sin olvidar que sirve a la confirmación de la seriedad de la amenaza penal y a la intimidación individual; y iii) en la fase de ejecución de la pena, ésta debe guiarse por las ideas de resocialización y reinserción sociales².

Con fundamento en ello, la misma corporación concluyó que:

i) No puede tenerse como razón suficiente para negar la libertad condicional la alusión a la lesividad de la conducta punible frente a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal (...) ii) La alusión al bien jurídico afectado es solo una de las facetas de la conducta punible, como también lo son las circunstancias de mayor y de menor punibilidad, los agravantes y los atenuantes, entre otras. Por lo que el juez de ejecución de penas debe valorar, por igual, todas y cada una de éstas; iii) Contemplada la conducta punible en su integridad, según lo declarado por el juez que profiere la sentencia condenatoria, éste es solo uno de los distintos factores que debe tener en cuenta el juez de ejecución de penas para decidir sobre la libertad condicional, pues este dato debe armonizarse con el comportamiento del procesado en prisión y los demás elementos útiles que permitan analizar la necesidad de continuar con la ejecución de la pena privativa de la libertad, como bien lo es, por ejemplo, la participación del condenado en las actividades programadas en la estrategia de readaptación social en el proceso de resocialización (...).

Lo anterior, está indicando que el solo análisis de la modalidad o gravedad de la conducta punible no puede tenerse como motivación suficiente para negar la concesión del subrogado penal, como pareció entenderlo el A quo, al asegurar que «no se puede pregonar la procedencia del beneficio denominado Libertad Condicional, pues ese pronóstico sigue siéndole desfavorable, en atención a la valoración de la conducta, circunstancia que no cambiará, (...) su comportamiento delictivo nació grave y no pierde sus características con ocasión del proceso de resocialización y rehabilitación dentro del tratamiento penitenciario»

Por el contrario, se ha de entender que tal examen debe afrontarse de cara a la necesidad de cumplir una sanción ya impuesta, por lo que no se trata de un mero y aislado examen de la gravedad de la conducta, sino de un estudio de la personalidad actual y los antecedentes de todo orden del sentenciado, para de esta forma evaluar su proceso de readaptación social; por lo que en la apreciación de estos factores debe conjugarse el «impacto social que genera la comisión del delito bajo la égida de los fines de la pena, los cuales, para estos efectos, son complementarios, no excluyentes.

En similar sentido, en decisión CSJ AP3348–2022, rad. 61616, 27 jul. 2022 asimismo, la Corte expuso:

² Claus Roxin, “Culpabilidad y prevención en Derecho Penal”, Traducido por: F. Muñoz Conde, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 47.

“Toda conducta punible es considerada un acto grave contra la sociedad, al punto que el legislador reprime su comisión a través de la punición. De cualquier manera, a raíz del resquebrajamiento de las relaciones humanas, ella afecta los valores que condicionan la existencia, conservación y desarrollo de la vida en comunidad. En últimas, además del daño privado, el delito siempre ocasiona un daño público directamente relacionado con la transgresión de las normas establecidas por el legislador penal, necesarias para la convivencia pacífica.

La condición de grave o leve de una infracción delictiva da lugar a intensos e inacabados debates. Nadie ha de negar que existen cierto tipo de comportamientos que por su naturaleza –o por lo menos desde una perspectiva simplemente objetiva–, implican una mayor afectación a valores sensibles para el conglomerado social, verbigracia, los vinculados a bienes jurídicos que tutelan la vida, la integridad personal, la libertad en todas sus aristas o la administración pública, para citar solo algunos, lo que de contera genera unánime rechazo social. Sin embargo, ello no soluciona la problemática a la hora de calificar el injusto.

La praxis judicial enseña que en torno a la valoración de la conducta punible se elaboran múltiples reflexiones para justificar su gravedad –todas válidas si se quiere–, una por cada tipo penal que el Estatuto Punitivo contempla, pero en el fondo sólo confluyen en un argumento circular que asume por punto de partida las razones que tuvo en cuenta el legislador para considerar que determinado proceder debía ser objeto de represión por el Estado.

La previa valoración del injusto típico introduce a la discusión argumentos de índole subjetivo que en nada contribuyen a superar la ambigüedad generada por el legislador de 2014 en el artículo 64 del Código Penal.

Por ejemplo, cómo negar la percepción y el reclamo del menor de edad, quien considera sumamente grave el hecho que sus ascendientes, sin justa causa, no provean los alimentos necesarios para su subsistencia (inasistencia alimentaria), o el del padre o madre cabeza de familia a la que hurtan su humilde venta de golosinas, que por su situación económica constituía el único medio de ingreso económico del núcleo familiar. Y la lista sería interminable si se pretendiera continuar el ejercicio casuístico.

Algunos argumentan que un criterio que permite identificar la gravedad del delito está dado por la severidad de la pena a imponer. No obstante, nuevamente la práctica judicial enseña lo contrario, en virtud de un fenómeno que ha dado en llamarse hiperinflación o populismo punitivo, producto de la irreflexiva política criminal colombiana³, que en la vehemente búsqueda de encontrar en el derecho penal la solución a todos los problemas de la sociedad, simplemente ofrece sanciones graves, retribución –por no decir venganza– y castigos ejemplarizantes, dejando de lado la noción de resocialización y acercándose en mucho a criterios de segregación y exclusión del penado del entramado social.

(...)

³ En la sentencia CC T-388-2013, la Corte Constitucional reiteró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario del país (que ya había sido declarado en la sentencia CC T-153-1998), oportunidad en la que mencionó que «la política criminal colombiana se ha caracterizado por ser reactiva, desprovista de una adecuada fundamentación empírica, incoherente, tendiente al endurecimiento punitivo, populista, poco reflexiva frente a los retos del contexto nacional, subordinada a la política de seguridad, volátil y débil. Estas características resultan problemáticas, en tanto, desligan la política criminal de sus objetivos principales: combatir la criminalidad y lograr la efectiva resocialización de los condenados». Postura reiterada en la sentencia CC T-762-2015, en la que se dijo que «la Política Criminal colombiana ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad. Así mismo, que el manejo histórico de la Política Criminal en el país ha contribuido a perpetuar la violación masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad e impide, en la actualidad, lograr el fin resocializador de la pena».

Importa acotar que la Sala, por obvias razones, no se refiere a aquellas conductas que el propio legislador, en uso de su libertad de configuración normativa, excluyó del subrogado de la libertad condicional, asunto que ocupó la atención de la Corte Constitucional en sentencia CC C-073-2010, en la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, «[p]or la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones».

En su decisión, el alto Tribunal Constitucional explicó que, en punto de concesión de beneficios penales: (i) el legislador cuenta con amplio margen de configuración normativa, manifestación de su competencia para fijar la política criminal del Estado, (ii) se ajustan, prima facie, a la Constitución Política, las medidas legislativas que restrinjan la concesión de beneficios penales en casos de delitos considerados particularmente graves para la sociedad o que causan un elevado impacto social y, (iii) el Estado colombiano ha asumido compromisos internacionales en materia de combate contra el terrorismo, razón de más para que el legislador limite la concesión de beneficios penales en la materia.

En la sentencia en cita, también se recordó que el legislador ha limitado igualmente el reconocimiento de beneficios penales para los casos de conductas punibles que considera particularmente graves en función, por ejemplo, de la calidad de la víctima, verbigracia, el caso del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 «[p]or la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia», norma que contiene diversas restricciones, algunas de las cuales las consideró ajustadas a la Carta Política (Cfr. CC C-738-2008).

Por ello, precisó que «[e]l legislador puede establecer, merced a un amplio margen de configuración, sobre cuáles delitos permite qué tipo de beneficios penales y sobre cuáles no. Dentro de esos criterios, los más importantes son: (i) el análisis de la gravedad del delito y (ii) la naturaleza propia del diseño de las políticas criminales, cuyo sentido incluye razones políticas de las cuales no puede apropiarse el juez constitucional».

Las anteriores enseñanzas han sido reiteradas en las sentencias CC T-019-2017 y T-640-2017 –posteriores a la Ley 1709 de 2014– en las cuales explicó que el juez de ejecución de penas, a efectos de conceder el subrogado de libertad condicional, debe revisar: (i) si la conducta fue considerada especialmente grave por el legislador, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 de la Ley 1121 de 2006 y 199 de la Ley 1098 de 2006 y, (ii) solo si esto es viable, es decir, si aplicado ese filtro resulta jurídicamente posible la concesión del subrogado, por no estar prohibido por la normatividad legal, debe verificarse el lleno de todos los requisitos exigidos en el canon 64 del Estatuto Punitivo, sin detenerse en el solo estudio de la conducta delictiva.

Sustentar la negación del otorgamiento de la libertad condicional en la sola alusión a la gravedad o lesividad de la conducta punible, solo es posible frente a casos en los cuales el legislador ha prohibido el otorgamiento del subrogado por dicho motivo, como sucede con los previstos en los artículos 26 de la Ley 1121 y 199 de la Ley 1098 de 2006, pues, como se dijo en la decisión CSJ STP15806-2019, 19 nov. 2019, rad. 107644, atrás citada, «no puede tenerse como razón suficiente para negar la libertad condicional la alusión a la lesividad de la conducta punible frente a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, pues ello solo es compatible con prohibiciones expresas frente a ciertos delitos»

El artículo 64 del Código Penal (modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014), con la exequibilidad condicionada declarada por la Corte Constitucional en la sentencia CC C-757-2014, enseña que la finalidad del subrogado de la libertad condicional es permitir que el condenado pueda cumplir por fuera del centro de reclusión parte de la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia, cuando la conducta punible cometida, los aspectos favorables que se desprendan del análisis efectuado por el juez de conocimiento en la sentencia – en su totalidad–, el adecuado comportamiento durante el tiempo que ha permanecido privado de la libertad y la manifestación que el proceso de resocialización ha hecho efecto en el caso concreto –lo cual traduce un pronóstico positivo de rehabilitación–, permiten concluir que en su caso resulta innecesario continuar la ejecución de la sanción bajo la restricción de su libertad (artículo 64 numeral 2° del código penal).

Sólo de esa forma se hace palpable la progresividad del sistema penitenciario, cuya culminación es la fase de confianza de la libertad condicional, que presupone la enmienda y readaptación del delincuente y efectiviza su reinserción a la sociedad, lográndose la finalidad rehabilitadora de la pena.

La perspectiva en clave de libertad principalmente apuesta por las posibilidades de resocialización o reinserción social de la persona que ha cometido una infracción delictiva, acorde a máximas de rehabilitación, mientras la visión de seguridad apunta a su exclusión social, propias de políticas intimidatorias e inocuizadoras o de aislamiento del condenado, que contrarrestan su reintegro a las dinámicas comunitarias.

Por supuesto, sólo el primer enfoque posee efectos personales y sociales favorables al condenado, toda vez que persigue objetivos de prevención especial cifrados en la confianza en neutralizar el riesgo de reincidencia criminal a través de la incorporación del infractor a la sociedad. Al paso que el segundo pretende alcanzar objetivos preventivos, pero a través de la exclusión del delincuente del conglomerado social.

La integración holística que el artículo 64 del Código Penal impone al juez vigía de la pena, conduce a que la previa valoración de la conducta no ha de ser entendida como la reedición de ésta, pues ello supondría juzgar de nuevo lo que en su momento definió el funcionario judicial de conocimiento en la fase de imposición de la sanción. Tampoco significa considerar en abstracto la gravedad de la conducta punible, en un ejercicio de valoración apenas coincidente con la motivación que tuvo en cuenta el legislador al establecer como delictivo el comportamiento cometido. Menos implica que el injusto ejecutado, aun de haber sido considerado grave, impida la concesión del subrogado, pues ello simplemente significaría la inoperancia del beneficio liberatorio, en contravía del principio de dignidad humana fundante del Estado Social de Derecho.

Una lectura diferente de lo pretendido por el legislador y de lo definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada de la norma en cuestión: (i) la aleja del talante resocializador de la pena, (ii) desvirtúa el componente progresivo del tratamiento penitenciario, (iii) muta el norte rehabilitador que inspira el mecanismo sustitutivo, hacia un discurso de venganza estatal, y (iv) obstaculiza la reconstrucción del tejido social trocado por el delito.

La previa valoración de la conducta no puede equipararse a exclusiva valoración, sobre todo en aspectos desfavorables como la gravedad que con asiduidad se resaltan por los jueces ejecutores, dejando de lado todos los favorables tenidos en

cuenta por el funcionario judicial de conocimiento. Si así fuera, el eje gravitatorio de la libertad condicional estaría en la falta cometida y no en el proceso de resocialización. Una postura que no ofrezca la posibilidad de materializar la reinserción del condenado a la comunidad y que contemple la gravedad de la conducta a partir un concepto estático, sin atarse a las funciones de la pena, simplemente es inconstitucional y atribuye a la sanción un específico fin retributivo cercano a la venganza.

La Corte ha de reiterar que cuando el legislador penal de 2014 modificó la exigencia de valoración de la gravedad de la conducta punible por la valoración de la conducta, acentuó el fin resocializador de la pena, que en esencia apunta a que el reo tenga la posibilidad cierta de recuperar su libertad y reintegrarse al tejido social antes del cumplimiento total de la sanción.

En suma, no es el camino interpretativo correcto, asociar que la sola gravedad de la conducta es suficiente para negar el subrogado de la libertad condicional. Ello sería tanto como asimilar la pena a un oprobioso castigo, ofensa o expiación o dotarla de un sentido de retaliación social que, en contravía del respeto por la dignidad humana, cosifica al individuo que purga sus faltas y con desprecio anula sus derechos fundamentales.

En el caso concreto, JUAN ALEXANDER CADAVID MORALES JUAN ALEXANDER MORALES CADAVID adujo en el escrito de tutela que las providencias emitidas por los despachos judiciales accionados no acataban las directrices jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según las cuales para resolver la libertad condicional el juez, además, de la gravedad y modalidad de la conducta, debe tener en cuenta aspectos personales del sentenciado, su proceso de resocialización, readaptación y la conducta observada por él durante el confinamiento, todo lo cual permite materializar los fines de la pena, e insistiendo en que este subrogado no se debe negar con el único criterio de la gravedad de la conducta.

Lo anterior, teniendo en cuenta que durante el proceso, estando libertad, aceptó cargos lo cual dio lugar a una sentencia de condena anticipada; y privado de la libertad, mostró arrepentimiento, aceptó el daño, ha obtenido rebaja de pena por trabajo y ha observado buena conducta, tal como se constata en lo certificados de conducta expedido por el centro carcelario.

Esta petición, fue negada por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, en auto de 14 de enero de 2021, donde expuso lo siguiente:

“No obstante, aunque se tiene por cumplido este primer requisito de orden objetivo, el acceso al beneficio solicitado se ve interferido porque los punibles cometidos por JUAN ALEXANDER MORALES DAVID, a saber, CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO y TRÁFICO DE SUSTANCIAS PARA EL PROCESAMIENTO DE NARCÓTICOS, (...) especialmente graves en comparación con los de su género, merced al alto grado de lesividad que comportaron, al número de afectados que resultaron de su ejecución, a las repercusiones sociales, económicas y de todo orden que conllevaron y muy especialmente a la degradación de la calidad de vida, de la seguridad y de la tranquilidad de los habitantes de la zona donde las bandas criminales como aquella a la que pertenecía el sentenciado, ejercen su influencia.

Y es que en tratándose de delitos como los ejecutados por JUAN ALEXANDER MORALES CADAVID que tanto daño ocasionan, se debe soportar el castigo de la pena de prisión, como función retributiva y preventiva para que el sentenciado y la comunidad que se ha visto directamente afectada con sus atentados, constaten las consecuencias jurídicas de la transgresión a la normatividad imperante, con el objetivo de que adecue su comportamiento a los parámetros fijados por la ley; además y para prevenir la comisión de nuevas conductas lesivas o simples vulneraciones a compromisos serios frente a la judicatura; pues no puede enviarse a la comunidad el mensaje equivocado de que el acceso a las figuras sustitutivas de la pena privativa de la libertad, procede meramente por la verificación de exigencias objetivas cuando de por medio está la ejecución de conductas tan censurables como las cometidas por quien fue condenado como líder de una poderosa organización criminal dedicada a la producción, tráfico, transporte y comercialización de estupefacientes que operaba en amplias y variadas zonas de los departamentos de Antioquia, Bolívar y Córdoba, banda criminal antes denominada “CLAN ÚSUGA” y ahora conocida como “CLAN DEL GOLFO”.

Es que las conductas delictivas aceptadas por el sentenciado, no sólo afectan la seguridad pública sino muchos otros bienes jurídicos que resultan comprometidos con el accionar conjunto, coordinado y decidido de bandas criminales como aquella a la que pertenecía el sentenciado, cuyo propósito principal era y continúa siendo, el de mantener a cualquier costo, el control sobre determinadas zonas geográficas para asegurar los corredores del narcotráfico nacional e internacional y lucrarse de los delitos que comenten. Indudablemente, MORALES CADAVID cometió unas conductas gravísimas, que atentaron contra algunos de los más caros bienes de los seres humanos: los de la seguridad, la salud pública, la tranquilidad, el patrimonio económico... y en fin, todos aquellos que resultan comprometidos cuando una banda criminal como aquella a la pertenecía, instala su régimen de zozobra entre la población civil a la que someten a sus condiciones en procura de obtener provecho económico a cualquier costo, evidenciándose entonces una gravedad mayor en el acontecer delictivo que dio origen al fallo condenatorio. Las circunstancias en que se realizó el ilícito motivo de condena, atinentes a la participación consciente y decidida del sentenciado en la actividades criminales de una organización tan peligrosa como la denominada CLAN DEL GOLFO en la que el condenado ejercía como líder, imponen la necesidad del tratamiento penitenciario para obtener los cometidos que a la pena le asigna el artículo 4º del C. Penal, muy especialmente el de la retribución justa y la prevención general, fines a través de los cuales el Estado dispensa protección a la comunidad que con todo derecho reclama respuestas severas cuando de delitos como los ejecutados por el solicitante se trata.

Como es sabido, la pena de prisión es el castigo legal que se impone por la comisión de una conducta dañina a un bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal, a efectos esenciales de persuadir a esa persona, mediante el tratamiento penitenciario, a que no vuelva a atentar contra los bienes, derechos y libertades de los demás, que es lo que permite la convivencia pacífica, así que, cuando la ecuación del respeto por los bienes, derechos y libertades de los demás, se desestabiliza por uno o varios de los sujetos, a los infractores se les inflige la pena como finalidad preventiva, protectora y resocializadora; pues es claro que el sujeto que es retirado del conglomerado social no puede seguir cometiendo atentados mientras soporta el castigo, la finalidad protectora se revierte en pro de la sociedad al ser protegida de ese individuo que le ha causado daño y a favor del mismo individuo en prevención de la retaliación que genera el delito y finalmente la finalidad resocializadora radica, como se dijo, en el objeto de persuadirlo, convencerlo o inducirlo en el respecto por los bienes, derechos y libertades de los demás.

Al examinar la viabilidad de conceder la LIBERTAD CONDICIONAL, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad debe estar en posibilidad de afirmar que las funciones asignadas a la pena por el artículo 4° del Código Sustantivo, se han alcanzado en punto a la reinserción social del condenado y la justa retribución, y que la de prevención general puede ser obtenida porque es razonable predecir, gracias a su desempeño carcelario y en atención al tipo de delito que ejecutó, que el favorecido con la gracia no pondrá en peligro a la comunidad a la que va a regresar, peligro que el Estado está llamado a contrarrestar evitando que regrese a ella de modo anticipado a través de la concesión de la LIBERTAD CONDICIONAL. Finalmente debe indicarse que el análisis de la gravedad de la conducta concretamente imputada a una persona por parte del sentenciador al dosificar la pena, y el que realiza luego el Ejecutor cuando se enfrenta a la decisión de Radicación No 2020-0011 Sentenciado: JUAN ALEXANDER MORALES CADAVID conceder o no la LIBERTAD CONDICIONAL, es diferente puesto que permite arribar a conclusiones distintas: uno, el que efectúa el juez de la causa, sirve de criterio orientador para individualizar la pena en concreto y para estimar (bajo la perspectiva del anterior artículo 63 del C. Penal) la procedencia del subrogado de la condena de ejecución condicional, y otro, el que realiza el juez de Ejecución de penas, tiene como propósito avalar o negar la conclusión de que NO EXISTE NECESIDAD DE CONTINUAR CON LA EJECUCIÓN DE LA PENA porque los propósitos que a ella le asigna el artículo 4° del C. Penal, pueden reputarse satisfechos para el momento en el que la solicitud se decide, de suerte que no se trata de una doble incriminación o vulneración al principio del “non bis in ídem”, de que se esté haciendo derivar del mismo hecho y en forma repetida, la misma consecuencia restrictiva, sino del ejercicio independiente y autónomo de cada uno de los funcionarios en el ámbito de sus propias competencias. Por eso cuando el Juzgado efectúa su propio análisis acerca de la gravedad del delito, lo hace de cara a la figura contemplada en el artículo 64 del C. Penal y porque ese canon normativo así se lo impone, y no para asignar al delito una pena determinada ni para cuestionar el monto de la pena impuesto en la sentencia, cuanto más que en el caso que se examina, el fallador se abstuvo de emitir un concepto acerca de este importante tópico merced al hecho de que la sentencia fue fruto de un preacuerdo, lo cual otorga más peso al deber legal de pronunciarse a ese respecto.”

Tal decisión fue apelada y confirmada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en proveído de 11 de octubre de 2021, donde expuso lo siguiente:

«La razón, entonces, está del lado del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, pues el artículo 64 del Código Penal, modificado por el artículo 30 la Ley 1709 de 2014, declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C- 757 de 2014, establece la procedencia del mecanismo liberatorio “previa valoración de la conducta punible” por la que se emitió condena, la cual es obligatoria para el Juez, y no se circunscribe tan sólo a su gravedad, sino que debe atender a “todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional”¹. Por ende, es del resorte del funcionario judicial, “valorar todos los demás elementos, aspectos y dimensiones”² de las conductas, ampliándose el objeto de apreciación. Lo anterior, ha sido reiterado en diversas decisiones por la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia, recientemente la alta corporación en la STP 3000 del 15 de marzo de 2022, M.P. Fernando León Bolaños Palacios indicó:

“Al respecto, debe señalarse que el subrogado de libertad condicional está desarrollado en el artículo 64 del Código de Penal, modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014. Para concederlo el juez ejecutor debe verificar tanto el cumplimiento del requisito objetivo, como el elemento subjetivo: el primero impone haber descontado tres quintas (3/5) partes de la pena; mientras que el segundo, se circunscribe a valorar la gravedad de la conducta punible por la que se impartió la condena. Así, para acceder al subrogado aludido, el procesado debe demostrar que cumple con ambas exigencias. Por lo anterior, para conceder la libertad condicional el juez de ejecución de penas debe atenerse a las condiciones contenidas en el artículo 64 del Código Penal, norma que, entre otras exigencias, le impone valorar la conducta punible del condenado”.

Bajo ese entendido, se estima que la valoración de la conducta punible realizada por el A quo se encuentra dentro de sus competencias y se aviene a lo constitucionalmente legítimo, pues su análisis es obligatorio y, el mismo se realizó conforme al componente fáctico plasmado en la sentencia de primera instancia, lo que llevó al Juzgado de Ejecución a determinar que el sentenciado debe continuar privado de la libertad habida cuenta que el cumplimiento de las 3/5 partes de la pena impuesta y la observancia de buena conducta no satisface los fines de la pena. Concluye esta Oficina que en el presente caso el diagnóstico es de necesidad de cumplimiento de la pena por parte del condenado. Si a éste se le concediera la libertad serían negativos los efectos del mensaje que recibiría la comunidad, ya que se entendería que si personas que cometen punibles de tan alto impacto social delinquen, y en la práctica no se materializa la sanción que les corresponde, también ella (la comunidad en general) podría vulnerar la ley penal con la esperanza de que la represión será insignificante.»

Las anteriores aseveraciones corresponden a la valoración de los falladores accionados, bajo el principio de la sana crítica, lo cual permite sostener que el criterio judicial censurado sea inmutable por el sendero de este accionamiento. Recuérdese que la aplicación sistemática de las disposiciones

jurídicas y la interpretación ponderada que efectúan los falladores, al resolver un asunto dentro del ámbito de su competencia, pertenece a su autonomía como administradores de justicia.

El razonamiento descrito no puede controvertirse en el marco de la acción de tutela, cuando no se percibe ilegítimo o caprichoso. La acción de tutela no es una herramienta jurídica adicional, que en este evento se convertiría prácticamente en una tercera instancia. Por ende, no es apropiado esbozar en vía de tutela causales de procedibilidad originadas en la supuesta arbitrariedad en el razonamiento de la normatividad aplicable al asunto, o en el seguimiento de los lineamientos jurisprudenciales sobre el caso debatido.

Téngase en cuenta que las razones del actor para considerar que las decisiones atacadas son violatorias de sus derechos fundamentales atañen al desconocimiento de circunstancias como la aceptación de cargos, la sola mención del arrepentimiento del daño causado, la obtención de rebaja de pena y los cómputos de redención, sin indicar siquiera en qué actividades y periodos, también el buen comportamiento intracarcelario porque no ha intentado fugarse y la expedición de certificados de buena conducta.

Tesis como la presentada por el actor son contrarias con este mecanismo constitucional. Si se admitiera que el juez de tutela puede comprobar la juridicidad de los trámites por los presuntas equivocaciones en la estimación probatoria, interpretación de las disposiciones jurídicas o aplicación de precedentes judiciales se desconocerían los principios de independencia y sujeción exclusiva a la ley, que subyugan la actividad de los jueces, tal como lo prevén los artículos 228 y 230 de la Constitución Nacional; además las formas propias del juicio contenidas en el artículo 29 ibidem.

En mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional invocado por JUAN ALEXANDER CADAVID MORALES.

SEGUNDO: En el evento de no ser impugnada la presente decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase,



MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco Magistrado
Tribunal O Consejo Seccional Sala 002
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: efaff63845dee7c5b1790788d41aec3d9a3203a4ab4485ae44959a77b8f45023

Documento generado en 23/01/2023 07:08:21 AM

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

Firmado Por:
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: **2e849b978f5e002a341e0d2238e2be7f57d2855dad3e0d70eb8b41de7d100f82**

Documento generado en 23/01/2023 11:53:35 AM

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 Interno: 2022-2053-3
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00599
Accionante: Andrés Felipe Serna
Accionados: Juzgado Primero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia
Juzgado 28 Penal del Circuito de
Medellín
Asunto: Tutela de Primera Instancia
Decisión: Niega
Acta: N° 011 de enero 20 de 2023

Medellín, enero veinte (20) de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resuelve la Sala, en primera instancia, la acción de tutela propuesta por ANDRÉS FELIPE SERNA a contra el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y el Juzgado 28 Penal del Circuito de Medellín, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, libertad y dignidad humana.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el accionante¹ que está siendo investigado por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico fabricación o porte de estupefacientes y que para la fecha, a pesar de llevar más de 43 meses privado de la libertad, no se ha resuelto de fondo su situación jurídica, estando en este momento su proceso penal en sede de juicio oral.

¹ PDF N°2, expediente digital de tutela.

Afirmó, que el Juez con función de control de garantías que estudió su solicitud de libertad por vencimiento de términos desconoció la normatividad aplicable al caso, como también lo hizo el Juzgado 28 Penal del Circuito de Medellín que conoció en segunda instancia.

Por lo anterior estima que la acción de tutela resulta procedente para garantizar sus derechos al debido proceso, igualdad y dignidad humana toda vez hubo una flagrante inobservancia a los términos procesales para la resolución de su situación jurídica.

TRÁMITE

1. Mediante auto adiado el 19 de diciembre de 2022², se asumió el conocimiento de la acción de tutela instaurada contra el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y el Juzgado 28 Penal del Circuito de Medellín, ordenándose vincular al Centro de Servicios Judiciales de Medellín.
2. El 11 de enero de 2023 se y se corrió traslado a los juzgados demandados para que pudieran ejercer efectivamente sus derechos de defensa y contradicción.
3. El 11 de enero de 2023, el secretario del Juzgado 28 Penal del Circuito de Medellín³ indicó en su informe que el proceso adelantado en contra del señor ANDRÉS FELIPE SERNA fue conocido por el Juzgado 43 Penal Municipal con Función de Control de Garantías en primera instancia y la apelación le había correspondido al Juzgado 25 Penal del Circuito De Medellín.
4. Por su parte el Juez Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia⁴ señaló que proveniente del Juzgado Primero Homologó recibió el proceso radicado 05001 60 00000 2019 01230 que se adelanta en contra del señor ANDRÉS FELIPE SERNA por la presunta comisión de los delitos de

² PDF N° 04 – Expediente Digital.

³ PDF N° 12 – Expediente Digital.

⁴ PDF N° 14 – Expediente Digital.

concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y que tal actuación a la fecha se encuentra en etapa de juicio oral adelantándose la práctica probatoria de la defensa.

Finalmente agregó que desconocía si el accionante había elevado solicitud de libertad por vencimiento de términos ante los jueces con función de control de garantías.

5. El 13 de enero de 2023 la Juez Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales de Medellín⁵ indicó que el 7 de septiembre de 2022 el defensor Henry Sánchez Abaunza radicó solicitud de audiencia de libertad por vencimiento de términos la cual fue programada para el 13 de septiembre del mismo año, correspondiéndole al Juzgado 43 Penal Municipal con Función de control de Garantías de Medellín, estado que negó la libertad deprecada.

Tal decisión fue recurrida y le correspondió por reparto el Juzgado 25 Penal del Circuito de Medellín, desconociéndose por la dependencia vinculada la decisión adoptada por el Ad Quem.

6. Ante la respuesta brindada por el Centro de Servicios Judiciales de Medellín y el Juzgado 28 Penal del Circuito del mismo distrito judicial, se ordenó la vinculación al Juzgado 25 Penal del Circuito de Medellín.

7. El 20 de enero de 2023 el Juzgado antes referido rindió informe dentro de la presente acción constitucional señalando que el 12 de diciembre de 2022 se confirmó la decisión de primera instancia luego de evidenciarse que efectivamente no se había superado el término prescrito por la Ley de qué trata el # 6 del art. 317 del C.P.P.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

⁵ PDF N° 16 – Expediente Digital.

competente esta Sala para proferir fallo de primera instancia dentro de la presente acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política 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 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.

En esta oportunidad, corresponde a la Sala determinar si en la presente acción constitucional se cumplen los requisitos generales y especiales de procedencia cuando se controvierten providencias judiciales y si se ha vulnerado los derechos al debido proceso, igualdad, libertad y dignidad humana.

Lo anterior dado que, se advierte la inconformidad del accionante frente a la decisión del Juzgado 25 Penal del Circuito de Medellín, el cual confirmó la decisión de primera instancia mediante la cual se le negó la libertad por vencimiento de términos dentro del radicado investigativo 05001 60 00000 2019 01230. Aduce que tanto la providencia de primera como de segunda instancia no tuvieron en cuenta la normatividad aplicable al caso y desconocieron la Convención Americana de Derechos Humanos, puesto que en su caso se ha dilatado injustificadamente el proceso y lleva más de 43 meses privado de la libertad sin que se haya resuelto de fondo su situación jurídica.

Resaltó igualmente que se le han endilgado términos de la defensa de la coprocesada, sin que dicho defensor posea autorización o poder por él conferidos.

La sentencia C-590 de 2005 señala que hay un grupo de causales de procedibilidad genéricas y específicas para la prosperidad del recurso de amparo en contra de las decisiones judiciales⁶, cuyo fin –definido con posterioridad– consiste en tener con anticipación reglas metodológicas objetivas que sirvan al operador jurídico para examinar la procedencia y prosperidad de la acción de tutela⁷.

En cuanto a los lineamientos generales de procedencia de la acción, ha establecido:

“Esta nueva dimensión abandonó la expresión “vía de hecho” e introdujo “criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales”, los cuales fueron distinguidos como de carácter general y de carácter específico. Los primeros constituyen restricciones de índole procedimental o parámetros imprescindibles para que el juez de tutela aborde el análisis de fondo y fueron clasificados así:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

b. Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora...

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

f. Que no se trate de sentencias de tutela.⁸

Una vez satisfechas tales condiciones generales, resulta imperioso que se acredite la existencia de, por lo menos, una causal o defecto específico de procedibilidad, a saber: *“Defecto orgánico, defecto procedimental absoluto, defecto*

⁶ Así también puede consultar la decisión SU-915 de 2013.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 2010.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-116 de 2018.

fáctico, defecto material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente, violación directa de la Constitución.”⁹

En el asunto bajo revisión, no admite discusión alguna que se trata de un tópico de evidente relevancia constitucional, pues el acierto de las decisiones que reprocha la parte actora tiene incidencia directa sobre derechos constitucionales de indiscutible trascendencia, como lo es el debido proceso y la libertad.

Frente al deber de promoción de los mecanismos de defensa judicial existentes a su alcance para revertir las decisiones que acusa como nugatorias de su derecho fundamental, se tiene que corresponden a los proveídos del 13 de septiembre de 2022 y 12 de diciembre de 2022 que corresponden a las providencias dictadas por los juzgados 43 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín y el Segundo 25 Penal del Circuito de Medellín fungiendo como segunda instancia de aquel, respectivamente.

Al respecto, dicho requisito se encuentra a salvo, pues el segundo de los citados Juzgado 25 Penal del Circuito de Medellín, se pronunció al desatar el recurso de apelación debidamente interpuesto contra la decisión proferida por el Juzgado 43 Municipal de Control de Garantías de Medellín proveído que, al ser de segunda instancia, por su naturaleza jurídica no admite recurso alguno.

Sobre el criterio de inmediatez, está vigente, toda vez que a la fecha de presentación de la demanda de tutela esto es, 19 de diciembre de 2022 habían transcurrido sólo 7 días desde que se emitió el auto de segunda instancia cuestionado por el accionante, razón suficiente para colegir que el promotor ha procurado realizar gestiones en defensa de sus derechos fundamentales dentro de un plazo razonable.

Ahora bien, respecto de la identificación razonable de los aspectos que generan la vulneración de los derechos fundamentales, la parte actora indicó

⁹ *Ibidem*.

que, no era admisible que las dilaciones o aplazamientos solicitados por la defensa de la coprocesada afectaran flagrantemente su derecho a la libertad pues los términos procesales también le fueron atribuidos.

Entonces, comoquiera que las decisiones que se atacan no son de tutela, resulta procedente el examen de los requisitos específicos de procedibilidad de la demanda de tutela frente a providencias judiciales.

Requisitos especiales:

El accionante aduce que los accionados incurrieron en omisión, al desconocer la normatividad aplicable específicamente los tratados internacionales, por lo cual se incurrió en una violación directa de la Constitución al desconocerse el derecho fundamental al debido proceso.

La Corte Constitucional ha definido, los defectos que hacen procedentes las acciones de tutela:

***Violación directa a la Constitución:** “Dicha causal se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque, (i) deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto o (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Norma Fundamental, desconociendo que de conformidad con su artículo 4º “la Constitución es norma de normas, por lo que en caso de incompatibilidad entre ella y la ley u otra regla jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales.”¹⁰*

Por tanto, se exige que la conducta del operador jurídico sea arbitraria con la consecuente vulneración grave de derechos fundamentales de alguna de las partes. Así mismo, se debe establecer si la presunta afectación se puede superarse por los medios ordinarios instituidos en el respectivo proceso con miras al restablecimiento de los derechos conculcados, salvo que tales recursos o medios de defensa, no sean eficaces para deparar una protección expedita e integral, en caso de que el requerimiento sea inmediato e impostergable, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

En ese orden de ideas, se observa que dentro del trámite ordinario el accionante ha tenido todas las oportunidades que la ley procesal penal le otorga para la protección de sus derechos fundamentales y en efecto, ha hecho uso de los mismos, al presentar solicitud de libertad por vencimiento de términos, la cual fue programada con celeridad u prontitud; la decisión de primera instancia fue recurrida en apelación y la alzada fue resuelta por el superior, por lo que no puede predicarse vulneración alguna de sus derechos fundamentales, aun cuando las decisiones hayan sido desfavorables.

Frente al problema jurídico planteado, es diáfano para esta Corporación, que este medio de defensa de los derechos fundamentales no puede concebirse como una tercera instancia y, por tanto, no le es dable al Juez Constitucional, entrar a debatir las motivaciones expuestas por los jueces ordinarios, toda vez que aquellos gozan de independencia y autonomía frente a las decisiones judiciales que toman.

Por lo tanto, el análisis del presente asunto se delimitará a verificar la observancia del debido proceso como derecho fundamental que le asiste al accionante, respecto de las decisiones tomadas por los Juzgados ya enunciados.

Verificado el contenido de las decisiones emitidas por los Juzgados 43 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín y 25 Penal del Circuito de Medellín en las cuales se negó la libertad por vencimiento de términos, en sede de primera y segunda instancia, constató que la decisión fue motivada y acertada puesto que para la fecha no se habían superado los términos legales reclamados por la defensa, esto es lo propio o dispuesto por el legislador en el art. 317 #6 del C.P.P., aunado a ello ambos despachos hicieron el conteo de términos de manera juiciosa y arribaron a la misma conclusión por lo cual le fue negada la libertad reclamada al señor ANDRÉS FELIPE SERNA.

Aunado a ello, en sede de segunda instancia el Ad quem atendió el inconformismo principal del defensor apelante, esto es, la reclamación de

términos procesales diferenciados, ya que los aplazamientos de la defensa de la coprocesada no debían ser descontados a su defendido pues resultaba atentatorio a los derechos fundamentales del privado de la libertad, e indicó que la defensa se entendía como una sola y que actuaba en conjunto, citando la decisión STP5321-2017, radicado 91350 de abril 19 de 2017, en la cual actuó como Magistrado Ponente el Dr. José Luis Barceló:

“9. Ahora, en relación con la contabilización de términos, ha de señalar la Sala que, contrario a lo expuesto por el aquí accionante, los falladores de primera y segunda instancia que resolvieron negativamente la solicitud de libertad provisional, obraron correctamente al imputar a la bancada defensiva el tiempo transcurrido como consecuencia de varias solicitudes de aplazamiento de algunas diligencias y la formulación de recursos que promovieron los propios representantes de los aquí actores, pues en esos casos, según postura reiterada de esta Corporación, debe aplicarse el criterio de la unidad de defensa.¹⁰ En efecto, sobre el tema en particular, en sede constitucional de hábeas corpus, esta Corte ha señalado: «Ahora, razón le asiste al a quo al señalar que los apoderados de quienes se encuentran procesados en una misma causa conforman una unidad defensiva, tal como lo ha sostenido esta Corporación al señalar: “Por último, es necesario precisar que en el sub examine algunos aplazamientos no se produjeron por causa del representante judicial del actor sino de los apoderados de sus compañeros de causa. Sin embargo, según tiene definido la Sala, el «retraso [es] atribuible a la defensa de los procesados, la cual conforma una unidad o una identidad de status» (CSJ AHP, 05 Feb 2014, Rad. 43165, entre muchos otros), por lo que la tardanza ocasionada por la bancada de la defensa, entendida como un conjunto, no puede ser alegada por uno de los enjuiciados como excusa para acceder a la libertad por vencimiento de términos”. (CSJ AHP, 26 oct. 2015, rad. 47004; en el mismo sentido CSJ AHP, 1 mar. 2013, rad. 40819; entre otras) (Subraya fuera del texto original). En esa medida, de conformidad con la regla interpretativa que se viene de citar, la queja del recurrente carece de sustento, pues aun cuando no en todas las ocasiones la audiencia de formulación de acusación fracasó por causa atribuible al defensor del accionante C.H., lo que sucedió solo en dos oportunidades, es lo cierto que en las restantes ello ocurrió debido a la inasistencia de los demás abogados, de donde se sigue que considerados todos los apoderados una unidad defensiva, la actuación dilatoria de alguno de ellos no favorece la pretensión liberatoria de los demás quienes, valga resaltar, tampoco hacen parte de la administración de justicia, pese a su condición de defensores públicos, como lo alega el actor, toda vez que según el artículo 116 de la Carta Política, aquella está integrada por las Altas Cortes, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, así como por la Justicia Penal Militar» (CSJ SCP AHP3501-2016, Radicación N° 48218 03 de junio de 2016).”

Luego, contrario a lo demandado por el ciudadano ANDRÉS FELIPE SERNA, las decisiones censuradas por esta senda excepcional se encuentran

debidamente motivadas, explicaron las razones por las cuales para el caso concreto no se habían superado los términos de Ley para acceder por dicho medio a la libertad.

No se evidencian pronunciamientos arbitrarios, con evidente, directa e importante repercusión perjudicial en los derechos fundamentales que pueden ser susceptibles de cuestionamiento por esta vía constitucional.

De tal suerte, no se logró demostrar de qué manera se vulneró algún derecho fundamental al accionante que deba ser protegido por el juez de tutela más aún cuando demostrado está que en el trámite correspondiente tuvo la oportunidad de impugnar la decisión del funcionario judicial garantizándosele de esta manera un debido proceso, y de ahí que no se vislumbran de vías de hecho, única posibilidad para que prospere la tutela contra decisiones y actuaciones de carácter judicial.

Debe reiterarse entonces por parte de esta Corporación que el Juez Constitucional no está facultado para quebrantar los principios de independencia y autonomía con que cuentan los funcionarios judiciales, debiéndose constatar que la instancia judicial ordinaria haya actuado con pleno acatamiento del debido proceso, el cual, para el presente caso, se respetó, pues las providencias atacadas por esta vía constitucional fueron debidamente motivadas y se le brindó la oportunidad al accionante de presentar las inconformidades pertinentes por medio del recurso de apelación, el cual fue oportunamente resuelto.

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: NEGAR la petición de amparo de derechos fundamentales invocados en esta acción constitucional por **ANDRÉS FELIPE SERNA**, por la

presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, libertad, igualdad y dignidad humana.

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.

TERCERO: En caso de no ser impugnado este fallo, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Firma electrónica) **RENÉ**
MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:
Plinio Mendieta Pacheco Magistrado
Tribunal O Consejo Seccional Sala 002
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: 334a19c3d80fdce9661050e7f0ce6722e9a8f40a50720561e3aa278d9e74c528
Documento generado en 23/01/2023 07:15:05 AM

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

Firmado Por:

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: **8ddd9fc88c4a33dfb823d52625ef24d0cf8584aac179af19a77a125e7388314**

Documento generado en 23/01/2023 11:55:00 AM

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 PENAL DE DECISIÓN**

N.I.	2022-1922-3
RADICADO	05000 31 07 002 2016 00115
PROCESO:	Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
PROCESADO	Omar de Jesús Ardila Torres
DELITO	Concierto para delinquir agravado
DECISIÓN	Confirma

Medellín, dieciocho (18) de enero de dos mil veintitrés (2023)

(Aprobado mediante acta No. 005 de la fecha)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado OMAR DE JESÚS ARDILA TORRES, a través de apoderado, contra del auto interlocutorio No. 1282 del 5 de abril de 2022 por el cual el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia le negó solicitud de prisión domiciliaria por grave enfermedad.

ANTECEDENTES

El 25 de junio de 2018, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia -en un proceso tramitado bajo la ley 600 de 2000- condenó al señor OMAR DE JESÚS ARDILA TORRES a la pena de 76 meses de prisión y multa de 2000 s.m.l.m.v., tras ser encontrado penalmente responsable de la conducta punible de concierto para delinquir agravado.

El apoderado del sentenciado solicitó que se le conceda a su asistido la prisión domiciliaria por grave enfermedad.

DECISIÓN IMPUGNADA

Mediante auto interlocutorio No. 1282 del 5 de abril de 2022¹, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia negó la solicitud de prisión domiciliaria por grave enfermedad realizada a nombre del condenado OMAR DE JESÚS ARDILA TORRES.

Para el efecto, aseguró que de acuerdo con el dictamen médico legal de estado de salud realizado al sentenciado el 5 de marzo de 2022, las afecciones físicas que comprometen su salud *“no constituyen, por el momento”* una grave enfermedad incompatible con la vida en reclusión.

IMPUGNACIÓN

El sentenciado OMAR DE JESÚS ARDILA TORRES, a través de su apoderado, apeló la decisión². El extenso escrito de sustentación se puede resumir de la siguiente manera:

El dictamen médico legal de Medicina legal es claro y ratifica lo consignado en las historias clínicas donde se da cuenta que OMAR DE JESÚS ARDILA TORRES presenta un grave cuadro de enfermedad pulmonar derivada de secuelas asociadas a Covid-19, enfermedad que padeció hace apenas unos meses con secuelas catastróficas.

La no concesión del sustituto solicitado compromete de manera grave la atención médica del sentenciado, quien requiere un manejo especial por sus quebrantos de salud. Ardila es oxígeno dependiente y requiere ser valorado por especialistas como Neumólogo, Urólogo y Oftalmólogo.

No es de recibo la afirmación del Juez en cuanto a que es deber del comandante de policía de Frontino realizar los desplazamientos y garantizar su atención médica. La misma policía ha indicado que no puede hacer

¹ PDF 10
² PDF 12

desplazamientos a la ciudad de Medellín o Apartado por razones de seguridad. Y así el sentenciado permaneciera recluido en una penitenciaria, el INPEC y USPEC no cuentan con los medios para ofrecer las atenciones que el legista indica que requiere el penado.

Agregó que en la solicitud de prisión domiciliaria por grave enfermedad también se pidió el cambio de prisión intramural por domiciliaria en consideración a la edad del señor Ardila y a la mitad de la pena cumplida en prisión intramural, solicitud que no fue resuelta en el auto por la Juez.

Concluyó que el estado de salud crítico del sentenciado es suficiente para que se le permita su reclusión en el lugar de residencia. Dijo textualmente: *“mientras continúe la pandemia, su situación actual es incompatible con una detención carcelaria...”*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 34 numeral 6 de la Ley 906/04, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación impetrado por OMAR DE JESÚS ARDILA TORRES, contra la decisión emitida por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

Preliminarmente debe expresar la Sala que, contrario a lo afirmado por el apelante, la decisión impugnada no está viciada por falta de motivación, en tanto la solicitud de prisión domiciliaria por grave enfermedad fue resuelta por el juzgado exponiendo razones de hecho y de derecho que la hacen razonable, no obstante el proveído se refiera a la postulación atañederas a la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G de la Ley 599 de 2000³, en tanto no se acompañó de fundamentos para su análisis.

³ PDF 15 Y 19

A la luz del artículo 4° del Código Penal (Ley 599 de 2000) la pena cumple funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado, operando esta dos últimas en el momento de la ejecución de la pena de prisión. En línea con lo anterior, el artículo 9° de la Ley 65 de 1993, dispone que la pena tiene una función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización a través del tratamiento penitenciario.

Acorde con el artículo 51 de la precitada Ley 65, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad garantizará la legalidad de la ejecución de las sanciones penales.

Ahora, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en su artículo 461, establece que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad está autorizado para ordenar al Instituto Nacional Penitenciario -INPEC- *“la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva”*.

Teniendo en cuenta los principios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad consagradas en el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, la detención preventiva en establecimiento carcelario puede sustituirse por la de lugar de residencia, cuando, entre otros, el imputado o acusado este en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales, evento en el cual el juez determinará si la persona debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital (Código de Procedimiento Penal, artículo 314, numeral 4°, modificado por el 27 de la Ley 11442 de 2007).

De igual forma, según el artículo 68 del Código Penal, cuando el condenado padezca una enfermedad muy grave que sea incompatible con la vida en reclusión formal, el juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en el domicilio del penado o en el centro hospitalario que establezca el Instituto Nacional Penitenciario -INPEC-, previo concepto de médico legista especializado y caución. Dice la norma comento:

“ARTÍCULO 68. RECLUSIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE. El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso de que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta.

Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado.

Se aplicará lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 38.

El Juez ordenará exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste.

En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida.

Si cumplido el tiempo impuesto como pena privativa de la libertad, la condición de salud del sentenciado continúa presentando las características que justificaron su suspensión, se declarará extinguida la sanción.”

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha precisado:

“(…) [E]n el ámbito punitivo, cuando el condenado se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, dispone el art. 68 del C.P., el juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o en centro hospitalario determinado por el INPEC.

Para la concesión de este beneficio, continúa la norma, debe mediar concepto de médico legista especializado y se exigirá que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones previstas en el art. 38-3 ídem.

El juez, resáltese, habrá de ordenar exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste.

En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida.”⁴ (Subrayas fuera de texto).

De otra parte, ha sostenido la jurisprudencia que para sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva intramural por la domiciliaria, a

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sentencia del 17 de abril de 2012, Impugnación N° 59.780.

causa de enfermedad grave, el artículo 314 de la Ley 906 del 2004 demanda contar con el dictamen del médico forense sobre la gravedad de ella y su incompatibilidad con la reclusión; exigencia que no ostenta poca relevancia, dado que es el médico quien tiene la capacidad para emitir un juicio razonado sobre la enfermedad y su tratamiento, lo cual es el soporte para que el juez decida el lugar de reclusión.

A su vez, el artículo 68A Ibidem señala los casos en los cuales no se concederán los beneficios o los subrogados penales, a saber:

“ARTÍCULO 68A. EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, ni en aquellos eventos en los

cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos.” (Subrayas fuera de texto).

Descendiendo al caso concreto tenemos que para efectos de analizar la medida sustitutiva solicita por el sentenciado OMAR DE JESÚS ARDILA TORRES se cuenta con el dictamen médico legal emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses con radicación interna No. UBMDE-DSANT-01984-C-2022, de fecha cinco de marzo de 2022 y suscrito por el Dr. Juan Fernando Melguizo Posada, el cual tuvo como finalidad: “...conceptuar acerca del estado actual de salud y si padece enfermedad grave...”. Efectuada la correspondiente valoración médica el forense, en el acápite de conclusiones, expresó:

*Al momento del examen, OMAR DE JESÚS ARDILA TORRES presenta como diagnósticos catarata bilateral, secuelas respiratorias de Covid 19, Hipertensión arterial e Hiperplasia de próstata, los cuales en sus actuales condiciones **NO fundamentan un estado grave por enfermedad**. Requiere los exámenes complementarios sugeridos (Espirometría, Ecografía de próstata y evaluación por Oftalmología) y control médico por Neumólogo, Oftalmólogo y Urólogo, que pueden realizarse de manera ambulatoria, con la periodicidad que determine el médico tratante. Debe solicitarse una nueva evaluación medicolegal en cualquier momento si se produce algún cambio en sus condiciones de salud. ...⁵”.*

De acuerdo con el informe médico legal acabado de citar, es claro que el concepto del médico legista no determina que los quebrantos de salud padecidos por OMAR DE JESÚS ARDILA TORRES constituyan enfermedad grave que permita analizar a la judicatura si es compatible con la privación de la libertad en establecimiento carcelario.

Así las cosas, al no verificarse ese requerimiento de orden legal, esto es, que mediante dictamen médico oficial o privado se determine que los padecimientos de salud que aquejan a quien postula la medida sustitutiva que se analiza padezca una enfermedad grave, resulta improcedente su otorgamiento, como acertadamente se expresa en la decisión confutada.

⁵⁵ PDF 17

Por lo tanto, la Sala confirmará la decisión objeto del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto interlocutorio emitido el cinco de abril de 2022 por el cual el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, por cuyo medio negó a OMAR DE JESÚS ARDILA TORRES la prisión domiciliaria por grave enfermedad.

SEGUNDO: Se advierte que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

TERCERO: ORDENAR la devolución de las diligencias al Juzgado de origen para lo de su cargo.

Comuníquese y devuélvase la actuación a su lugar de origen.


MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
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: 41f5ad3359d8de1611e38385b41595455cab8da5ff366c35e2a335611e36bd6a
Documento generado en 19/01/2023 10:35:41 AM

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

Firmado Por:
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: **dcbe465aa1c10693f2f1cc5e1f1a3ca84acf9717dcce68fef0d0289763a122be**
Documento generado en 23/01/2023 11:52:35 AM

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, veinte (20) de enero de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2022-2022-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00592
Accionante : Yan Carlos Cogollo Fuentes
Accionado : Juzgado Primero y Segundo de
Ejecución de Penas y Medidas de
Seguridad de El Santuario
Decisión : Ampara debido proceso

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 007

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano YAN CARLOS COGOLLO FUENTES, contra los JUZGADOS PRIMERO Y SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, en procura de la protección de su garantía fundamental de Petición.

ANTECEDENTES

El señor YAN CARLOS COGOLLO FUENTES, manifestó que en los meses de marzo y agosto de 2022 solicitó ante los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario la acumulación jurídica de las penas correspondientes a los radicados 050016000206201812114,

0500160002201812476, 056646100108202000016 y 056156000294201900063 pero a la fecha no ha obtenido respuesta.

Solicita el amparo de sus derechos fundamentales de petición y debido proceso ordenando a los accionados contestar el requerimiento impetrado desde hace más de nueve meses.

Dentro del término otorgado por la Judicatura, la titular del **JUZGADO PRIMERO¹ DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO**, señaló que revisado el libro radicator sistematizado se pudo establecer que, a la fecha esa agencia judicial no conoce, ni ha conocido algún proceso adelantando en contra del promotor.

Solicita la desvinculación del presente trámite constitucional.

Por su parte el titular del **JUZGADO SEGUNDO² DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO** indicó que el accionante descuenta pena equivalente a 13 años y 06 meses de prisión, impuesta el día 03 de mayo de 2019, por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Medellín – Antioquia dentro del Radicado 0500160002201812476, al haber sido hallado penalmente responsable de los delitos de hurto calificado y agravado y uso de menores de edad en la comisión de delitos.

Señaló además que, contrario a lo manifestado por el promotor no se encuentra solicitud de acumulación pendiente de

¹ Archivo 011 del expediente digital.

² Archivo 006 del expediente digital.

trámite, tampoco obran más procesos en los cuales se encuentre vinculado el accionante. Estima que no ha vulnerado derechos fundamentales y conforme con ello, solicitó la improcedencia del amparo constitucional.

Mediante auto del 19 de enero de 2023 se ordenó vincular al Juzgado 4 Penal del Circuito de Medellín; al Juzgado 045 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, y al Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de Los Milagros para que, informaran el estado de los procesos radicados 056156000294201900063, 050016000206201812114 y 056646100108202000016 respectivamente. Se indicó además que, en caso de haber proferido sentencia deberían aportar las constancias de envío a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

También se vinculó al Centro de Servicios de Ejecución de Penas y Medidas y Seguridad de Medellín y Antioquia.

A través de oficio 109 del 19 de enero de 2022, el **SECRETARIO DEL CENTRO SERVICIOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA** indicó que³, el proceso identificado con el SPOA 050016000206201812114, se encuentra asignado al Juzgado 2º de EPMS de Medellín bajo el radicado interno 2018E2-07027 y, el proceso radicado 056156000294201900063 es vigilado actualmente por el Juzgado 3º de EPMS de Antioquia bajo el radicado interno 02022 A3-1531.

³ Archivo 017 del expediente digital.

Por su parte, el sistema de gestión de los despachos ejecutores no arrojó información respecto del radicado 05664610010820200001601.

El Secretario del **JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN** indicó que⁴, 30 de marzo de 2022 profirió condena en contra del accionante dentro del radicado CUI 05 615 60 00 294 2019 00063, por las conductas punibles de hurto calificado y agravado en concurso homogéneo y concierto para delinquir, según el artículo 340 del imponiéndole una pena de 159 meses de prisión.

El procesado se allanó frente a los cargos mencionados y en contra de la sentencia condenatoria no interpuso recurso. El expediente electrónico fue remitido a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia el día 12 de julio de 2022.

No se recibió respuesta por parte del Juzgado 45 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín ni del Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de Los Milagros.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según se desprende de las pretensiones señaladas en el escrito de amparo constitucional y de los respectivos anexos, lo que pretende el accionante es que los **Juzgados Primero y Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario**, procedan a resolver las

⁴ Archivo 020 del expediente digital.

solicitudes que, aparentemente radicó meses atrás y a través de las cuales requiere la acumulación de sus procesos.

Sin embargo, al revisar los anexos incorporados con la solicitud de amparo constitucional es posible advertir que, si bien el promotor elaboró dos memoriales dirigidos al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario denominados **“Acumulación de penas, dosificación de penas”** lo cierto es que, no acreditó que esos documentos hayan sido remitidos ni mucho menos allegados al conocimiento de su destinatario.

Véase que, no aportó ningún elemento de prueba que, permita establecer que, efectivamente los despachos ejecutores tenían conocimiento de sus peticiones y así lo refirieron en sus respectivas respuestas, a través de la cuales, los accionados fueron claros al advertir que no tienen solicitudes pendientes por tramitar e inclusive el Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario recalcó que, tampoco se encuentra radicado en su despacho algún proceso contra el promotor.

Así las cosas, el accionante no logró acreditar que, los memoriales elaborados hayan ingresado a la órbita de conocimiento de los accionados y, conforme con ello, no puede predicarse, respecto de ese tópico alguna vulneración a derechos fundamentales.

Sin embargo, con miras a ahondar en garantías fundamentales y aclarar la situación jurídica del promotor, mediante auto del 19 de enero de 2023 se ordenó vincular al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y a los Despachos que proferieron las sentencias dentro de los radicados 056156000294201900063 050016000206201812114 y 056646100108202000016, para que informaran el estado actual de los procesos en mención.

De las respuestas arribadas se advierte que, el proceso radicado bajo el SPOA 056156000294201900063 fue tramitado ante el Juzgado 4 Penal del Circuito de Medellín y, actualmente se encuentra a cargo del Juzgado 3º de EPMS de Antioquia bajo el radicado interno 02022 A3-1531.

Por su parte, el proceso radicado bajo el SPOA 05001600020620181211400 fue tramitado por el Juzgado 45 Penal Municipal de Medellín y, actualmente se encuentra asignado al Juzgado 2º de EPMS de Medellín bajo el radicado interno 2018E2-07027.

Sin embargo, del proceso radicado bajo el SPOA 056646100108202000016 y que fue tramitado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de Los Milagros no se tuvo información, ni tampoco aparece radicado ante los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, por lo que se procedió a verificar el Sistema de Gestión Siglo XXI⁵, encontrando

⁵ Archivo 021 del expediente digital

que la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en decisión del 22 de septiembre de 2022, resolvió:

“CONFIRMAR la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados, conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia, con la siguiente MODIFICACIÓN: El señor YAN CARLOS COGOLLO FUENTES deberá descontar una pena de CIENTO TREINTA Y SEIS (136) MESES DE PRISIÓN. La pena accesoria a la de prisión consistente en inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se reduce en la misma proporción. En lo demás rige la sentencia de primera instancia...”

Frente a esa decisión no se interpuso recurso de casación y, el 28 de noviembre de 2022 se remitió el proceso al Juzgado de origen esto es, al Promiscuo del Circuito de San Pedro de Los Milagros; a su tenor la anotación 6 reza:

“SE REMITE CARPETA DIGITAL AL JUZGADO DE ORIGEN
(Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros)”

No obran más anotaciones que permitan predicar que, el proceso ya fue remitido ante los jueces de ejecución de penas y medidas.

Es menester indicar que, de conformidad con el artículo 166 en concordancia con el artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, estando la decisión debidamente ejecutoriada, la actuación debe ser remitida ante las autoridades de ejecución de penas y medidas de seguridad para lo de su competencia, sin embargo el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de Los Milagros no brindó respuesta a la acción de tutela, no allegó constancia de remisión de la actuación a esas

dependencias y tampoco se conocieron los motivos que han llevado a esa tardanza.

Lo cierto es que, el Secretario de los despachos ejecutores informó que, actualmente no se ha radicado el mencionado proceso para ser sometido a reparto entre los jueces de esa especialidad y, conforme con ello resulta evidente la vulneración al derecho fundamental al debido proceso del promotor pues hasta tanto el proceso no se encuentre en esas dependencias no podría acceder a beneficios o sustitutos penales, tampoco a la acumulación jurídica de penas, fin último que pretende.

En consecuencia, se ordenará al Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de Los Milagros que, en el término de **48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia**, si no lo ha hecho, proceda a remitir el proceso identificado con el SPOA 05664610010820200001601 ante los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

No se brindará ninguna orden a los despachos directamente accionados esto es, el Primero y Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario pues, se itera que, el accionante no demostró haber radicado la solicitud sobre la cual versó su escrito constitucional.

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

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO del cual es titular el señor YAN CARLOS COGOLLO FUENTES y en consecuencia **ORDENAR AL** Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de Los Milagros que, en el término de **48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia**, si no lo ha hecho, proceda a remitir el proceso identificado con el SPOA 05664610010820200001601 ante los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

SEGUNDO: DENEGAR el amparo constitucional deprecado por el accionante frente al **DERECHO DE PETICIÓN**, al no haberse acreditado la radicación de la solicitud ante los Despachos Primero y Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario.

TERCERO: De no impugnarse la presente decisión, **SE DISPONE** remitir el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *Decreto 2591 de 1991, artículo 31*.

NOTIFÍQUESE.

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: **ac3a85c42ead2611a31251ef437a6c9737bfadf270cab83598721dd15b6a67ab**

Documento generado en 23/01/2023 10:53:21 AM

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

Radicado Interno: 2022-1928-5

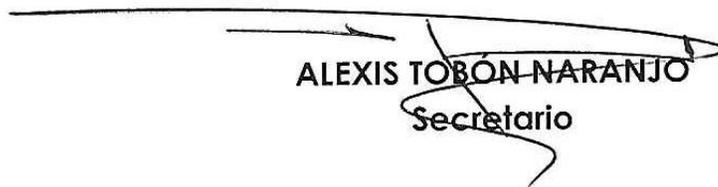
Accionante: Deiner de Jesús Mendoza Corrales

Accionado: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cauca y otro

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado RENÉ MOLINA CÁRDENAS 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 de forma oportuna¹ a través de correo electrónico.

Es de anotar que el trámite de notificación culminó el pasado 12 de enero de 2023, 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 13 de enero de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 17 de enero de 2023.

Medellín, enero diecinueve (19) de 2023.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivo 23-24

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, enero veinte (20) de dos mil veintitrés

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 Deiner de Jesús Mendoza Corrales, frente a la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**RENÉ MOLINA CÁRDENAS
MAGISTRADO**

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

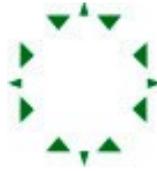
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **71eca82cf50c75a5f938db98dc49360a76a6a33829f698935a3663a567308e53**

Documento generado en 20/01/2023 05:27:22 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, diecinueve (19) de enero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 03

Proceso	Auto Interlocutorio Ley 906 de 2004
Asunto	Impugnación de competencia – ruptura de la unidad procesal
Radicado	05-615-60-99153-2022-50147 (N.I. TSA 2023-0027-5)
Decisión	Se abstiene de resolver

ASUNTO

Procede la Sala a pronunciarse sobre la impugnación de competencia remitida por la Juez Primera Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia en el proceso adelantado contra LUIS MIGUEL POLANCO TOBÓN, VÍCTOR MANUEL VARGAS JARAMILLO, JUAN JOSÉ ESTRABA VÉLEZ y JEILER CAMILO PALACIO CORDOBA.

ANTECEDENTES RELEVANTES

Al Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro le fue repartido el conocimiento del proceso adelantado contra dichos sujetos por el

delito de hurto calificado, adicionalmente, a los últimos tres por el delito de concierto para delinquir.

En la audiencia de acusación del 15 de diciembre de 2022, el fiscal solicitó a la Juez decretar la ruptura de unidad procesal respecto de LUIS MIGUEL POLANCO TOBÓN, a quien solo lo acusaría por el delito de hurto calificado, en consecuencia, el asunto debería ser asumido por el juez penal municipal.¹

La Juez rechazó tal solicitud al considerar que estaban dados los presupuestos para tramitar los delitos en contra de todos los procesados por una única cuerda debido a la conexidad de los hechos. Conforme a ello, remitió la actuación ante esta Corporación para que se definiera el juez competente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala anuncia que se abstendrá de decidir pues la Juez Primera Penal del Circuito de Rionegro no debió remitir la actuación ante esta Corporación.

La decisión que se anticipa se soporta en que la definición de competencia que le corresponde a esta Sala, conforme a los artículos 341 y 34-5 del C.P.P., tiene por objeto superar la controversia suscitada por la eventual competencia de diferentes jueces para conocer la fase de juzgamiento, o para resolver un asunto determinado. De modo que, antes de enviar las actuaciones ante la autoridad encargada de definir la competencia deben estar claros los presupuestos que permitan la eventual intervención de los jueces.

¹ El fiscal no precisó ninguna de las causales de ruptura de la unidad procesal que demanda el artículo 53 del C.P.P.

Ahora, en el presente evento no hubo ninguna determinación que permitiera la remisión del caso al juez penal municipal. Nótese que el fundamento invocado por el fiscal requería que la Juez accediera a su solicitud de ruptura de la unidad procesal, sin embargo, esta petición fue resuelta negativamente.

En ese orden, ante la inexistencia de la ruptura de la unidad procesal, la posición de la fiscalía se basa en una simple expectativa y no en un hecho consolidado, lo que imposibilita el uso de tal figura procesal para derivar de ella un análisis de competencia que involucre a otro juez.²

De ahí que no es este Tribunal no se pronunciará en relación con la definición de competencia, pues no se presentó la ruptura de la unidad procesal que eventualmente generara controversia en relación con la posible falta de competencia de la Juez Primera Penal del Circuito de Rionegro. Además, porque no se acreditó, conforme al artículo 53 del C.P.P., que se estructurara alguna de las causales de ruptura de la unidad procesal.

Siendo así, esta Sala se abstendrá de resolver la definición de competencia planteada y ordenará remitir el expediente al **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE RIONEGRO - ANTIOQUIA** para que adelante el trámite correspondiente.

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

² En el radicado 791, AP2020, del 10 de junio de 2020, M.P. Hugo Quintero Bernate, en un caso de definición de competencia, la Sala Penal del Corte Suprema de Justicia destacó que la mera expectativa de una ruptura de unidad procesal no puede generar los efectos de aquella figura: *“Así pues, ninguno de los presupuestos establecidos para que opere la ruptura de la unidad procesal se advierte actualizado en el presente caso, circunstancia por la cual esta figura procesal no se puede entender consolidada, y, por lo mismo, no es dado dar aplicación a los efectos que de la misma se puedan derivar”*.

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

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE DE DECIDIR la definición de competencia remitida por la Juez Primera Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia.

SEGUNDO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen para que se le imparta el trámite correspondiente al asunto.

TERCERO: INFORMAR de esta decisión a los sujetos 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: **ad3475bbc6cc974b6d6c0f883c732be824c864a4e9930120eda162d0f969ef00**

Documento generado en 20/01/2023 03:09:00 PM

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

Manifiesta que se ha acercado a la NUEVA EPS, con el fin que le autoricen el servicio que requiere, mismo que fue autorizado en la Ips Visión Total, lleva 2 meses tratando por todos los medios de conseguir la cita, pero ha sido imposible, debido a que siempre le dicen que no hay agenda y debe esperar.

Preciso indicar en este momento que, si bien el accionante refiere requerir el procedimiento para el ojo izquierdo, lo cierto es que conforme la historia clínica y la orden emitida por el galeno, el servicio demandado es Capsulotomía laser ojo derecho.

En esa medida, acude ante el Juez Constitucional a fin de que se protejan las garantías fundamentales y, en consecuencia, se le ordene a la entidad accionada se le asigne cita correspondiente para la realización de la CAPSULOTOMIA LASER OJO DERECHO. Igualmente solicita tratamiento integral, transporte, alimentación, hospedaje para él y su acompañante.”

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 2 de noviembre del año 2022, se ordenó la notificación a la Nueva EPS. En el mismo auto se ordenó la vinculación de IPS Visión Total, informándoles del inicio de la misma para que realizaran las explicaciones frente a los hechos relacionados en el escrito de tutela.

La apoderada especial de Nueva EPS, manifestó que se encuentran en revisión del caso con el área encargada para determinar las presuntas demoras en el trámite, una vez emita el concepto lo estarán remitiendo al juez de primera instancia por medio de respuesta complementaria junto con los respectivos soportes.

Resaltó que esa entidad no presta el servicio de salud directamente sino por medio de sus IPS contratadas, las cuales son avaladas por la Secretaria de Salud del municipio respectivo; dichas IPS programan las citas, cirugías y demás procedimientos de los usuarios de acuerdo con su disponibilidad.

Aseguró que la Nueva EPS no ha negado ningún servicio de salud al usuario por lo que no es posible amparar servicios que aún no se han solicitado. Sobre el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas solo a los conceptos que emita el personal médico.

Finalmente solicitó declarar la improcedencia de la presente acción de tutela, dado que esa entidad ha cumplido con todas sus obligaciones y ante la falta de vulneración de derechos fundamentales. Así mismo, 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.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, el derecho a la salud, luego la *a-quo* procede a analizar el caso en concreto.

Encontró el juzgado de primera instancia en peligro los derechos fundamentales del señor Felipe Manuel Rodríguez Clemente, por lo que se debe propender por su protección constitucional, toda vez que el derecho fundamental a la salud prevalece sobre los demás, consistiendo en responsabilidad de la Nueva EPS, garantizar la prestación efectiva de los servicios de salud a sus afiliados.

Pues el afiliado presenta el diagnóstico de Catarata, requiriendo para ello un tratamiento médico para la enfermedad, además, de requerir un acompañante, por ser un adulto mayor, quien reside en el municipio de Arboletes, lo que considera debe estar asistido por una persona.

En ese sentido, ordenó a la Nueva EPS y a la IPS Visión Total, garantizar la prestación efectiva del procedimiento denominado *capsulotomía laser ojo*

derecho. Además de ordenarle a la Nueva EPS suministrar al señor Rodríguez clemente y a su acompañante el servicio de transporte, gastos de alimentación y alojamiento, cuando estos se requieran en el tratamiento médico que requiere el actor, respecto de la patología catarata no especificada, pterigión, y el tratamiento integral para dicha patología.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primera instancia, el apoderado especial de la Nueva EPS, impugnó la misma en los siguientes términos:

Solicita revocar la orden judicial tratamiento integral, resalta que no observa ningún soporte probatorio donde se evidencie que el accionante requiera otro tipo de medicamentos o procedimientos a los solicitados, por lo que no es posible que el Juez Constitucional imparta una orden futura e incierta que indetermina el alcance del fallo de tutela.

Respecto al servicio de transportes, se realizará de acuerdo con la norma y por medio de los prestadores de servicios contratados por esa EPS, en ningún momento se entregan recursos de dinero directamente a los afiliados. Señala que el municipio de residencia, no cuenta con UPC diferencial por lo que este servicio debe ser financiado por el afiliado y su grupo familiar, dado que los viáticos ordenados no corresponden a prestaciones reconocidas al ámbito de la salud, por el contrario, se trata de una pretensión que excede la órbita de cobertura del plan de beneficios a cargo de las Entidades Promotoras de Salud. Teniendo en cuenta que el traslado del paciente es de manera hospitalaria y ambulatoria y no de manera urgente.

En relación al suministro de alojamiento y alimentación, estos no son considerados servicios de salud y por tanto no se predicen a cargo de la EPS; hacen parte de servicios de asistencia social, el cual corresponde en primer lugar a la familia y en segundo lugar al Estado a través de los entes territoriales competentes.

Pues en salud, la orden de tutela debe procurar ordenarse en los precisos términos que el médico tratante así lo prescriba, pues sólo este profesional de la salud está en capacidad de determinar los procedimientos o servicios de salud necesarios para el tratamiento de las diferentes patologías.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó el señor Felipe Manuel Rodríguez Clemente la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por parte de la Nueva EPS, y en ese sentido se le ordene a la entidad promotora de salud proceda autorizar y materializar los servicios de salud denominados *capsulotomía laser de ojo izquierdo*. Además, establecer la pertinencia de conceder el tratamiento integral para la patología que padece el afiliado y el suministro del servicio de transporte para él y un acompañante.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si en este caso se vulneran los derechos fundamentales del señor Felipe Manuel Rodríguez Clemente, por parte de la entidad demandada, al omitir materializar los servicios en salud prescritos por el médico tratante.

3. 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.

Verificando los datos suministrados en el escrito tutelar, como resultado de la búsqueda en la página web del Adres, con el documento de identidad 10.840.403 el señor Felipe Manuel Rodríguez Clemente se encuentra activo como cotizante en el régimen contributivo de la Nueva EPS.

En efecto, en la presente solicitud de amparo el señor Rodríguez Clemente invoca la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana, en el entendido de que se le ordene a la Nueva EPS autorizar y materializar el servicio médico denominado *capsulotomía laser ojo izquierdo*, Sumado al tratamiento integral para la patología que padece el afiliado. Empero, de las ordenes de salud que adjunta al escrito de tutela se vislumbra una orden de servicios de la IPS Visión Total del 22 de agosto de 2022, en la cual prescribe el procedimiento *capsulotomía laser ojo derecho*, además, de la historia clínica se evidencia que se envían los procedimientos y servicios médicos para el ojo derecho, los procedimientos y servicios médicos para el ojo izquierdo no fueron incluidos en la orden de salud.

El Juez *a-quo*, concedió el amparo deprecado, ordenando la materialización de los servicios médicos prescritos por el médico tratante, consistente en el procedimiento denominado *capsulotomía laser ojo derecho*. Sumado al tratamiento integral para el diagnóstico de *catarata no especificada, pterigión*. Y el suministro del transporte, alimentación y alojamiento para él y un acompañante, cuando sean necesarios para recibir el tratamiento médico que

requiere el actor. Empero, debe resaltarse que el demandante en su escrito de tutela refiere que el procedimiento en su ojo derecho ya había sido practicado.

En consecuencia, al verificar el material probatorio aportado por el demandante, da cuenta que existe orden medica del día 22 de agosto de 2022, por medio de la cual el médico tratante prescribe, *capsulotomía laser ojo derecho*. Empero, el actor en su escrito de tutela, sugiere el incumplimiento en cuanto a los servicios médicos en su ojo izquierdo, lo que difiere con el material probatorio, pues los servicios médicos ordenados por el médico tratante sugieren la práctica del procedimiento en el ojo derecho, existiendo un obstáculo para esta Sala, dado que el juez constitucional no puede ordenar servicios médicos sin una orden médica expedida por un galeno.

Se itera, el juez de tutela no está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden del médico tratante, no puede sustituir los conocimientos y criterios de los profesionales de la salud, pues, sin esta orden no es posible comprobar el incumplimiento de los servicios médicos por parte de las entidades promotoras de salud. En el presente caso, existe orden médica para el procedimiento en el ojo derecho, procedimiento médico que ya se materializó, este ya había sido practicado, según lo relatado por el actor en el escrito de tutela y corroborado en sede de segunda instancia por medio de llamada telefónica.

En consecuencia, no le queda más a esta Sala que **REVOCAR** el fallo de tutela de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo (Antioquia) el día 16 de noviembre de 2022, y en su lugar se **NIEGAN** las pretensiones presentadas por el señor Felipe Manuel Rodríguez Clemente por falta de orden de servicios de salud donde se predique la vulneración de sus derechos fundamentales.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el PARÁGRAFO SEGUNDO del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022.

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,

R E S U E L V E

PRIMERO: Se **REVOCA** el fallo de tutela de primera instancia, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo (Antioquia) el día 16 de noviembre de 2022 dentro de la acción constitucional interpuesta por el señor Felipe Manuel Rodríguez Clemente, en contra de la Nueva EPS; de acuerdo a las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia, se realizará conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: 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: **c2da074ac21dea70e8c26cd13fc88d647cf6945e841809b56e075bec8bdd23f**

Documento generado en 23/01/2023 10:06:04 AM

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 N°: 050002204000202300002

NI: 2023-0006-6

Accionante: LILIANA EVANGELINA PELÁEZ GÓMEZ EN REPRESENTACIÓN DE OSCAR HERNANDO URREGO BARRERA

Accionado: JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA

Decisión: Declara improcedente por hecho superado

Aprobado Acta No.: 009 de enero 23 del 2023

Sala No.: 6

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, enero veintitrés del año dos mil veintitrés

VISTOS

La abogada insta en favor de su representado Óscar Hernando Urrego Barrera, la protección constitucional de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por parte del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

LA DEMANDA

Manifiesta la abogada Liliana Peláez Gómez, que el día 11 de noviembre de 2022 elevó derecho de petición ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, solicitando la extinción de la pena impuesta a su representado Óscar Hernando Peláez Gómez. No obstante, hasta la fecha de radicación de la presente acción constitucional no había recibido respuesta al respecto.

Como pretensión constitucional insta por la protección de los derechos fundamentales de su representado, en ese sentido se le ordene al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, resuelva de fondo la petición presentada desde el 11 de noviembre de 2022.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Esta Sala mediante auto del día 12 de enero de la presente anualidad, admitió la solicitud de amparo, ordenando notificar al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y al Centro de servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

La Dra. María Elena Luna Hernández Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, por medio de oficio 117 del 13 de enero de 2023, manifestó que concerniente al señor Oscar Hernando Urrego correspondió a ese despacho la vigilancia de la pena de 128 meses de prisión impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, tras ser hallado penalmente responsable de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Asintió que previa solicitud de la parte demandante, por medio de auto interlocutorio N 163 del 13 de enero de la presente anualidad, decretó en favor del señor Urrego Barrera la extinción de la pena impuesta, la devolución de la caución prendaria, además, ordenó al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas de Antioquia que una vez ejecutoriada la decisión procediera al ocultamiento al público de la información relacionada con el proceso penal identificado con el CUI 110016000088200900003.

Finalmente, ante la falta de vulneración de derechos fundamentales solicita se declare la improcedencia de la presente acción constitucional ordenando la desvinculación de ese despacho. Adjunta a la respuesta de tutela, copia del auto interlocutorio N 163 del 13 de enero de 2013, oficio 116 donde ordena el

ocultamiento de datos, auto sustanciación 124 que reconoce personería jurídica, copia del acta de compromiso y orden de libertad.

CONSIDERACIONES

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, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio la abogada Liliana Evangelina Peláez Gómez, solicitó se ampare en su favor su derecho fundamental de petición invocado, presuntamente conculcado por parte del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

Naturaleza de la acción

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la 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.

Del caso en concreto

La garantía fundamental reconocida por el artículo 23 de la Carta Política, consiste no sólo en la posibilidad que tiene toda persona de presentar ante las autoridades peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular, sino el derecho a obtener una respuesta pronta y de fondo sobre lo pedido, como que el administrado no puede quedar en la indeterminación y tiene derecho a que le sean resueltos sus planteamientos sin vaguedad alguna.

La jurisprudencia constitucional en forma pacífica ha venido señalando las precisas situaciones en las que se presenta vulneración al derecho de petición: (i) cuando la respuesta es tardía, esto es, no se da dentro de los términos legales; (ii) *cuando se muestra* aparente, o lo que es lo mismo, no resuelve de fondo ni de manera precisa lo pedido; (iii) su contenido no se pone en conocimiento del interesado, y (iv) no se remite el escrito ante la autoridad competente, pues la falta de competencia de la entidad ante quien se hace la solicitud no la exonera del deber de dar traslado de ella a quien sí tiene el deber jurídico de responder. Es así como la Corte Constitucional ha sostenido que las respuestas simplemente evasivas o de incompetencia desconocen el núcleo esencial del derecho de petición¹.

En el presente asunto se puede evidenciar, que el motivo de inconformidad es que la abogada Liliana Evangelina Peláez Gómez quien actúa en representación de Óscar Hernando Urrego Barrera, considera vulnerados sus derechos fundamentales al omitir el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de Antioquia, pronunciarse respecto al derecho de petición presentado desde el 11 de noviembre del año 2022.

¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-219 y T-476 del 22 de febrero y 7 de mayo de 2001, respectivamente.

Por su parte la titular del despacho judicial encausado, en su pronunciamiento informó que, en respuesta al derecho de petición presentado por la parte demandante, profirió auto N 163 del 13 de enero de 2023 por medio del cual ordenó la extinción de la pena impuesta al señor Óscar Hernando Urrego Barrera por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia de 128 meses de prisión, dentro del proceso penal identificado con el número CUI 110016000088200900003.

Así mismo esta Magistratura de oficio procedió a entablar comunicación con la parte demandante por medio del abonado telefónico 310 399 65 28 recopilado en el escrito tutelar, donde atendió la llamada la abogada Liliana Evangelina Peláez Gómez quien asintió que efectivamente había recibido proveniente del despacho demandando la respuesta al derecho de petición, que es precisamente el objeto del presente trámite.

Conforme a lo anterior, es claro entonces que frente a la pretensión de la abogada Liliana Evangelina Peláez Gómez, de cara a que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, se pronunciará respecto al derecho de petición presentado desde el 11 de noviembre de 2022 por medio del cual solicitó la extinción de pena en favor de su representado, ya se agotó, esto es, conforme al material probatorio recopilado, y corroborado por la parte demandante vía telefónica.

Así las cosas, debe indicarse que, del material probatorio allegado a la presente acción Constitucional, se evidencia que, frente a la solicitud extendida por la abogada Liliana Evangelina Peláez Gómez, nos encontramos ante un hecho superado, como quiera que la circunstancia que dio origen a la solicitud ha sido enmendada, lo cual torna improcedente el amparo.

Frente a este tema la Corte Constitucional en sentencia T-017 del 23 de enero del 2020, señaló:

“E. Carencia actual de objeto - Modalidades. Reiteración de jurisprudencia⁽⁷⁸⁾.”

“113. Durante el trámite de la acción de tutela, hasta antes de que se profiera sentencia, pueden presentarse tres situaciones: (i) que los hechos que dieron origen a la acción persistan, y el asunto amerite emitir un pronunciamiento de fondo, porque se encuentran satisfechos los requisitos generales de procedencia, y 1. puede evidenciarse la configuración vulneración alegada, caso en el cual es procedente amparar los derechos invocados, o 2. no pudo comprobarse la afectación de un derecho fundamental, y debe entonces negarse la protección deprecada; (ii) que persistan los hechos que dieron origen al amparo, pero el caso no cumpla los requisitos generales de procedencia, caso en el cual debe declararse improcedente la acción de tutela; y (iii) que ocurra una variación sustancial en los hechos, de tal forma que desaparezca el objeto jurídico del litigio, porque fueron satisfechas las pretensiones, ocurrió el daño que se pretendía evitar o se perdió el interés en su prosperidad. Estos escenarios, han sido conocidos en la jurisprudencia como el hecho superado, daño consumado y situación sobreviniente, y son las modalidades en las que puede darse la carencia actual de objeto.”

“114. Al respecto, este tribunal ha reconocido, que antes de emitir un pronunciamiento de fondo en el marco de un proceso de tutela, pueden presentarse ciertas circunstancias que, por encajar en alguna de las hipótesis antes mencionadas, hacen desaparecer el objeto jurídico de la acción, de tal forma que cualquier orden que pudiera emitirse al respecto “caería en el vacío” o “no tendría efecto alguno”⁽⁷⁹⁾.”

“115. La primera modalidad, conocida como el hecho superado, se encuentra regulada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991⁽⁸⁰⁾, y consiste en que, entre la interposición de la acción de tutela, y el momento en que el juez va a proferir el fallo, se satisfacen íntegramente las pretensiones planteadas, por hechos atribuibles a la entidad accionada. De esta forma, pronunciarse sobre lo solicitado carecería de sentido, por cuanto no podría ordenarse a la entidad accionada a hacer lo que ya hizo, o abstenerse de realizar la conducta que ya cesó. En este caso, el juez no debe emitir un pronunciamiento de fondo, ni realizar un análisis sobre la vulneración de los derechos, pero ello no obsta para que, de considerarlo necesario, pueda realizar un llamado de atención a la parte concernida, por la falta de conformidad constitucional de su conducta, conminarla a su no repetición o condenar su ocurrencia⁽⁸¹⁾.”

“116. De esta manera, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, deben acreditarse tres requisitos, a saber: (i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó, por un hecho imputable a ésta. Así, esta Corte ha procedido a declarar el hecho superado, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas han reconocido las prestaciones solicitadas⁽⁸²⁾, el suministro de los servicios en salud requeridos⁽⁸³⁾, o dado trámite a las solicitudes formuladas⁽⁸⁴⁾, antes de que el juez constitucional emitiera una orden en uno u otro sentido.”

Se reitera entonces, en este caso nos encontramos frente al fenómeno denominado carencia actual de objeto por hecho superado, pues que para este momento ha variado la situación que originó la acción constitucional, toda vez que en el trámite de esta acción constitucional se ha gestionado lo necesario para conseguir se ejecute el objeto de esta solicitud de amparo, por lo que perdería entonces eficacia dar una orden en tal sentido.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el PARÁGRAFO SEGUNDO del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022.

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: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales invocados por la abogada Liliana Evangelina Peláez Gómez quien actúa en favor de Óscar Hernando Urrego Barrera en contra del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, al presentarse la carencia actual de objeto por hecho superado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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: **9000ec47efac608917e3c4614ea0c0536ee2da4ae2a5df5a13f9858e7f8423fb**

Documento generado en 23/01/2023 01:43:21 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 N°: 054403104001202000157 **NI:** 2022-1980-6
Accionante: BLANCA ESTELLA CARDONA QUINTANA EN
REPRESENTACIÓN DE YOHAN ORTIZ CARDONA
Accionado: DIRECCIÓN SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL
Asunto: Consulta incidente de desacato
Decisión: Revoca
Aprobado Acta N°: 009 de enero 23 del 2023 **Sala**
No.: 06

Magistrado Ponente:

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, enero veintitres del año dos mil veintitres

VISTOS

Consulta el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla (Antioquia) la providencia del 2 de diciembre del año 2022, por la cual sancionó por desacato al fallo de tutela de la referencia al coronel Edilberto Cortés Moncada Director de Sanidad del Ejército Nacional.

TRÁMITE DEL INCIDENTE

Mediante escrito allegado al referido Despacho judicial el día 18 de noviembre de 2022, la señora Blanca Estella Cardona Quintana, da cuenta del incumplimiento por parte de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, frente a la sentencia de tutela proferida el día 1 de septiembre de 2020, que amparó los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y la seguridad social del joven Yohan Ortiz Cardona.

El Juez *a-quo* en auto del 22 de noviembre de 2022, procede, antes de dar inicio al respectivo trámite incidental, a requerir al coronel Edilberto Cortés Moncada en calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, con el fin de que procediera a dar cumplimiento al fallo de tutela objeto de este trámite.

Al no recibirse pronunciamiento de la entidad incidentada, el Juez *a-quo* procede mediante auto fechado 28 de noviembre de 2022, a dar apertura al respectivo incidente de desacato por incumplimiento al fallo de tutela, en contra del coronel Edilberto Cortés Moncada en calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, concediéndole un término de 3 días para que procediera a informar la razón del incumplimiento de lo dispuesto en el fallo, donde se tutelaron los derechos invocados en favor del joven Yohan Ortiz Cardona.

Posteriormente, el Juez *a-quo* procedió el pasado 2 de diciembre del año 2022, a sancionar por desacato al coronel Edilberto Cortés Moncada en calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional.

LA PROVIDENCIA CONSULTADA

Establecidos los antecedentes y el trámite del incidente, el juez *a-quo* analizó el caso concreto.

Señaló que, una vez analizado el material probatorio recopilado y la solicitud incidental, la cual da cuenta que el Director de Sanidad del Ejército Nacional ha omitido dar cumplimiento a la orden judicial, resultando infructuoso el trámite iniciado en su contra, como última medida debe acudir a la sanción contemplada en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

Así las cosas, de acuerdo al artículo 52 del decreto 2591 de 1991, dado que se demostró que a la entidad incidentada poco le interesa dar cumplimiento a los fallos de tutela, ni respetar los plazos otorgados para tal fin, decide imponer sanción al coronel Edilberto Cortés Moncada en calidad de Director de Sanidad del Ejército Nacional, consistente en arresto de 3 días y multa de 3 S.M.L.M.V.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo en cuenta que la sanción por desacato debe ser objeto del grado jurisdiccional de consulta, corresponde examinar a esta Sala de Decisión, si el coronel Edilberto Cortés Moncada Director de Sanidad del Ejército Nacional, desobedeció el fallo de tutela que data 1 de septiembre de 2020 y en consecuencia se hace merecedor a las sanciones previstas por la ley.

Ahora tenemos que efectivamente el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, en providencia del 1 de septiembre de 2020, amparó los derechos fundamentales invocados en favor del joven Yohan Ortiz Cardona, ordenando en el numeral 2º de la parte resolutive lo siguiente:

“SEGUNDO. ORDENAR a la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL, que en el impostergable término de cuarenta (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, disponga lo necesario para que a YOHAN ORTIZ CARDONA se le AUTORICE y MATERIALICE el servicio por OFIALMOTOGÍA. De igual manera, lo entidad demandada deberá proporcionar al paciente y a un acompañante el servicio de transporte cuando el tratamiento médico se fuere o practicar en lo ciudad de Medellín y Bogotá, a efectos de garantizar la continuidad del tratamiento médico que requiere el afectado.”

Adentrándonos en el objeto de esta consulta encontramos que el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, estableció que “La persona que incumpliere una orden de un Juez proferida con base en el presente Decreto **incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos mensuales**, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Adicionalmente señala la norma en cita que *“La sanción será impuesta por el mismo Juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.”*

Ahora de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, emanan dos facultades del Juez de tutela: Velar por su efectivo cumplimiento para lo cual puede disponer de mecanismos ágiles, eficaces y oportunos para obligar a la autoridad o persona que violó o desconoció un derecho fundamental y destinatario de una orden, para que cumpla con lo dispuesto por el funcionario judicial y restablezca en los términos fijados por él, el derecho violado o amenazado; o bien la potestad sancionatoria como reflejo de su poder disciplinario, que aun siendo una de las maneras extremas para lograr el cumplimiento de la decisión no agota la obligación del Juez para alcanzar ese propósito.

Así las cosas, teniendo en cuenta que como quiera que el desacato hace parte del derecho sancionatorio por el incumplimiento a una orden impartida por un Juez Constitucional, el sujeto pasivo objeto del mismo es titular de todas las garantías procesales que le asiste a cualquier proceso, máxime, cuando con el incidente de desacato lo que se busca es imponer una sanción por el incumplimiento de una orden judicial.

Ahora, corresponde a esta Sala de decisión determinar la legalidad de la providencia consultada en esta oportunidad, estando limitado el estudio sólo a la actuación sancionatoria, así lo ha expresado la alta Corporación Constitucional.

2.1.1. *“Como parte del trámite del incidente de desacato se contempla igualmente la consulta, como un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud de ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata.¹ En el caso de la consulta del incidente de desacato, la situación de debilidad radica en cabeza de la persona a quien se le impone la sanción de multa o privación de la libertad por el incumplimiento de la orden de tutela. Al tener como finalidad establecer la legalidad del auto consultado, su estudio se debe limitar a esta providencia, y no más, siendo imposible que su estudio de legalidad recaiga sobre la providencia de tutela cuyo incumplimiento se alega².”³*

¹ Ibídem.

² Sentencia T-421 de 2003.

³ Corte Constitucional, sentencia T-527 del 9 de julio del 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Una vez revisada la actuación y la sanción impuesta al coronel Edilberto Cortés Moncada, se advierte que el requerimiento previo, la apertura y la sanción fueron notificados en debida forma, a través de la dirección de correo electrónico establecido para las notificaciones judiciales por parte de la entidad incidentada.

Igualmente debe advertir la Sala, que dispuso de manera oficiosa a requerir al coronel Edilberto Cortés Moncada, para que en el término de 24 horas allegara la evidencia del cumplimiento del fallo de tutela, del cual no se recibió pronunciamiento alguno.

Ahora bien, se marcó al abonado celular 320 444 41 44 número recopilado en el escrito incidental, donde atendió la llamada la señora Blanca Estella Cardona, informando a este despacho que la dirección de sanidad se encuentra cumpliendo con el servicio de transporte reclamado por medio del presente trámite incidental, tal como se dispuso en la orden judicial.

Así las cosas, considera esta Sala que dentro del presente incidente de desacato la entidad incidentada a pesar de sus constantes incumplimientos ha venido acatando lo ordenado en el fallo de tutela, pues a la fecha no existe servicios de salud pendientes por autorizar o suministrar, teniendo en cuenta la información aportada por la incidentante. En ese sentido, es pertinente manifestar que a la fecha no se avizora incumplimiento atribuible a la entidad incidentada.

En consecuencia, deberá esta Sala proceder a REVOCAR el auto mediante el cual el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, sancionó por desacato al coronel Edilberto Cortés Moncada en calidad de Director de Sanidad Militar del Ejército Nacional, con arresto de tres (3) días y multa de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

Las razones anteriores, son suficientes para que el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,**
RESUELVA

PRIMERO: REVOCAR y dejar sin efecto la sanción impuesta al coronel Edilberto Cortés Moncada en calidad de Director de Sanidad Militar del Ejército Nacional, que impusiera el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla (Antioquia) en providencia del 2 de diciembre de 2022; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Infórmese de esta determinación a los intervinientes.

CÓPIESE 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: **a65d2f6f0924a0b1a58672c2fb3d9074962ae663a5cfadba5d1d341fe5765e1c**

Documento generado en 23/01/2023 01:43:14 PM

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