

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 035

La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del párrafo 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
2023-0153-1	Tutela 2° instancia	LUZ HELENA VANEGAS VANEGAS	COLPENSIONES	Confirma fallo de 1° instancia	Febrero 27 de 2023
2023-0186-1	Tutela 2° instancia	JOSÉ LEONARDO VÉLEZ PÉREZ	NUEVA EPS	Confirma fallo de 1° instancia	Febrero 27 de 2023
2023-0222-1	Tutela 1ª instancia	EDWAR ÁLZATE GARCÉS	JUZGADO 3° PROMISCOU MUNICIPAL DE TURBO ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Febrero 27 de 2023
2023-0261-2	Decisión de Plano	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	RUBEN DARÍO GALLEGO VERGARA	Declara infundado impedimento	Febrero 27 de 2023
2022-0820-2	sentencia 2ª instancia	LESIONES PERSONALES	CLAUDIA MILENA OCHOA FLÓREZ	modifica sentencia de 1° instancia	Febrero 27 de 2023
2023-0287-4	Tutela 1ª instancia	WALDYR ESNEIDER JIMÉNEZ VELÁSQUEZ	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	inadmite acción de tutela	Febrero 27 de 2023
2023-0223-4	Tutela 1ª instancia	MARCELINO TOBÓN TOBÓN	FISCALÍA 41 SECCIONAL DE LA CEJA ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por hecho superado	Febrero 27 de 2023
2016-0965-4	sentencia 2ª instancia	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	DEIMER MARÍN CUADRADO LÓPEZ	Confirma sentencia de 1° Instancia	Febrero 27 de 2023
2023-0106-5	Tutela 2° instancia	DANIEL ALEXANDER JARABA LÓPEZ	JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE ABEJORRAL ANTIOQUIA Y OTROS	Decreta nulidad	Febrero 27 de 2023
2023-0190-5	Tutela 1ª instancia	ROBERTO DE JESÚS URIBE ESCOBAR	JUZGADO PROMISCOU DEL CIRCUITO DE FRONTINO ANTIOQUIA Y OTROS	Acepta desistimiento	Febrero 27 de 2023
2023-0205-5	Tutela 1ª instancia	AROLDO SACRISTÁN MAHECHA	JUZGADO 2° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS	Concede derechos invocados	Febrero 27 de 2023

2023-0215-5	Tutela 1ª instancia	JHON JAIRO QUINTERO QUINTERO	JUZGADO 2º DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Concede derechos invocados	Febrero 27 de 2023
2023-0123-5	Tutela 2ª instancia	GUMERCINDA HURTADO	NUEVA EPS	Confirma fallo de 1ª instancia	Febrero 27 de 2023
2019-0916-5	auto ley 906	HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA	FABIO CASTAÑO VALENCIA	concede prorroga	Febrero 27 de 2023
2023-0238-5	auto ley 906	ACTOS SEXUALES VIOLENTOS	HILDE ALBERTO HERRERA ZAPATA	confirma auto de 1ª Instancia	Febrero 27 de 2023
2023-0239-5	acción de revisión	EDINSON ARLEY AGUDELO URIBE	JUZGADO 1º PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS	Inadmite acción de revisión	Febrero 27 de 2023
2023-0304-5	Tutela 1ª instancia	JOSÉ GERARDO RAMÍREZ OSPINA	ESTACIÓN DE POLICÍA DE MARINILLA ANTIOQUIA Y OTROS	Admite tutela. Niega medida previa	Febrero 27 de 2023
2023-0121-6	Tutela 2ª instancia	ÓSCAR DAVID SUAREZ VARGAS	INPEC Y OTROS	Revoca fallo de 1ª instancia	Febrero 27 de 2023
2022-1579-6	Auto ley 906	LESIONES PERSONALES	JHON JAMINSON CUESTA LEUDO	modifica sentencia de 1ª instancia	Febrero 27 de 2023
2022-1932-6	sentencia 2ª instancia	ACCESO CARNAL VIOLENTO	HUMBERTO ANTONIO JARABA HERRERA	Confirma sentencia de 1ª Instancia	Febrero 27 de 2023
2022-1654-6	auto ley 906	ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR	LUBIN DE JESUS MARIN MARIN	Decreta nulidad	Febrero 27 de 2023

FIJADO, HOY 28 DE FEBRERO DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

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

Medellín, veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 037

PROCESO : 05615-31-04-002-2023-00003 (**2022-0153-1**)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : LUZ HELENA VANEGAS VANEGAS
ACCIONADO : COLPENSIONES
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Dra. Malky Katrina Ferro Ahar directora de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, contra el fallo del 23 de enero de 2023, a través de la cual el Juzgado Segundo Penal de Circuito de Rionegro (Antioquia), decidió tutelar los derechos fundamentales invocados por la señora LUZ HELENA VANEGAS VANEGAS que presuntamente venía siendo vulnerados por la entidad accionada.

LA DEMANDA

Señaló la accionante ser madre comunitaria desde hace 33 años, con contrato laboral a término fijo, cuya última renovación se dio el 5 de diciembre de 2022, fue sometida a una cirugía de artrodesis y osteotomía en pie el 30 de noviembre de 2021, la que desde

aquella fecha le ha venido generando incapacidades, sumado a los diagnósticos de poliatrosis, fibromialgia, osteoporosis, artrosis subtalar predominio izq h.

Dijo que, los primeros seis meses de incapacidades fueron asumidos por SURA EPS, desde entonces ha radicado en cuatro ocasiones ante COLPENSIONES, adjuntando a ellas historial de incapacidad, concepto médico desfavorable de rehabilitación y certificación bancarias, quedando radicadas con sticker de medicina laboral los días 01/07/2022, 01/08/2022, 08/09/2022 y 20/12/2022, a lo que se suma que en los meses de octubre y noviembre de 2022 no le fueron recibidas las incapacidades, aduciendo que el pago no había entrado y que debía revisar los formatos utilizados, sin que hasta la fecha se haya realizado el pago.

Por último, indicó que las respuestas emitidas por COLPENSIONES se han glosado por requisitos formales sobre los formatos de incapacidades, datando ellas de agosto 20 de 2022, donde objetan la originalidad de las incapacidades, a lo cual contestó que se trataba del formato con que las había generado SURA EPS, la de septiembre 29 aduciendo la entrada en vigencia del Decreto 1427 de 2022, dando respuesta ella en similar sentido y finalmente en octubre 25 donde le informan que no tiene derecho a su reconocimiento, al existir concepto desfavorable de recuperación, a lo que replicó que ninguna de las incapacidades había sido reconocida e indagando sobre quien las reconocería mientras se surtía su proceso de calificación. Preciso que, desde octubre de 2022 no le han recibido las subsiguientes incapacidades, se encuentra en una situación económica difícil y

siendo esta su única fuente de ingreso.

Solicitó la protección de sus derechos fundamentales, ordenando a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas entre mayo 22 y diciembre 3 de 2022, así como las que se sigan generando.

LA RESPUESTA

La AFP COLPENSIONES se pronunció señalando que, ante las solicitudes de pago de incapacidades se había dado respuesta mediante oficios BZ2022_12891610_2983853, BZ2022_18708539_0008609, donde se le informó que no cumplían con los requisitos mínimos establecidos en el Decreto 1427 de 2022, reglamentación que esa entidad no podía desconocer, sumado a que se observaba que, mediante radicado 2022_2737571 de 2022 SURA EPS les notificó concepto desfavorable de rehabilitación, siendo inviable el pago de subsidios por incapacidad y lo procedente, llevar a cabo el proceso de calificación de invalidez.

Sumó algunos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la improcedencia de la acción de tutela para el pago de incapacidades, la existencia de la jurisdicción laboral para desatar este tipo de controversias, así como las disposiciones legales para la improcedencia del pago de incapacidades cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación, haciendo alusión al trámite que debe seguirse en estos casos, las responsabilidades de cada entidad frente a su pago, según el periodo temporal en que

se generen.

Mencionó el procedimiento interno para el reconocimiento y pago de los subsidios de incapacidad ante esa entidad, así como que en este caso no se evidenciaba que las incapacidades aportadas fueran originales, siendo tal exigencia avalada por la Corte Constitucional y la Supersalud, con lo cual la acción resultaba improcedente y debía negarse.

Aportó como prueba de carácter documental, respuestas dadas mediante oficio a la accionante de fechas enero 2 de 2023, septiembre 29 de 2022, octubre 25 de 2022, remisión por parte de SURA EPS ante esa entidad de la accionante con concepto desfavorable, concepto médico de rehabilitación y certificado de funciones.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de primera instancia concedió el amparo a los derechos fundamentales invocados, con los siguientes argumentos:

“...En relación con la solicitud del accionante, se tiene por probado que ha permanecido incapacitada por más de 180 días, que la EPS cumplió con la obligación legal de pagar hasta tal fecha, así como de remitirla a COLPENSIONES y expedir el respectivo certificado de concepto no favorable de recuperación.

También se encuentra acreditado, que las incapacidades generadas con posterioridad al día 180 se han radicado para su pago ante COLPENSIONES, sin que este haya ocurrido; se prueba ello no solo con la afirmación que realiza la accionante, también con la respuesta allegada por la entidad y las comunicaciones que a la usuaria ha remitido, donde se niega a reconocer y pagar las mismas, señalando que no se ajustan a los parámetros legales para su procedencia, pero advirtiendo desde ya que las respuestas que ha dado la entidad accionada resultan vagas e incompletas, pues si bien la remiten a la normatividad que en la

actualidad rige el trámite para el reconocimiento y pago de las incapacidades, lo cierto es que en al menos dos (2) de las respuestas no se puntualiza de que adolecen las mismas, tan solo en la comunicación de octubre veinticinco (25) de 2022 se niega su pago escudándose en la existencia de concepto desfavorable de rehabilitación.

Ahora, en su escrito informó la señora VANEGAS VANEGAS que en una ocasión la glosa se causó en la no originalidad del documento aportado, entendiéndose por este las incapacidades arrimadas, pero teniendo claridad el despacho en que a la interesada de manera clara, completa, concisa y congruente no se le puso en conocimiento los requisitos de que adolecían sus incapacidades con la finalidad que pudiera subsanarlas.

Otros hechos ciertos son, que la usuaria aún no ha sido calificada sobre su porcentaje de pérdida de capacidad laboral y que su única fuente de ingreso, lo cual no se desvirtuó, es lo que recibiría por concepto de incapacidades, esto último, como se expuso en la jurisprudencia traída a colación es precisamente la finalidad de los subsidios de incapacidad, garantizar a la persona que por motivos de salud está cesante de sus actividades, ese ingreso mínimo que le permita satisfacer sus necesidades de subsistencia básica.

Como puede advertirse, la señora LUZ HELENA dadas sus condiciones de salud se encuentra en imposibilidad de laborar desde hace algún tiempo, a lo que se suma que el incumplimiento de COLPENSIONES en el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores al día 180, así como el dar inicio a su proceso de calificación de porcentaje de pérdida de capacidad laboral, afecta grave y significativamente el mínimo vital de la accionante, además que es un desconocimiento de los postulados del derecho fundamental a la seguridad social, en tal sentido puede afirmarse entonces que la presente tutela no persigue fines económicos, sino que está estrechamente relacionada con el amparo de derechos fundamentales. Sobre los primeros 180 días de incapacidad no hay discusión sobre su pago a la tutelante, innecesario resulta en consecuencia pronunciarse al respecto.

Frente al reconocimiento y pago desde el día 181 y en adelante, es claro que tal obligación recae en el fondo de pensiones, y aunque en principio ello resultaría improcedente dado el concepto no favorable de recuperación, no puede perderse de vista que por parte de COLPENSIONES no se ha procedido con la respectiva calificación con el fin de conocer la prestación a que tendría derecho la señora LUZ HELENA, con lo cual a la fecha se encuentra en un estado de indefinición absoluta, pues por un lado se le está negando el pago de las incapacidades y está quedando desamparada la protección de sus derechos a la salud y mínimo vital, por el otro no existe una fecha cierta para la respectiva valoración y poder determinar si es acreedora a una pensión de invalidez o una indemnización sustitutiva.

No resulta entonces forzado concluir que con la pasiva actitud de COLPENSIONES no solo está truncando su acceso al sistema de salud libre de cargas, también está impidiendo el derecho a un diagnóstico y la materialización de las futuras prestaciones que con ocasión al resultado de esta valoración puedan generarse, pues no se expusieron motivos que justifiquen porque no se ha realizado tal valoración, sumándose una vez más las deficientes respuestas otorgadas para negar el reconocimiento y pago de los subsidios de incapacidad, todas estas actitudes no hacen cosa distinta que vulnerar los derechos

fundamentales de la señora LUZ HELENA VANEGAS.

Reprochable resulta desde todas las ópticas la actitud asumida por COLPENSIONES, y no le cabe duda entonces a este Despacho que los derechos fundamentales de la señora LUZ HELENA VANEGAS VANEGAS están siendo vulnerados, en especial su mínimo vital, seguridad social y salud, pues al no percibir ingresos por concepto de salarios, es el pago de incapacidades el llamado a suplirlo, con independencia que su concepto sea no favorable, pues lo cierto es que desde el día 181 hasta la fecha no percibe ingresos de ninguna naturaleza; por lo cual se accederá a las pretensiones de la tutela y se ordenará a COLPENSIONES si no lo ha hecho, que proceda en el término improrrogable de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, a reconocer y pagar las incapacidades generadas entre el día 181 y hasta el día 540 o hasta que exista una calificación de invalidez en firme, lo primero que ocurra.

En el mismo término -48 horas- deberá programar la cita para calificación de pérdida de capacidad laboral, cuya materialización no podrá ser posterior a un mes calendario desde la notificación de la presente providencia.

Por último, se ordena a COLPENSIONES que en adelante, precise a la usuaria de manera clara y congruente, los requisitos de que adolecen las incapacidades que sean radicadas.

La decisión debe cumplirse así sea impugnada, el incumplimiento genera desacato; y de impugnarse por parte de las entidades accionadas, deberá hacerse por quien acredite la representación legal o ser apoderado, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. De no ser recurrida, se remitirá a la Corte Constitucional para eventual revisión...”

LA IMPUGNACIÓN

1. La directora (A) de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación, indicando que Colpensiones ya atendió las solicitudes de pago de incapacidades radicadas por la señora LUZ HELENA VANEGAS VANEGAS y se le explicó que no es procedente el pago de incapacidades toda vez que obra en su expediente concepto desfavorable de rehabilitación, no cumpliéndose así con los requisitos legales para que Colpensiones pueda cancelar incapacidades.

Expresó que, con relación al trámite de calificación, no se evidencia que la señora LUZ HELENA VANEGAS VANEGAS haya radicado solicitud de la misma, ya que si bien se encuentra concepto desfavorable, dicho trámite no opera de manera dispositiva ya que es la accionante quien debe radicar la respectiva solicitud con los documentos necesarios para validar los mismos, entre ellos su historia clínica, por lo cual, una vez la accionante radique los documentos, esa entidad dará trámite en los términos de ley y jurisprudencia.

Concluyó que Colpensiones no se encuentra vulnerando los derechos fundamentales alegados por la señora LUZ HELENA VANEGAS VANEGAS y en ese sentido, el fallo de tutela debe ser revocado y declarado improcedente el amparo.

Manifestó que la acción de tutela es un mecanismo residual que no puede ser elegido al arbitrio por los ciudadanos, pues tal como está consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política, solo será procedente cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial, y excepcionalmente a pesar de existir, cuando sea utilizada para evitar un perjuicio irremediable. Así las cosas, cuando se trata de pago de prestaciones económicas, la acción de tutela se torna improcedente, ya que esta no está instituida para resolver cuestiones litigiosas, sino por el contrario para proteger derechos fundamentales.

Mencionó que el auxilio por incapacidad, en palabras de la Corte Constitucional, tiene por objeto que “el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico”, es

decir, que esa procede, cuando exista un concepto de rehabilitación favorable. Si, por el contrario, el concepto de rehabilitación es desfavorable, la misma sentencia T-144 de 2016, señaló que “Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable.”

Afirmó que se ha previsto la protección tutelar transitoria frente a la existencia de un perjuicio irremediable, sin embargo, debe destacarse que no ocurre en el caso de la señora LUZ HELENA VANEGAS VANEGAS ya que esa clase de protección temporal tiene condicionada su procedencia a la concurrencia de los siguientes requisitos:

- “a) Que la persona haya agotado los recursos en sede administrativa y la entidad mantenga su decisión de no reconocer el derecho.
- b) Que se hubiere acudido ante la jurisdicción respectiva, se estuviere en tiempo de hacerlo o ello fuere imposible por motivos ajenos al peticionario.
- c) Que además de tratarse de una persona de la tercera edad, ésta demuestre la amenaza de un perjuicio irremediable, esto es, que el perjuicio afecte la dignidad humana, la subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, que existan lazos de conexidad con derechos fundamentales, o que evidencie que someterla a los trámites de un proceso ordinario le resultaría demasiado gravoso.
- d) En concordancia con lo anterior, para determinar si la acción de tutela es o no procedente como mecanismo transitorio, no resulta suficiente invocar fundamentos de derecho, sino que son necesarios también fundamentos fácticos que den cuenta de las condiciones materiales de la persona. En caso contrario, el asunto adquiere carácter estrictamente litigioso y por lo mismo ajeno a la competencia del juez de tutela.”

Por último, solicitó se revoque el fallo de primera instancia, como quiera que la tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, así como tampoco se demostró que Colpensiones haya vulnerado los derechos reclamados por el accionante ya que está actuando conforme a

derecho.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en el presente caso invita a determinar si el no pago de las incapacidades laborales reconocidas al afectado viola sus derechos constitucionales fundamentales, si la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para su protección.

En principio, nuestro ordenamiento jurídico ha consagrado mecanismos judiciales ordinarios para resolver las controversias que impliquen el reconocimiento de prestaciones sociales, siendo los Jueces de la Justicia Ordinaria los competentes para su trámite y resolución. Por ello, la doctrina constitucional ha sido enfática en señalar que, para estos casos, la acción de tutela no es la vía adecuada para resolver estos asuntos, por su carácter subsidiario.

No obstante, también la doctrina constitucional ha explicado que, en forma excepcional, cuando los medios judiciales ordinarios no se observan eficaces o idóneos para resolver el conflicto, toda vez que hay presencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela se torna procedente.

Así, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha sostenido que cuando se interpone una acción de tutela para reclamar el pago de prestaciones sociales, deben estar presentes los siguientes supuestos:

“(i) que sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho

fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público”¹.

Las incapacidades constituyen una prestación social que puede generarse por enfermedad común o profesional. Por su carácter económico, en principio cuando se niega su pago, la acción de tutela no sería procedente. Pero se ha concluido que, en la mayoría de los casos, procedería la acción de tutela, porque la jurisprudencia constitucional ha señalado que su no reconocimiento puede conllevar a vulneración de derechos fundamentales como la salud, la vida digna y el mínimo vital, pues en la generalidad de las ocasiones, dicha prestación social sería la única fuente de ingresos del incapacitado.

La Corte ha expresado que:

“De esta manera, el pago de las incapacidades laborales adquiere especial importancia y se justifica, por cuanto sustituye el salario del trabajador durante el tiempo en el que éste, en razón de su enfermedad, se encuentra imposibilitado para ejercer su profesión u oficio. Por tanto, hay lugar a su protección por vía de tutela, cuando su no reconocimiento y pago, afecta el derecho al mínimo vital, al constituir aquel la única fuente de ingresos para garantizar su subsistencia y la de su familia, y no es posible que dicha protección se logre de manera oportuna, a través de los mecanismos ordinarios de defensa.”²

Ahora, frente a cuál entidad está obligada al pago de las incapacidades a partir del día 180, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional aclara este aspecto de la siguiente forma³:

4. Las incapacidades laborales por enfermedad común que superan los 180 días. Responsabilidad de los empleadores, las EPS y las administradoras de pensiones en su reconocimiento y pago.

¹ Ver Sentencia T-195 de 2014

² Ibídem

³ Sentencia T-333 de 2013

4.1. El subsidio por incapacidad laboral hace parte del esquema de prestaciones económicas que el legislador diseñó con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las contingencias que menoscaban su salud y su capacidad económica.

En concreto, el subsidio cumple el propósito de sustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio.

Es esto, justamente, lo que explica la importancia de que las incapacidades sean reconocidas y pagadas de forma expedita. El papel que cumple el subsidio de incapacidad laboral en la tarea de proteger a quienes quedan temporalmente desprovistos de los recursos que destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y las de sus familia por razones de salud, explica que la Corte se haya pronunciado, de forma insistente, acerca de las responsabilidades de cada uno de los actores del SGSSI en el desembolso de la citada prestación económica.

4.2. El primer referente normativo sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales ocasionadas por enfermedad no profesional se encuentra en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador a obtener de su empleador un auxilio monetario hasta por 180 días, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha tarea quedó en manos de las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social. El artículo 206 dispuso que el régimen contributivo asumiría el reconocimiento de “las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes”, y autorizó a las EPS para subcontratar el cubrimiento de esos riesgos con compañías aseguradoras.

En esa dirección, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta.

4.3. La responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, que es lo que se reclama en la acción de tutela, se rige, a su turno, por las pautas previstas en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

La norma, que regula el trámite previo a la solicitud de la calificación de la invalidez, les asigna a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y a las administradoras de riesgos profesionales (según se trate de incapacidades de origen común o laboral, respectivamente) la función de remitir a sus afiliados a las juntas de calificación, previo concepto de

rehabilitación integral.

Por regla general, tal remisión debe efectuarse antes de que se cumpla el día 150 de incapacidad temporal. No obstante, el Decreto 2463 permite que la AFP postergue el trámite de calificación hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal que otorgó la EPS, si el mencionado concepto de rehabilitación es favorable y con la condición de que *“otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador”*.

Vale agregar, de cara a los argumentos de defensa planteados por la AFP accionada en el presente asunto, que el artículo 23 del Decreto 2463 vincula la posibilidad de postergar el aludido trámite de calificación a *“la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente”*.^[20] La norma contempla, también, que las entidades que incumplan el pago de los subsidios por incapacidad temporal serán sancionadas por la autoridad competente, de conformidad con lo señalado en la ley.

4.4. Interpretando las disposiciones mencionadas, la Corte ha mantenido el criterio pacífico de que el pago de las incapacidades laborales por enfermedad general que se causan a partir del día 181 corre por cuenta de la AFP, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral.

El debate planteado en esta oportunidad remite, sin embargo, a un escenario distinto, que se enmarca en el ámbito de los cambios que introdujo el Decreto Ley 19 de 2012, *“por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública”* en relación con los procedimientos para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales. A continuación, la Sala precisará cuáles fueron esas modificaciones y evaluará su relevancia en la solución del asunto objeto de revisión.

El reconocimiento de las incapacidades laborales, tras la entrada en vigencia del Decreto Ley 19 de 2012

4.5. El artículo 121 del Decreto Ley Antitrámites les atribuyó a los empleadores la obligación de gestionar directamente, ante las EPS, el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La norma prohíbe trasladarles a los afiliados dicha carga y advierte que, para efectos laborales, estos deben informarle a su empleador sobre la expedición de la respectiva incapacidad o licencia.

Más adelante, el artículo 142 le adicionó dos párrafos al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, sobre el procedimiento de la calificación del estado de invalidez. Los nuevos párrafos son los siguientes:

“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud,

*la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, **la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.***

*Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. **Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.***

4.6. Como se observa, el Decreto Ley 19 mantuvo en cabeza de las AFP la facultad de postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad, con la condición de que, **con cargo al seguro respectivo, otorguen un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Eso significa, en principio, que las AFP siguen siendo las responsables del pago de las incapacidades que superen 180 días.**

Lo que cambió con la entrada en vigencia del estatuto antitrámites, el pasado 10 de enero de 2012, es que las AFP no tendrán que pagar las incapacidades subsiguientes a los 180 primeros días, **cuando las EPS no expidan el concepto favorable de rehabilitación.**

Esto, lejos de inaugurar un nuevo régimen de responsabilidades sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en un evento de origen común -en los términos sugeridos por ING Pensiones al responder a la tutela promovida por el señor Bautista- lo que implica es un mayor compromiso de los empleadores y las EPS en la tarea de garantizar que el trabajador acceda oportunamente a esas prestaciones económicas, para que pueda asegurar su sustento y dedicarse a recuperar plenamente las condiciones de salud en virtud de las cuales podía desempeñar su empleo.

4.7. Así, vistas las modificaciones que introdujo el Decreto Ley 19, la Sala encuentra que el esquema de responsabilidades de los actores del SGSSI en el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales de origen común sigue siendo el mismo, con una salvedad, relativa a que **las EPS asumirán por cuenta propia el pago de las incapacidades laborales superiores a 180 días, cuando retrasen la emisión del concepto médico de rehabilitación.** Las pautas normativas vigentes en

la materia son, por lo tanto, las siguientes:

- El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1°).
- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).
- La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).
- Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).
- **Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181.** Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.
- Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad. (Negritas fuera de texto original).

Y en la sentencia T – 020 de 2018, precisó:

El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, esta Corporación en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así:

“(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.

(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.

(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la

prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente”.

En efecto, de conformidad con el citado proveído[64], el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.

La Administradora de Fondo de Pensiones, por regla general, pagará el mencionado subsidio, después del día 180 “hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%” (Negrillas fuera de texto original).

Para el presente caso, el Juez de primera instancia advirtió que se encontraba demostrado que la señora LUZ HELENA VANEGAS VANEGAS presentaba una incapacidad superior a 180 días por enfermedad de origen común.

En tal sentido, advirtió la juez constitucional de primera instancia, que al verificarse la vulneración de los derechos fundamentales de la actora, al mínimo vital, entre otros, por la omisión de la entidad accionada en pagar las incapacidades producidas a partir del día 181 y al lograr evidenciar que la AFP COLPENSIONES no ha cancelado la totalidad de las incapacidades expedidas hasta el día 540, consideró que era procedente el amparo constitucional y ordenó al representante legal de la AFP COLPENSIONES que dentro de las

48 horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a cancelar los subsidios de incapacidad dejados de pagar a la señora LUZ HELENA VANEGAS VANEGAS, causados entre el día 181 y el día 540 de incapacidad continuos según la prescripción médica del galeno tratante o hasta que exista una calificación de invalidez en firme.

La Administradora del Fondo de Pensiones COLPENSIONES, impugnó el fallo, indicando que no era procedente por esta vía la concesión del pago de incapacidades y que además la usuaria no había presentado solicitud para realizar una calificación de pérdida de capacidad laboral y que esta debía ser solicitada.

Lo anterior por cuanto, en primer lugar, lo alegado por quien representa los intereses de COLPENSIONES en la impugnación, va dirigido a negar la existencia de algún tipo de violación de derechos fundamentales en favor de la señora Vanegas Vanegas, además de que no es procedente reclamar el pago de las incapacidades por medio de la acción de tutela, pero debe advertirse a este quejoso que sí existe violación al derecho fundamental del mínimo vital, ya que como lo manifestó la misma accionante que no cuenta con los recursos para su subsistencia.

Lo anterior para significar que la entidad que impugnó la decisión de primera instancia no atacaron de fondo los argumentos expuestos en el fallo, mismo que se encuentra debidamente fundamentado tanto normativa como jurisprudencialmente, y la AFP Colpensiones no ha realizado ningún trámite para realizar el pago de las incapacidades adeudadas, por lo que esta Corporación procederá a confirmarla, ya que las órdenes efectuadas por la falladora constitucional no desbordan las competencias u obligaciones que tiene la entidad

afectada con la decisión.

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

Envíese este proceso a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De 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: **18d402008ce34ed848b4db9a1b4f5a9953ea28f870a3a14d2a7acd9bcf959af7**

Documento generado en 27/02/2023 04:21:26 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, veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 037

PROCESO	: 05809 31 89 001 2023 00003 (2023-0186-1)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	: JOSÉ LEONARDO VÉLEZ PÉREZ
AFECTADO	: JOSÉ ALEJANDRO VÉLEZ LALINDE
ACCIONADO	: NUEVA EPS
PROVIDENCIA	: FALLO SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Apoderada Especial de la NUEVA EPS contra la sentencia del 30 de enero de 2023, a través de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí, Antioquia, decidió conceder el tratamiento integral al menor JOSÉ ALEJANDRO VÉLEZ LALINDE.

LA DEMANDA

Expuso el accionante que su hijo se encuentra afiliado a la NUEVA EPS régimen contributivo en calidad de beneficiario, es un paciente que presenta un diagnóstico HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCION NI GANGRENA (K409), por lo que el médico tratante le ordenó de manera urgente y prioritaria CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA PEDIÁTRICA, pues su estado de salud se ve cada día más afectado y es necesario para poder realizar un

monitoreo debido a su patología y así lograr una pronta recuperación en su salud y obtener una mejor calidad de vida y vida digna, además debe de tenerse en cuenta que es un sujeto de especial protección.

Adujo que cuenta con la autorización de servicios expedida por la NUEVA EPS y la cual fue impresa el 21 de julio de 2022 para la entidad Clínica Noel, entidad a la cual han realizado gran cantidad de llamadas y la única respuesta que dan es que no hay agenda disponible que dejen los datos que ellos lo llamarían y hasta la fecha no lo han hecho, incluso ya casi se vence la autorización, por lo que considera que se debe de ordenar a la NUEVA EPS renovar dicha autorización para así no dilatar en el tiempo la realización de la consulta requerida por su hijo menor de edad, es de vital importancia que lo atienda el especialista para que su hijo cuente con un mejor estado de salud pues son constantes los dolores que ha venido presentando debido a su patología HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN, NI GANGRENA (K409).

Consideró que se está vulnerando los derechos por parte de la NUEVA EPS de su hijo JOSÉ ALEJANDRO VÉLEZ LALINDE, toda vez que debido a su patología HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN, NI GANGRENA (K409), su vida e integridad física se encuentran en riesgo y necesita CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA PEDIÁTRICA.

Por último, solicitó que se protejan sus derechos y se ordene a la NUEVA EPS autorizar de manera urgente y prioritaria CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA PEDIÁTRICA, por cualquier entidad contratante con ellas. Y así mismo, se conceda tratamiento integral necesario y que se desprenda

de su patología HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN, NI GANGRENA (K409).

LAS RESPUESTAS

1.- El apoderado judicial de la Nueva EPS refirió que frente a la solicitud de los servicios médicos que requiere el accionante se encuentra en revisión del caso con el área encargada para determinar las presuntas demoras en el trámite de validación, en caso se encuentre en curso alguna solicitud anterior ante nuestra entidad y que los documentos y/u órdenes de acuerdo a la pertinencia médica allegados al presente trámite, también se encuentran siendo revisados a fin de que cumplan las políticas para su procesamiento, en ese sentido, una vez el área encargada emita el concepto estarán remitiendo a su despacho por medio de respuesta complementaria junto con los respectivos soportes.

Indicó que a través de evaluación del caso se conocerá a profundidad las necesidades del paciente y la pertinencia de la presente acción, de lo cual tendrá el accionante conocimiento en días próximos, además que NUEVA EPS no le ha negado ningún servicio al usuario por cuanto no se aporta una prueba donde allí se demuestre, motivo por el cual no es posible que se conceptúe a futuro servicios que aún no se han solicitado y que en ningún momento la EPS ha negado. Debido a ello, habida cuenta que no existe vulneración de los derechos fundamentales del accionante, que fuese atribuible a NUEVA EPS, la solicitud de tutela de la referencia carece de objeto.

Aclaró que la Nueva EPS tiene un modelo de acceso a los servicios y la entrada a ellos es a través de los servicios de Urgencias o a través de la IPS Primaria asignada a cada afiliado donde puede acceder a los

servicios ambulatorios programados.

Señaló que la Integralidad que solicita el usuario se da por parte de Nueva EPS de acuerdo con las necesidades médicas y la cobertura que establece la Ley para el Plan de beneficios de Salud, por lo que exceder los lineamientos de la normatividad vigente no es conducente, por lo que al evaluar la procedencia de conceder tratamiento integral que implique hechos futuros e inciertos respecto de las conductas a seguir con el paciente, es conveniente mencionar lo previsto en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, el cual señala que la protección de los derechos fundamentales se basa en una vulneración o amenaza que provenga de autoridad pública o de los particulares. Por lo tanto, no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esta manera es presumir la mala actuación de esta institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que la usuaria requiera servicios no les serán autorizados.

Expresó la improcedencia de la acción de tutela en materia de protección de hechos inciertos y futuros o tratamiento integral, por lo que solicitó no acceder a las pretensiones del accionante declarando la improcedencia de la acción de tutela en virtud de los fundamentos de hecho y de derecho pues no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental al accionante y que se encuentran procediendo de acuerdo a la legislación vigente en el régimen de seguridad social, además, de denegar las peticiones del accionante, en cuanto a la solicitud de integralidad.

2.- La IPS FUNDACIÓN CLÍNICA NOEL, pese de haber sido notificada

del auto admisorio de la tutela, no se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la demanda.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de primera instancia tuteló los derechos fundamentales concediendo las peticiones realizadas por el accionante, con los siguientes argumentos:

“...JOSÉ ALEJANDRO VÉLEZ LALINDE presenta un diagnóstico HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA (K409), por lo que el médico tratante ha ordenado CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CIRUGIA PEDIATRICA. Aduce que cuenta con la autorización de servicios expedida por la NUEVA EPS, la cual fue impresa el día 21 de julio de 2022 para la entidad CLINICA NOEL, a la cual ha realizado varias llamadas y la única respuesta que da es que no hay agenda disponible, y ya incluso se vence la autorización, pues su fecha de impresión es del 21 de julio de 2022.

El menor paciente se halla indudablemente en un estado que exige pronta atención médica, y puede por razón de las circunstancias asimilarse a aquellas personas que describe nuestra Constitución Política en los artículos 133 y 44, los que consagran y garantizan los derechos fundamentales a la igualdad y a la protección especial de los menores. Debemos en justicia ver por ello a la menor de edad como persona apta de recibir una protección superior o más especial que otras, no solo por su minoría de edad, sino también por su vulnerabilidad en razón de sus actuales condiciones físicas y económicas, como quiera que el menor José Alejandro está a merced del apoyo económico y moral de sus padres.

Orden de servicio médico. Respecto a la CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA PEDIÁTRICA, servicio asignado a la entidad FUNDACION CLINICA NOEL, manifiesta el accionante que a pesar de las varias llamadas realizadas a la citada IPS para el agendamiento de la cita, no ha obtenido respuesta positiva para su programación, situación que impide que el menor paciente sea valorado por un especialista en cirugía pediátrica, quien deberá determinar cuál es el procedimiento a seguir con respecto a su patología denominada: HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA (K409), situación que retrasa su mejoría en la salud, lo cual está acreditado con el formato de autorización de servicios aportado con la tutela:

(...)

A la lectura de la Historia Clínica y la autorización de servicios de salud aportadas a la tutela, se evidencia una patología que ocasiona serios padecimientos al menor accionante, lo cual deteriora seriamente su salud y compromete su dignidad como persona, amenazando de manera grave su posibilidad de disfrute; la injusta tardanza en recibir la atención médica adecuada representa entonces un perjuicio tangible y permanente, que se traduce en un continuo empeoramiento de su enfermedad.

A la fecha de radicación de la acción de tutela, no se había agendado cita

para el servicio médico reclamado por el accionante, a pesar de que la madre de la menor accionante había realizado un sinnúmero de llamadas con respuestas negativas, sin que se haya logrado la programación de la consulta con especialista en cirugía pediátrica.

En constancia obrante en el expediente, la secretaría del Despacho se comunicó con el accionante al celular nro. 3122427271, y al preguntarle si ya le autorizaron a su hijo José Alejandro Vélez la cita para CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA PEDIÁTRICA, manifestó lo siguiente:

“...Si señor como a los dos o tres días de haber puesto la tutela, creo que miércoles o jueves llamaron directamente de la NUEVA EPS, me dijeron que ya estaba la cita del niño JOSÉ ALEJANDRO la cual se programó para el día primero (1º) de febrero del corriente, a las: 9:00 de la mañana. Me tocó ir a renovar la cita porque ya se había vencido, y como la señora pilar es la que pide las órdenes a la NUEVA EPS, eso se demora mucho para venir, entonces me tocó a mí allá y yo fui por la autorización; ya tengo la autorización lista con el especialista en cirugía pediátrica, porque él va para cirugía, en la Fundación Clínica Noel, que queda por los lados del Poblado...”.

Tenemos que durante el trámite de la acción de tutela, la NUEVA EPS dio respuesta positiva frente a la prestación de los servicios médicos que requiere el paciente JOSÉ ALEJANDRO VÉLEZ LALINDE, agendándole cita para la intervención quirúrgica denominada: CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA PEDIÁTRICA, programada para el día primero (1º) de febrero del corriente año en la Clínica Noel, tal y como está acreditado en el expediente, con la información suministrada a este Despacho por el accionante.

Lo anterior, entonces, conlleva a verificar un hecho superado sobre este punto ante la efectiva y cierta protección de los derechos fundamentales del menor José Alejandro Vélez Lalinde, a partir de la autorización y agendamiento de la cita para CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA PEDIÁTRICA, ordenada por su médico tratante. Así las cosas, se configura en este evento un hecho superado, por lo que el Despacho se remite sobre este punto a las sentencias proferidas por la Corte Constitucional (T-084 de 2001, SU 225 de 2013, T- 237/16, la T-085 de 2018). En este sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional de lo que debe entenderse por hecho superado:

(...)

En consideración a los lineamientos jurisprudenciales sobre este tema, y como quiera que la NUEVA EPS accionada y la IPS vinculada realizaron ya las gestiones administrativas tendientes a la prestación del servicio médico que requiere el menor JOSÉ ALEJANDRO VÉLEZ LALINDE con el agendamiento de la cita para la práctica del procedimiento denominado: “CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA PEDIÁTRICA”, la misma tiene la virtualidad de satisfacer la reclamación de la accionante y hacer desaparecer la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por el paciente. Por tanto, se torna innecesario continuar con el trámite de esta acción de tutela, por la configuración de un hecho superado.

Respecto al tratamiento integral. En las pretensiones de la tutela, se solicita la concesión del TRATAMIENTO MÉDICO INTEGRAL POR PARTE DE LA NUEVA EPS, que se desprenda y tenga relación con la patología “HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA (K409)”.

La jurisprudencia en tal sentido ha sido pacífica en señalar que les corresponde a las entidades aseguradoras del sistema general de seguridad social en salud, prestar el servicio a sus afiliados de manera íntegra y continua, siempre que se cumplan los requisitos legales para ello.

(...)

En ese orden, no se puede imponer obstáculo alguno para que el paciente acceda a todas aquellas prestaciones que el médico tratante considere que son las indicadas para combatir sus afecciones, de manera oportuna y completa.

Así, por regla general, los servicios que deben ser otorgados de manera integral, son aquellos que el profesional de la salud estime pertinentes para atender el padecimiento que se presente.

(...)

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine...”.

(...)

Se hace procedente esta pretensión, pues no sólo el médico tratante en forma concreta prescribió los servicios médicos que requiere el menor José Alejandro Vélez Lalinde, sino que las mismas patologías diagnosticadas permiten circunscribir la atención de carácter integral única y exclusivamente a los asuntos médicos que dependan o estén en conexidad con el diagnóstico referido como “HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA (K409)”.

Teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, el tratamiento integral en materia de salud debe garantizarse al accionante, incluyendo todas aquellas prestaciones que el médico tratante considere necesarias para conjurar las afecciones que padece, recordando que los exámenes que sean ordenados por su médico tratante, tienen por objeto determinar un buen diagnóstico y el adecuado tratamiento a las consecuencias derivadas de la enfermedad, como así se desprende de los soportes médicos y la historia clínica aportados a la tutela.

Por lo demás, una de las finalidades legítimas para esta orden integral, es la de evitar que el afiliado acuda a este mecanismo preferente y sumario por cada negativa de una prestación médica relacionada con su actual enfermedad, lo cual hace perentoria y necesaria la concesión del tratamiento integral para lograr que le sea suministrada de manera completa la atención médica, y así procurar una recuperación satisfactoria, en relación a la enfermedad que padece JOSÉ ALEJANDRO VÉLEZ LALINDE.

En síntesis, ha considerado la propia jurisprudencia que el principio de integralidad en salud, a la luz de la Ley Estatutaria de Salud, envuelve la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio de garantizar la autorización completa de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como para sobrellevar su enfermedad (cfr. sentencia T-010 de 2019 Corte Const.).

Solicitud de recobro. Finalmente, con relación a la pretensión de la NUEVA EPS de recobrar ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad en Salud (ADRES), los gastos en que incurra en la prestación

de los servicios al accionante, se debe señalar que, de acuerdo con el artículo 178 de la Ley 100 de 1993, las entidades promotoras de salud -EPS- tienen el deber legal de establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad dispuesta por las instituciones prestadoras de servicios de salud -IPS-.

Además de ello, de acuerdo con las Resoluciones 205 y 206 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social: “(...) los montos por los cuales los medicamentos, insumos y procedimientos que anteriormente eran objeto de recobro ante la ADRES, quedaron a cargo absoluto de las entidades promotoras de los servicios, por consiguiente, los recursos de salud se giran antes de la prestación de los servicios, de la misma forma cómo funciona la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

Por tales razones, no es viable en razón de la tutela tratar asuntos económicos, pues la finalidad de la misma se restringe únicamente para la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas. De tal forma, que los gastos necesarios por la prestación de los servicios médicos que requiere el accionante, serán cubiertos por la NUEVA EPS S.A...”

LA IMPUGNACIÓN

El apoderado especial de la NUEVA EPS manifestó que la acción de tutela es un mecanismo judicial de carácter excepcional breve y sumario que permite la protección constitucional de derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, y cuando no se disponga para el efecto de otros medios de defensa judicial, ésta resultara viable siempre que se origine en hechos ciertos y reconocidos de cuya ocurrencia se puede inferir la violación o vulneración de derechos fundamentales.

Afirmó que la tutela será procedente cuando algún derecho fundamental se encuentre efectivamente amenazado o vulnerado, de lo cual se sigue que el juez de tutela no debe esperar la vulneración del derecho fundamental, para conceder la protección solicitada, sino que debe también acudir a la defensa de los derechos fundamentales invocados cuando estos se encuentran amenazados.

Indicó que el reconocer el tratamiento integral a través de una

sentencia de tutela es tanto como desconocer que existe una Ley que garantiza el acceso a un plan de beneficios en salud. El fallo de tutela está diseñado para proteger derechos cuando estos estén siendo vulnerados y amenazados y no se puede presumir que ante un eventual atraso ocurrido una vez, en lo sucesivo la conducta será repetitiva y, por lo tanto, adelantarse a ello.

Mencionó que no se 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.

Advirtió que no resulta constitucional el amparo indeterminado de los derechos fundamentales como el de la salud, no sólo porque de suyo implica la posibilidad de que no se atienda de manera adecuada la patología del accionante, sino porque los recursos de la salud son escasos y deben aplicarse a propósitos específicos y puntuales legalmente definidos dentro de un universo de necesidades ilimitadas de la población.

Por último, solicitó revocar la orden del suministro de tratamiento integral, toda vez que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad o de particulares. Determinarlo de esa manera es presumir la mala actuación de esa institución por adelantado y no puede presumir el fallador que en el momento en que el usuario requiera servicios no les serán autorizados.

CONSIDERACIONES

La Honorable Corte Constitucional en abundante y reiterada jurisprudencia (ver entre otras, sentencias T-144 de 2008, T-760 de 2008 y T-415 de 2009) ha considerado el derecho a la salud un derecho fundamental susceptible de ser amparado por medio de la acción de tutela, comprendiendo, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. Así es claro que la legislación y la jurisprudencia constitucional han precisado, en sus ámbitos de competencia, las obligaciones estatales derivadas del derecho a la salud, para garantizar un sistema de salud que preste efectivamente, en condiciones de universalidad, eficiencia y solidaridad, los servicios de salud que requieran las personas para alcanzar el nivel más alto de salud posible.

Esta garantía constitucional de toda persona a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada dentro del derecho a la salud (art. 49, CP), ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, haciendo énfasis en las condiciones de calidad, eficacia y oportunidad con que las que estos servicios deben ser prestados.

Y para tal desarrollo, la doctrina constitucional ha establecido unas reglas claras:

Primero, se establece que el ámbito protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, está determinado por aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas.

Segundo, se señaló que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

Tercero, se enfatizó que la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud que una persona requiera no puede ser obstaculizada por el hecho de que el servicio no esté incluido dentro de un plan obligatorio de salud; incluso en aquellos casos en los cuales la persona no pueda asumir los costos que le corresponda asumir.

Cuarto, se advierte que el Sistema de Salud prevé en ocasiones pagos moderadores a cargo de las personas que van a acceder a un determinado servicio de salud; pero éstos deben ser razonables y no pueden constituir barreras de acceso a los servicios de salud que se requieran, para quienes no tienen la capacidad económica de sufragarlos.

Y quinto, se señala que el acceso a los servicios de salud debe garantizarse en condiciones de oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, y de acuerdo con el principio de integralidad.

En cuanto al principio de integralidad, la Honorable Corte Constitucional precisó¹:

5.3. En ese sentido, la Corte ha dicho que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico sin que

¹ Ver Sentencia T-289 de 2013

se tenga que acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto. Para ello, el juez de tutela “*deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología*”². Así mismo, el denominado derecho obliga a las EPS a no entorpecer la prestación de los servicios con procesos o trámites administrativos que generen limitaciones para que los pacientes reciban la asistencia necesaria para garantizar de forma plena el derecho a la salud³.

5.4. Teniendo en cuenta lo anterior, el juez constitucional deberá ordenar la prestación del servicio de salud de manera integral, es decir, con todo componente que considere necesario el médico tratante para el pleno restablecimiento de la salud en las personas, ante la negativa de las EPS de suministrar servicios de salud. Ello evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito para una misma enfermedad.

Ahora, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene por objeto regular el servicio público de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención. Así, el legislador creó dos regímenes de salud: el contributivo y el subsidiado.

Al régimen contributivo pertenecen las personas con un contrato de trabajo, los pensionados y jubilados, los trabajadores independientes y los servidores públicos con capacidad de pago. Quienes se afilian a este régimen deben cancelar una cotización mensual que se define de forma proporcional a sus ingresos y en contraprestación reciben la atención médica que se deriva del Plan Obligatorio de Salud.

Sobre los suministros de servicios no incluidos en el POS, en la sentencia T- 468 del 23 de julio de 2013, la Honorable Corte Constitucional señaló:

² Ver sentencia T-970 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), cuya posición es reiterada en la sentencia T-388 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

³ Ver sentencia T-388 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

“En esta perspectiva el Sistema General de Seguridad Social en Salud creado en la ley 100 de 1993 estableció las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Beneficios (el POS) para todos los habitantes del territorio nacional (art. 162 L. 100 de 1993).⁴ Dicho Plan constituye un conjunto de prestaciones, que deben satisfacer y garantizar las entidades promotoras del servicio, en armonía con la definición del plan obligatorio hecha por la autoridad competente, que para el efecto es la Comisión de Regulación en Salud (CRES). Actualmente, el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES establece la definición, aclaración y actualización integral del POS, para lo que es pertinente precisar que respecto al acceso a la prestación de los servicios, el Acuerdo 032 de 2012 del ente regulador mencionado, determinó que es el mismo para los dos regímenes existentes el contributivo y el subsidiado⁵.

3.2 La jurisprudencia constitucional, con base en la normatividad internacional, ha señalado que el derecho a la salud tiene cuatro dimensiones *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*⁶, de las cuales se deriva que toda persona tiene derecho al acceso a los servicios que se requieran incluidos o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.⁷ Respecto a los servicios establecidos en el POS, la Corte ha señalado que *toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro de los planes obligatorios de salud. De manera que, ‘no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.’*⁸

Por su parte, ha señalado que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando se cumplen las siguientes condiciones: “(i) que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente; (iii) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y iv) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último

⁴ Sentencia T-730 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ Sentencia T-020 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Al respecto consultar la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y la Observación General No 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, E/C.12/2000/4, CESCR.

⁷ T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garante de la prestación está autorizada a cobrar.”⁹

(...)

3.5 De manera que toda persona tiene derecho a que se le preste y garantice su derecho fundamental a la salud, para lo cual las entidades prestadoras y los entes territoriales deben cumplir con sus obligaciones en el marco del servicio a la salud. Cuando los servicios no están previstos en el plan de beneficios, existen los mecanismos de recobro pertinentes previstos en el ordenamiento jurídico por lo que no se puede oponer el cobro de los mismos a la efectiva prestación del servicio de salud. Así mismo, los afiliados tienen derecho a que se les garantice el servicio cuando implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, y que incluso, tienen derecho a que se costee el traslado de un acompañante si su presencia y soporte se requiere para poder acceder al servicio de salud”.

En algunas ocasiones, los servicios que requieren los pacientes para la recuperación de la salud o para llevar una vida digna a pesar de los padecimientos, incluye elementos que en estricto sentido no se catalogan como medicamentos, pero que igualmente la Honorable Corte Constitucional ha señalado que las entidades prestadoras de salud en determinados casos deben suministrarlos.

Para el caso concreto, se tiene que el Juez de primera instancia le ordenó a la NUEVA EPS brindar el TRATAMIENTO INTEGRAL que requiera el menor JOSÉ ALEJANDRO VÉLEZ LALINDE, para la patología “HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN, NI GANGRENA (K409)”.

Conforme con la impugnación, se discute la concesión del tratamiento integral para la patología que actualmente presenta el menor JOSÉ ALEJANDRO VÉLEZ LALINDE, para lo cual la EPS refiere que dicha obligación no es procedente toda vez que se trata de un hecho futuro.

⁹ Sentencia T-355 de 2012 M.P. Luis Ernesto Varga Silva. Igualmente Cfr. T-834 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa, T-1204 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-1022 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa se determinó que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (es decir que reúna los requisitos i, ii y iii) con necesidad (condición iv).

Observa la Sala que el Juez de instancia hizo un análisis indicando que la EPS era la entidad obligada a prestar el servicio requerido por el usuario JOSÉ ALEJANDRO VÉLEZ LALINDE y dispuso la prestación del tratamiento integral que debe ser suministrado por la NUEVA EPS, con el fin de proteger cualquier situación de desventaja o que ponga en riesgo innecesario a la afectada, buscando con ello una integralidad en el tratamiento que requiere.

Es de anotar que, frente al tratamiento integral, no es cierto que la orden sea para hechos futuros e inciertos, pues está claro que la afectada padece actualmente “HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN, NI GANGRENA (K409)”, que es un paciente que requiere de atención prioritaria y no puede estar supeditada a tener que interponer una acción de tutela cada vez que un servicio médico le sea negado, es claro que el tratamiento integral se refiere a lo que devenga de la patología “HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA (K409)” y no sobre otras patologías.

De lo expuesto, puede verse fácilmente que el A quo acertó en su decisión con relación a la prestación del servicio y el tratamiento integral, que dispone que en aras de garantizar el derecho fundamental a la salud y de evitar una interrupción en la prestación del servicio, la paciente debe recibir todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico tratante, ordenándole a la EPS asumir la prestación del servicio que requiere, sin importar si trata de atenciones PBS o NO PBS.

En cuanto al recobro frente a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social, es necesario indicar que se trata de un tema administrativo que desborda las facultades del Juez

de Tutela, pues debe definirse conforme con las normas aplicables y ante las autoridades competentes, sin que tal situación esté relacionada con los derechos constitucionales fundamentales.

Bajo las anteriores precisiones, la Sala encuentra que el fallo de primera instancia se encuentra a tono con los mandatos legales y constitucionales por lo que está llamado a su confirmación.

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

Envíese este proceso a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De 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: **1c570003290d24e494bacc1fed57a52390a9029b2ad97e858133578adabe0510**

Documento generado en 27/02/2023 04:21:35 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, veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 036

RADICADO : 05000-22-04-000-2023-00068 (2023-0222-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : EDWAR ÁLZATE GARCÉS
AFECTADOS : ELMER ENRIQUE CÓRDOBA TERÁN Y OTROS
ACCIONADO : JUZGADO TERCERO PROMISCOU MUNICIPAL DE
TURBO ANTIOQUIA Y OTROS
PROVIDENCIA : FALLO PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO

Mediante esta sentencia, la Sala resuelve la acción de tutela presentada por el Dr. Edwar Álzate Garcés apoderado judicial de los señores ELMER ENRIQUE CORBOBA TERAN, KEINER TORRES MERCADO, ENRIQUE MANJARREZ MANCHEGO, LUIS ALFREDO HOYOS MARTÍNEZ, YORMAN YAIR DIAZ BARÓN, y EDER CORREA HERRERA, en contra del JUZGADO TERCERO PROMISCOU MUNICIPAL DE TURBO ANTIOQUIA y la FISCALÍA DIECIOCHO SECCIONAL DE LA DIRECCIÓN ESPECIALIZADA CONTRA DELITOS FISCALES.

A la demanda se vinculó como parte accionada al Dr. VÍCTOR MANUEL GÓMEZ LESMEZ.

LA DEMANDA

Expresó el accionante que el 17 de enero de 2023, fueron capturados en situación de flagrancia por parte de guardacostas y armada colombiana los señores Yorman Diaz Barón, Keiner Torres Mercado y Luis Alfredo Hoyos Martínez, por transportar cigarrillos de contrabando.

Indicó que cuando los guardacostas venían hacia el puerto de Turbo, capturan en situación de flagrancia a los señores Eder Correa Herrera, Elmer Enrique Córdoba Teherán y Enrique Manjarres Manchego, por transportar cigarrillos de contrabando.

Afirmó que el 18 de enero de 2023, fueron convocados a audiencias preliminares concentradas, correspondiéndole por reparto al Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo, Antioquia, por solicitud del Fiscal 18 Seccional de Bogotá adscrito a la Dirección Especializada contra delitos fiscales, en la cual es legalizada la captura, en lo que respecta a la imputación la fiscalía les imputa en calidad de coautores a las 6 personas por ir de manera coordinada el delito de contrabando agravado y por participar en el mismo hecho imputó la situación de mayor punibilidad; esto es, coparticipación criminal, manifestando que no hubo lectura del artículo 68 A. Adicionalmente, solicitaron imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente en intramural, ante la cual accedió el señor Juez, bajo el fin constitucional de protección a la comunidad y a la víctima. Sin embargo, son capturados en horas distintas, áreas distintas, con elementos evaluados por valores distintos, no todos superan los 200 SMLMV, y aun así sin un elemento material probatorio que permita hablar de coautoría se imputó a 6 personas sin ninguna relación y/o unidad de acción.

Aseveró que los señores EDER, ELMER y ENRIQUE transportaban mercancía por un valor inferior a 260 millones los cuales debió imputarse el delito de contrabando simple la cual por su pena no soportarían la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad; pero la fiscalía sin ningún EMP o EF sumariamente presentada habla de unidad de acción y coautoría, donde empieza la violación al derecho de defensa y debido proceso, es por eso que están ante un indebida construcción de los hechos jurídicamente relevantes, lo que debería traer consigo la máxima sanción procesal como es la nulidad por violación a garantías

fundamentales, tanto de la imputación como de la imposición de la medida de aseguramiento ante una falsa motivación por parte del señor fiscal y sin ningún control material por parte del Juez con Función de Control de Garantías, desconociendo los elementos propios de la coautoría, es que nada manifestó el señor fiscal ni el señor juez al momento de avalar el concepto de coautoría para hoy mantener a 6 ciudadanos bajo una misma imputación la cual violó el derecho constitucional del debido proceso y la defensa por no enmarcar adecuadamente los hechos imputados es decir, una coautoría inexistente.

Consideró que, ante tanta ilegalidad e injusticia, impetra la acción de tutela, la cual interpone por cuanto se han cristalizado unas vías de hecho; además, solicitó tutelar los derechos fundamentales, como son el debido proceso, a la defensa, a la igualdad, y al acceso a la administración de justicia, que se encuentran gravemente amenazados llamado por vías de hecho las decisiones judiciales que han de ser declaradas nulas.

LAS RESPUESTAS

1.- El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo, Antioquia, manifestó que el 18 de enero de 2023 se iniciaron audiencias preliminares concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, las cuales culminaron el 19 del mismo mes. Al despacho se presentó solo una solicitud de audiencias y así se tramitó. El despacho en la audiencia de legalización verificó que se cumplió con el procedimiento de interdicción marítima, el termino desde la llegada a puerto y resolver sobre la legalidad, la flagrancia y el respeto por los derechos de los procesados. En el presente caso se cumplieron todos los requisitos para impartir legalidad a la captura de los procesados. La formulación de imputación cumplió con los requisitos del artículo 288 del C.P.P. y por ellos se avaló. Se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión a cada uno de los imputados, no está demás señalar que en la valoración de esta se individualizó cada una de las

embarcaciones la cantidad de mercancía y el valor de esta, así mismo cuales de los imputados se movilizaban en cada embarcación.

No se presentó recurso alguno contra ninguna de las decisiones adoptadas por el despacho y los procesados estuvieron representados por apoderado contractual. Agrega que dentro del proceso se respetaron y garantizaron los derechos de los procesados que yerra el togado al presentar la acción de tutela solicitando la nulidad en el presenta caso, ya que la atapa procesal para ello es la audiencia de acusación y no este mecanismo subsidiario, por lo cual le solicito se decrete improcedente la presente acción No esta demás señalar que será el Fiscal del caso ante el Juez de Conocimiento quien deberá demostrar la coautoría de los 6 imputados. Por lo expuesto, este despacho no ha vulnerado ni amenazado derecho alguno del demandante y reitero su solicitud de decretar improcedente la acción constitucional, por no agotar los recursos ordinarios y no ser la acción de tutela el mecanismo para procurar una nulidad.

2.- El Fiscal 18 DECDF indicó que leído el escrito y sus anexos resulta evidente que la acción constitucional no está llamada a prosperar.

Manifestó que el accionante que actúa como nuevo apoderado de las seis personas imputadas por la Fiscalía ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo, Antioquia, con motivo de su aprehensión al ser sorprendidos por personal de guardacostas de la Armada Nacional, cuando en dos lanchas de idénticas características ingresaban gran cantidad de cigarrillos al territorio nacional, por lugar no habilitado para ello, pretende a través de la acción constitucional, trasladar una instancia constitucional una situación que él a través de los mecanismos establecidos en el proceso penal no ha planteado y por tanto, no ha dado la oportunidad a las partes de escuchar sus planteamientos como nuevo defensor y a presentar las observaciones que se puedan tener frente a sus consideraciones.

Expresó que el no compartir la postura de la Judicatura, la Fiscalía y del

anterior defensor, no permite per se, afirmar que la decisión del Juzgador con Funciones Constitucionales es constitutiva de vía de hecho y por ende que se activa la posibilidad de acudir a una acción constitucional por fuera del debido proceso penal.

Mencionó que no solo erró en la escogencia de la vía constitucional para solicitar la libertad de sus poderdantes, es que esa acción no puede prosperar, como que no se precisa cuáles fueron las decisiones de la judicatura que se profirieron como una vía de hecho y por su petición resulta genérica, además de vaga, imprecisa y carente de sustento.

Por último, informó que las controversias sobre la adecuación típica de las conductas penales deben agostarse dentro del debido proceso penal y no fuera de él, cuando no se ha intentado, mediante los instrumentos del debido proceso agotar las discusiones propias del mismo, por lo que solicitó se niegue las pretensiones del accionante.

3.- El Dr. Víctor Manuel Gómez Lesmez manifestó que, para el 18 de enero del 2023, como abogado contractual acudió de manera inmediata a las instalaciones de la Policía Fiscal y Aduanera en Turbo, Antioquia, con el objeto de entrevistarse con los implicados los señores Elmer Enrique Córdoba Terán, Keiner Torres Mercado, Enrique Manjarrez Manchego, Luis Alfredo Hoyos Martínez, Eder Córdoba Herrera, Yorman Yair Díaz Barón, con el objeto de corroborar el desarrollo del procedimiento realizado por las autoridades captoras. Los implicados manifestaron que habían sido bien tratados durante el procedimiento de interdicción, y se les había respetado sus derechos fundamentales, les preguntó si alguno de ellos requería atención médica por la situación presentada como resultado del hundimiento de una de las naves, manifestaron los capturados que no tenían ninguna afectación a su salud, o que fuese resultado del procedimiento de las autoridades captoras, con ello se pudo establecer que se habían respetado los derechos fundamentales.

Afirmó que en la entrevista inicial se asesoró a los implicados de manera clara y en términos sencillos, sobre el delito por el cual serían llevados ante el Juez de Control de Garantías, las posibilidades de allanarse a cargos y la posible rebaja que tendrían en esa etapa del proceso, si lo consideraban llegar a un preacuerdo de manera posterior a las audiencias preliminares, explicándoles que el resultado sería mucho más claro luego de la imputación de cargos, los implicados manifestaron que estaban de acuerdo en no aceptar los cargos en audiencia preliminares, y que por decisión grupal posteriormente llegar a un acuerdo de terminación anticipada del proceso o preacuerdo con el ente acusador, también se les explicó si siendo conscientes de la actividad en la cual habían sido capturados también tenían derecho al desarrollo del proceso penal, ser sometidos a un juicio justo con las garantías propias de un juicio sin dilaciones y con las garantías constitucionales, se les explicó respecto a controvertir las manifestaciones de la fiscalía y del aporte de las pruebas para soportar una teoría que pudiera favorecer sus intereses, manifestaron estar de acuerdo con el procedimiento posterior de terminación anticipada del proceso, preacuerdo que se tramitaría de manera posterior a las audiencias preliminares, mediante la figura de los preacuerdos y negociaciones.

Mencionó que, mediante comunicación del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo, recibió correo en el cual lo citaba para el 18 de enero de 2023 a las 14:00 horas aproximadamente con el objeto de dar inicio a las audiencias preliminares solicitadas ante la judicatura, la audiencia de legalización inició el 18 de enero a las 15:15 horas en desarrollo de la misma, se presentó una situación particular en el sentido que los capturados, al ser interrogados por el señor Juez de Control de Garantías en corroboración de las garantías de los derechos fundamentales, manifestaron, que habían sido objeto de abuso de la autoridad Armada Nacional, consideraban los capturados, que los funcionarios de Guardacostas al momento de la interdicción marítima, habían realizado unos disparos poniendo en peligro la vida de los allí encartados, información que no se puso en conocimiento a la defensa por los implicados de manera

oportuna en entrevista realizada con anterioridad a las audiencias preliminares. Al exponer esta situación al momento de la audiencia de legalización de la captura, sorprendió a la defensa tal afirmación, al punto que se sustentó de acuerdo a lo manifestado en audios por los encartados, pero dejando en constancia que verificados los formatos de manera individual de los derechos del capturado no se había consignado dicha novedad por los que afirmaban la actuación irregular, documentos entregados en traslado por el señor delegado fiscal, la defensa pudo establecer en el desarrollo de la audiencia que todos los detenidos habían firmado dicha manifestación sin encontrar registro de objeción al respeto de sus derechos, la audiencia se desarrolló sin ninguna otra situación especial que pudiera hacer necesaria cualquier otro tipo de aclaración, se dio por terminada sin que se interpusiera recurso alguno por parte de la defensa.

Indicó que, en la audiencia de imputación, acto de mera comunicación como lo indica el artículo 286 de la ley 906 de 2004, comunicación que el delegado Fiscal realiza en presencia de los capturados, soporta esa comunicación en los hechos jurídicamente relevantes. En cuanto al componente jurídico se refiere a la calificación jurídica de los hechos que puede ser variables, pero que sin embargo el delegado fiscal adecuó esos hechos jurídicamente relevantes a la norma Penal del inciso 2° del artículo 319 de la ley 599 de 2000, es importante indicar que el delito imputado corresponde al del inciso segundo, y no al del inciso tercero de Contrabando Agravado, pues ese último exige que los implicados tengan una calidad especial Usuarios Altamente Exportador (Altex), o de un Usuario Aduanero Permanente, el señor delegado Fiscal les imputo el del inciso segundo de contrabando que supera los 200 SMMLV, y no, con el respeto del honorable profesional del derecho como lo manifestó el Dr. Edwar Álzate Garces en su escrito de Tutela.

Dijo que el señor delegado Fiscal no realizó ninguna acotación a las prohibiciones contenidas en el artículo 68A de la norma penal, el delito que fue objeto de comunicación en la audiencia de imputación se adecua al de

contrabando que supera los 200 SMLMV, razón por la cual no se realizó ninguna mención o se citó como lo dije anteriormente por el delegado fiscal, el contenido del artículo 68A del Código Penal ley 599 de 2000. Como lo indica la norma procesal en el artículo 288 C. de P.P, En esa etapa de la Imputación como defensor de los implicados su responsabilidad como profesional del derecho, se soportó en la valoración, se sopesó y evaluó el marco fáctico-jurídico que habría de estar sometido el curso de la actuación, de acuerdo con el contenido de los EMP dados en traslado por el delegado Fiscal, como defensor no se presentó ninguna objeción, toda vez que no existe la posibilidad de interponer o ejercer recurso alguno.

Adujó que el 18 de enero de 2023, en la audiencia de imposición de la medida de aseguramiento como lo contempla el artículo 307 de la norma adjetiva, el señor Juez de Control de Garantías procedió a dar la palabra al señor delegado fiscal, quien sustenta su solicitud de medida intramural, citando el contenido del numeral 2 del artículo 308 desarrollado por el artículo 310 y 313 del C. de P. Penal, en concordancia con los hechos jurídicamente relevantes, delitos por los cuales se iniciará la investigación penal en contra de los capturados, soportando su solicitud de medida intramural en concordancia con los fines constitucionales dirigidos a proteger la sociedad y las víctimas por considerar que los encartados representaban un peligro para la sociedad y la víctimas del injusto, hace su exposición cerrando su solicitud en que los implicados como se indicó en la imputación, habrían incurrido en el delito del artículo 319 inciso 2, resultado del informe de valoración de las mercancías aprehendidas por la DIAN y el medio de transporte en uno de los eventos, avalúo emitido por la DIAN Delegada de Urabá, valor de las mercancías sumadas entre sí de las dos embarcaciones las que superaban los seiscientos millones de pesos, exponiendo en su intervención que ese resultado se dio en la interdicción marítima realizada por la Armada Nacional, de dos embarcaciones que transportaban la carga objeto de aprehensión, cargas representadas en cigarrillos, mercancías que no cumplían los requisitos de ingreso a territorio Colombiano, según el delegado fiscal los implicados pretendían su ingreso

por lugares distintos a los habilitados. Los avalúos de las mercancías encontradas en cada nave intervenida, no se tomó de manera individual por embarcación, por el contrario el delegado fiscal lo argumentó de manera general en un solo monto, agrega en su exposición que los seis implicados como se indicó en la imputación habrían obrado en coparticipación criminal como lo indica el numeral 10 del artículo 58 del C. de P.P., terminada la exposición del señor delegado fiscal, se le concedió la palabra para realizar la sustentación de oposición a los argumentos del delegado fiscal, oponiéndose incluso a que se aceptara la síntesis de la fiscalía, en la que acuñaba en un solo monto los valores individuales correspondientes a la valoración de las mercancías transportadas en cada nave objeto de interdicción, sustentándolo en un solo valor de manera general, lo que desmejora la situación de los implicados, reitero que cada una de las naves fue intervenida en tiempos y lugares diferentes, con tripulaciones diferentes, así se registra en el informe de la Armada Nacional presentado por el señor Teniente de Corbeta Peinado Adrián Camilo oficial operativa de la estación de Guardacostas de Urabá. No se presentó ningún recurso frente a la decisión de la imposición de la medida de aseguramiento en contra de sus representados, decisión expuesta por el señor Juez de Control de Garantías, la defensa no contaba con los EMP que pudieran ser expuestos en la sustentación inicial que pudieran desvirtuar lo manifestado por el delegado Fiscal, además de ello, la observancia del desarrollo de las audiencias de acuerdo a los postulados contenidos en el inciso final del artículo 10 y numeral 1° y 2°, del artículo 138 del CPP., al término de las audiencias preliminares los implicados solicitaron el paz y salvo por la atención profesional prestada, EMP nuevos que podría aportar el Dr. Edwar Álzate Garcés quién representa los intereses de los hoy procesados.

LAS PRUEBAS

El Dr. Víctor Manuel Gómez Lesmez adjuntó los documentos aportados por los familiares de los implicados, documentos en constancia del arraigo, situación personal y familiar de cada uno de los implicados, EMP, utilizados

para sustentar una medida de detención domiciliaria, la cual no prosperó ante la judicatura.

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 pueden 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 mencionadas, 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 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

¹ Sentencia T-125 de 2012

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.

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.

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.

En el presente caso, el apoderado de los señores ELMER ENRIQUE CORBOBA TERAN, KEINER TORRES MERCADO, ENRIQUE MANJARREZ MANCHEGO, LUIS ALFREDO HOYOS MARTÍNEZ, YORMAN YAIR DIAZ BARÓN, y EDER CORREA HERRERA considera que a éstos les fue vulnerados los derechos fundamentales tanto el juez de control de garantías, como el fiscal al momento de llevar a

cabo las audiencias preliminares, considerando que se vulneró sus derechos fundamentales lo que hace que se encuentran privados de la libertad al no respetarse sus garantías.

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.

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.

Así, en Sentencia T-113 de 2013, la Alta Corporación señaló:

6. En general, por mandato del artículo 86 de la Constitución Política, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial. Ahora bien, la jurisprudencia ha precisado que tratándose de tutelas contra providencias judiciales la verificación del requisito de subsidiariedad implica un examen más riguroso⁵.

En efecto, al estudiar el requisito de subsidiariedad en estos casos se pueden presentar dos escenarios: i) que el proceso haya concluido⁶; o ii) que el proceso judicial se encuentre en curso⁷. Lo anterior constituye un

⁵ Cfr. Sentencias T-108 de 2003, SU-622 de 2001, T-567 de 1998 y C-543 de 1992.

⁶ Sentencia T-086 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁷ En la sentencia T-211 de 2009, la Sala precisó: "(...) el amparo constitucional no se ha constituido como una instancia adicional para decidir conflictos de rango legal, ni para que los ciudadanos puedan subsanar las omisiones o los errores cometidos al interior de un proceso. En otras palabras, la Corte ha sostenido que la acción de tutela no es un medio alternativo, ni complementario, ni puede ser estimado como último recurso

factor para diferenciar el papel del juez constitucional en cada caso, de una parte, si se enfrenta a la revisión de la actuación judicial de un proceso concluido deberá asegurarse que la acción de amparo no se está utilizando para revivir oportunidades procesales vencidas, que se agotaron todos los recursos previstos por el proceso judicial para cuestionar las decisiones impugnadas y que no se emplea la acción de amparo como una instancia adicional. De otra parte, si el proceso se encuentra en curso la intervención del juez constitucional está en principio vedada, pues como se sabe la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo pero puede resultar necesaria para evitar un perjuicio irremediable que comprometa la vulneración de derechos fundamentales.

Bajo esta perspectiva, la sentencia **T-211 de 2009**⁸ precisó al menos cuatro razones por las que el estudio del requisito de subsidiariedad es fundamental para determinar la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales:

“La primera consiste en que las sentencias son decisiones emanadas de un juez que recibió el encargo constitucional de poner fin a las controversias en una jurisdicción determinada, para lo cual, fue revestido de autonomía e independencia. Cuando la acción de tutela se instaura como recurso alternativo o como último recurso judicial para obtener una decisión favorable en cualquier materia, se desconoce la división de competencias que la misma Carta ha delineado, y se niega el principio de especialidad de la jurisdicción. Adicionalmente, cuando se promueve el amparo de manera complementaria a los procesos judiciales ordinarios, la decisión del juez constitucional –que por la naturaleza de la acción de tutela tendrá que adoptar una decisión en menor tiempo– puede terminar imponiendo interpretaciones de carácter legal al juez que está encargado del proceso.

En uno y otro caso, la acción de tutela que no es presentada con apego estricto al principio de subsidiariedad, niega la garantía del debido proceso, de acuerdo con la cual, una persona sólo puede ser procesada por su “juez natural”.

*Una segunda razón estriba en el respeto por la importancia del proceso judicial. Las etapas, recursos y procedimientos que conforman un proceso, son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente en lo que tiene que ver con las garantías del debido proceso. Es en este sentido que la sentencia C-543/92 puntualiza que: “tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el **proceso**, tal como lo acreditan sus remotos orígenes” (negrillas del original). **Por tanto, no es admisible que el afectado alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental cuando no ha solicitado el amparo de sus derechos dentro del proceso, pues, en principio, el ordenamiento jurídico le ha dotado de todas las herramientas necesarias para corregir durante su trámite las irregularidades procesales que puedan afectarle.***

de litigio.”

⁸ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia T-649 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en la cual se estudió la idoneidad y eficacia del recurso de revisión en la jurisdicción contencioso administrativa que hacía improcedente la acción de tutela porque existía otro medio de defensa judicial.

Como tercera razón, la acción de tutela instaurada contra providencias judiciales, cuando no se han agotado los mecanismos ordinarios de protección, atenta contra la seguridad jurídica del ordenamiento. No hace parte de los fines naturales de la acción de tutela el causar incertidumbre jurídica entre los asociados. Por esto, la Corte ha reiterado que la acción de tutela contra providencias judiciales no pretende sustituir al juez natural, ni discutir aspectos legales que ya han sido definidos, o están pendientes de definir. Sin embargo, cuando se desconoce el principio de subsidiariedad, y se intenta usar la acción de tutela como otra instancia u otro recurso de litigio, sin que existan razones evidentes para advertir violaciones a derechos fundamentales, se atenta contra la cosa juzgada y contra la seguridad jurídica.”

7. En suma, corresponde al juez constitucional evaluar de forma rigurosa la subsidiariedad de la acción de tutela contra providencias judiciales teniendo en cuenta las pautas generales sobre la existencia de otros medios de defensa judicial y si se trata de un proceso concluido o en curso. La anterior verificación del requisito de subsidiariedad conlleva la salvaguarda de las siguientes garantías: i) el juez natural; ii) el respeto por el debido proceso propio de cada actuación judicial; y iii) la protección de la seguridad jurídica y la cosa juzgada.

(...)

17. En ese contexto, corresponde a la Sala evaluar de forma rigurosa la subsidiariedad de la acción de tutela contra providencias judiciales teniendo en cuenta las pautas generales sobre la existencia de otros medios de defensa judicial y que se trata de un proceso penal en curso. De hecho, que en el caso objeto de estudio se encuentre un proceso judicial en trámite desvirtúa, en principio, la procedencia de la acción de amparo, puesto que como se mencionó el mecanismo constitucional no puede emplearse de forma alternativa a los procesos ordinarios⁹.

Al respecto, destaca la Sala que el escenario natural para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante es el proceso penal. Al interior del mismo fungen como operadores judiciales sus jueces naturales, quienes están llamados al respeto del debido proceso propio de cada actuación judicial a fin de garantizar los derechos fundamentales de las partes, y por lo tanto, la intromisión del juez constitucional desconoce la seguridad jurídica y la cosa juzgada inherente a cada juicio.

No obstante, la protección de derechos fundamentales a través de la

⁹ Como excepción a esta regla puede consultarse, por ejemplo, la sentencia T-704 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en la que a pesar de que el proceso penal se encontraba en curso la Sala avaló el cumplimiento del requisito de subsidiariedad en aras de garantizar la primacía del derecho sustantivo así como por tratarse de la legitimidad de la víctima para solicitar la medida de aseguramiento, lo cual comprometía, bajo dos interpretaciones, los derechos fundamentales del actor: “En efecto, la crítica a la imposición de la medida de aseguramiento que se surte a través de la tutela, no se centra en cuestionar la concurrencia de los presupuestos materiales para su imposición. La discusión radica en la legitimidad de un determinado sujeto procesal (la víctima) para instaurar esta solicitud. De modo que si bien, bajo una perspectiva amplia se puede entender que este presupuesto está implícito en el artículo 308 del C.P.P., y que por ende la revocatoria se podría impetrar cuando falle este presupuesto procesal, puede surgir, así mismo, un entendimiento formal que excluya esta hipótesis del mecanismo previsto en el artículo 318 del C.P.P. Por tanto, ante la doble interpretación que pueda surgir, y en procura de salvaguardar el derecho de acceso del procesado a la justicia, bajo una óptica de prevalencia del derecho sustancial, la Sala dará por satisfecho este presupuesto.”

acción de tutela permite la intervención del juez constitucional siempre que se demuestre que no existe otro medio de defensa judicial o que se pretende evitar un perjuicio irremediable.

18. En términos concretos, en este caso la procedencia de la acción de tutela depende de identificar si al interior del proceso penal es posible encontrar otro medio de defensa judicial para subsanar la supuesta irregularidad en que incurrió la Fiscalía Sexta Delgada ante la Corte Suprema de Justicia al denegar el recurso de reposición interpuesto contra la decisión de 2 de mayo de 2012. En particular, si la presunta vulneración de los derechos fundamentales del actor al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, es susceptible de ser planteada como causal de nulidad al interior del proceso, dentro de la oportunidad señalada en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

En efecto, tanto la autoridad judicial demandada como los jueces de instancia señalaron que en el proceso penal en curso es posible cuestionar bajo la figura de la nulidad lo pretendido en el actual trámite tutelar. Lo anterior significa, que el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial, idóneo y eficaz, para la protección de sus derechos fundamentales.

(...)

De nuevo, reitera la Corte que **la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario que no puede invocarse forma paralela o complementaria a los mecanismos ordinarios**. Como quedó en evidencia para este caso el juez natural de la causa es la Corte Suprema de Justicia y es ese escenario el llamado a garantizar los derechos fundamentales de las partes. En efecto, el artículo 400 de la Ley 600 de 2000 era un recurso idóneo y eficaz para resolver la presunta vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia invocada por el accionante". (Resalta la Sala).

Con respecto a los cuestionamientos realizados por el apoderado de los señores ELMER ENRIQUE CORBOBA TERAN, KEINER TORRES MERCADO, ENRIQUE MANJARREZ MANCHEGO, LUIS ALFREDO HOYOS MARTÍNEZ, YORMAN YAIR DIAZ BARÓN, y EDER CORREA HERRERA a las providencias mediante las cuales se decidió la legalización de captura, formulación de imputación y la imposición de la medida de aseguramiento, advierte la Corporación, que la presente acción de tutela es improcedente.

Al respecto, para el caso en concreto lo que alega el togado es que tanto el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo (Ant) como la Fiscalía han vulnerado los derechos fundamentales de sus representados, porque no se les indicó lo referente al artículo 68A, en

el momento de la formulación de imputación y se construyeron los hechos jurídicamente relevantes sin atender la realidad fáctica.

Como puede verse con facilidad, la censura que expone el actor se refiere al desarrollo de las audiencias preliminares que realizó el juez ordinario con lo cual se puede pregonar la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que el Juez constitucional no está instituido para actuar como una especie de tercera instancia o como una instancia paralela a las vías ordinarias con las que cuenta.

Para esta Magistratura, es claro que el funcionario judicial al momento de resolver las peticiones de las audiencias preliminares realizó el procedimiento necesario para lograr finiquitar cada una de las etapas procesales, y donde se le dio al Dr. Víctor Manuel Gómez Lesmez defensor contractual en su momento la oportunidad de ejercer los recursos de ley, por lo cual no corresponde a esta Corporación evaluar por medio de la acción de tutela, en este momento las mismas.

Por lo anterior, resulta claro para la Corporación que para el presente caso la acción de tutela no es procedente, toda vez que frente a la providencia dictada por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo Antioquia y la Fiscalía Dieciocho Seccional de la Dirección Especializada contra Delitos Fiscales, no se observa ninguna vía de hecho, pues la misma respetó el debido proceso, habiendo motivado las solicitudes y las decisiones, con lo cual abrió paso para que las partes procesales, entre ellas el doctor Dr. Víctor Manuel Gómez Lesmez actuando en calidad de abogado de confianza del señor de los señores ELMER ENRIQUE CORBOBA TERAN, KEINER TORRES MERCADO, ENRIQUE MANJARREZ MANCHEGO, LUIS ALFREDO HOYOS MARTÍNEZ, YORMAN YAIR DIAZ BARÓN, y EDER CORREA

HERRERA pudiera presentar las inconformidades pertinentes por medio del recurso de reposición y en subsidio de apelación, y que, no fue interpuestos en su momento, ahora se cambia de defensa y pretende reabrir las etapas de las audiencias que son preclusivas.

Lo anterior impide que por vía de tutela se entre a modificar o revocar una decisión que está revestida de la presunción de legalidad. Obrar de otro modo implicaría desbordar los alcances de esta acción constitucional para abarcar aspectos frente a los cuales no se aprecia vulneración de derechos fundamentales.

Como puede verse con facilidad, de las providencias dictadas por los jueces ordinarios frente a las audiencias preliminares de Legalización de captura, Formulación de imputación e Imposición de medida de aseguramiento, se realizó un análisis de las normas aplicables para el caso.

Siendo así las cosas, no se observa por parte de la Sala una ostensible vía de hecho, sumado a que el actor tiene a su alcance diversos mecanismos ordinarios para lograr el amparo que pretende, por 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, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de tutela formuladas por el doctor

Edwar Álzate Garcés apoderado de los señores ELMER ENRIQUE CORBOBA TERAN, KEINER TORRES MERCADO, ENRIQUE MANJARREZ MANCHEGO, LUIS ALFREDO HOYOS MARTÍNEZ, YORMAN YAIR DIAZ BARÓN, y EDER CORREA HERRERA, acorde con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

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

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De 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: **a5eb060cfd6c7d40897cb2afa16b28381b4ee202295ce149ca8824dd1714d938**

Documento generado en 27/02/2023 11:35:31 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

CUI: 050346000141201880052

No. Interno: 2023-0261-2

**DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR
DE 14 AÑOS**

PROCESADO: RUBEN DARÍO GALLEGO VERGARA

DECISIÓN: DECLARA INFUNDADO IMPEDIMENTO.

Medellín, veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado según acta nro. 021

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver de plano, conforme lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 57 de la ley 906 de 2004, el impedimento expuesto por el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE ANDES, ANTIOQUIA y no aceptado por el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE CIUDAD BOLIVAR, ANTIOQUIA, al amparo del numeral 6° del artículo 56 ibidem, por las razones que más adelante se exponen.

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. ANTECEDENTES

En Audiencia de formulación de acusación llevada a cabo ante el Juzgado Penal del Circuito de Andes Antioquia el pasado 14 de febrero, encontrándose trámite lo dispuesto en el artículo 339 del C.P.P., el Fiscal 109 Seccional delegado de Andes Antioquia, recusó al Juez Penal del Circuito de Andes, Antioquia, al advertir que el funcionario judicial el 01 de septiembre de 2021, emitió sentencia condenatoria en el presente caso en contra de Rubén Darío, imponiendo una a pena de 16 años y 6 meses de prisión y en virtud de ello, conoció todas las actuaciones surtidas dentro del proceso y las pruebas de la fiscalía que dieron lugar a la emisión de esa sentencia. Luego, en virtud de la nulidad decretada por el Tribunal Superior de Antioquia, considera que se encuentra en curso de la causal 6° del 56 del C.P.P. al haber participado en el proceso y se encuentra vedada su imparcialidad para conocer nuevamente esta actuación.

El titular del Juzgado Penal del Circuito de Andes (Ant.), explica que en virtud del pronunciamiento del Tribunal Superior de Antioquia de noviembre de 2022, donde se declaró la nulidad a partir de la formulación de imputación, se radicó escrito acusatorio ante ese despacho el pasado mes de octubre, advirtiéndole que, de acuerdo al descubrimiento probatorio que tendría lugar en esa diligencia, evidencia que si se encuentra en curso de la causal dispuesta en el numeral 6° de artículo 56, ya que en esa sentencia realizó la valoración de los testigos que acudieron a juicio, permeando ello su objetividad e imparcialidad.

En vista de lo anterior, ordenó la remisión de esta actuación al homologo más cercano, esto es, al Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar.

Por su parte, el **Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar, Antioquia**, rechazó el impedimento esbozado por su homologo de Andes, al considerar: "*...que dicha circunstancia impeditiva no opera, pues se itera, su actuación obedece a las funciones jurisdiccionales propias de su cargo, y, aunque se haya decretado nulidad por parte del Superior, lo cierto es que, se habilita un nuevo escenario procesal a resolver por el juez de Andes Antioquia.*"

Es de advertir que, se indicó en la remisión de esta actuación que su objeto era dirimir conflicto negativo de competencia², no obstante, es evidente que tal indicación es errónea, en tanto el objeto de esta actuación es resolver de plano la procedencia o no de la causal de impedimento invocada por el Juez Penal del Circuito de Andes, Antioquia.

3. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 57 de la ley 906 de 2004, modificado por el 82 de la ley 1395 de 2010, es competente esta Corporación para conocer del problema jurídico propuesto.

² Numeral segundo de la parte resolutive del Auto Interlocutorio N° 11 del 20 de febrero de 2023

Debe la Sala en esta oportunidad decidir si efectivamente el Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia, se encuentra incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 6º del artículo 56 de la ley 906 de 2004 que reza:

“que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso ...”

Explicó el titular del Juzgado Penal del Circuito de Andes, ante la recusación que hiciera el Fiscal 109 Seccional de Andes, en virtud de la causal 6º ibidem, que en la presente causa se encuentra impedido para conocer nuevamente del proceso al haber realizado valoración de la prueba testimonial arrojada al proceso, emitiendo finalmente un juicio de responsabilidad en contra del procesado que culminó con la emisión de una sentencia condenatoria; valoraciones que en su sentir, permean su imparcialidad.

Por su parte la Titular del Juzgado Penal del Circuito Ciudad Bolívar, Antioquia, rechazó el impedimento esbozado por su homologa, al señalar que la actuación realizada por éste obedece a las funciones jurisdiccionales propias de su cargo, advirtiéndole que, si bien de decretó la nulidad de la actuación del superior, ello habilita un nuevo escenario procesal a resolver por el juez de Andes Antioquia.

Bajo este panorama, díjase desde ya que la causal invocada por la Juez Penal del Circuito de Andes es infundada, en el entendido que, tal como lo señalara la Juez Penal del Circuito de Ciudad Bolívar, el nuevo conocimiento de la actuación procesal surge en virtud de sus competencias funcionales, por manera que, al

decretarse la nulidad por el superior funcional desde la audiencia de formulación de imputación, para ser enmendado el vicio advertido por esta Corporación³ desde esa etapa procesal, se abre nuevos escenarios disimiles al conocido con anterioridad.

El conocimiento anterior que discute por Fiscal 109 Seccional de Andes en su recusación y que, es aceptado por el Titular del Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia, al considerar que puede minar su imparcialidad al haber realizado un juicio de responsabilidad del procesado, **es previo a la declaratoria de nulidad emitida por el Superior Funcional**, quien determinó que la actuación debía ser nulitada desde la formulación de imputación y, **que nuevamente conoce en razón a esa competencia funcional**, no nubla la imparcialidad del juez, en tanto se está ante un nuevo escenario, en virtud de la corrección de los yerros advertidos desde esa etapa procesal, esto es, una adecuada relación de los hechos jurídicamente relevantes, por lo que, **tendrá nuevos aspectos por valorar**.

En tal sentido indicó la H. Corte Suprema de Justicia en decisión AP2297-2019, radicado No. 55433, en la que determinó:

“4. En el asunto bajo análisis, la manifestación de impedimento tiene su génesis en la decisión proferida en sede de casación por esta Sala, que decretó la nulidad del proceso, a partir del anuncio del sentido absolutorio del fallo, para que, se reconstruyeran las pruebas perdidas y, luego, se dictara una nueva decisión

Como lo ha venido precisando la jurisprudencia de la Sala, el conocimiento del asunto que ahora refulge es con ocasión de las

³ Decisión del 12 de noviembre de 2021 M.P. René Molina Cárdenas (N.I.2021-1598-5)

competencias funcionales que habilitan a un mismo funcionario a conocer de la actuación en razón de diferentes actos procesales como acaece en el presente evento, donde habiéndose decretado la nulidad a partir del anuncio del fallo, se inició un nuevo escenario.

Siendo del caso precisar, que en esta nueva oportunidad, el juez tendrá nuevos elementos y aspectos por valorar, dada la reconstrucción de las piezas procesales extraviadas que, claramente, no fueron tenidas en cuenta en la actuación decretada nula.

Entonces, que en pretérita oportunidad el Juez haya conocido de la actuación, en este caso en concreto, no le impide anunciar el sentido del fallo y emitir la sentencia de primera instancia.

5. Luego, no se estructuró el impedimento alegado y por consiguiente se declarará infundado..." NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO

Lo anterior fue reiterado por la Corte Suprema de Justicia en proveído AP-1860-2020, impedimento N0.57843 del 12 de agosto de 2020, en el que se indicó:

"...en su declaración de impedimento, no realizó mayores precisiones respecto de las razones subjetivas que lo animaban a hacerlo. Lo único que afinó a precisar es que hizo parte de la Sala de Decisión del Tribunal que emitió la sentencia de 30 de enero de 2018, que después fue anulada por esta Corporación, y que por eso se estructuraba la causal 6 del art. 56 de la Ley 906 de 2004.

Sobre este concreto motivo, la Corte ha precisado "... que la «participación dentro del proceso» **a la que alude la causal invocada, no se dirige a aquella que fue ejercida jurisdiccionalmente, sino a la que fue realizada de manera ajena a esas funciones, ya que de no ser así se desbordarían las competencias asignadas por el legislador, truncando**

el correcto transcurrir de la administración de justicia." (CSJ, AP 7301 de 26 de diciembre de 2014).

Ahora bien, **la participación** del conjuer (**...**) **se dio con ocasión de sus competencias funcionales**, como integrante de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Montería, sin que existan motivos que generen prevenciones en relación con su objetividad e imparcialidad para continuar conociendo del asunto.

La decisión adoptada por esta Corporación, de retrotraer la actuación para que los funcionarios de primera instancia la restablecieran con sujeción al debido proceso, no configura la causal de impedimento alegada, ni respecto del conjuer (...), ni de quienes venían conociendo del asunto y dictaron el fallo anulado, porque en esas actuaciones intervinieron en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. NEGRILLAS Y SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO.

Conforme los argumentos planteados y la jurisprudencia citada en precedencia, refulge con nitidez que impedimento presentado por el Titular del Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia en la presente causa es infundado, pues, se reitera, de las circunstancias fácticas que expone, no se puede inferir que la imparcialidad del funcionario se encuentre afectada, al advertirse que, de la declaratoria de nulidad desde la formulación de imputación ordenada por esta Corporación, a fin de corregir los yerros advertidos en la misma, se abre espacio a **un nuevo escenario en la que el juez tendrá nuevas situaciones que valorar ante la corrección de esos hechos jurídicamente relevantes y, por ende, la valoración varía.**

Por lo tanto, se declarará infundada la causal de impedimento, en consecuencia, dispone la Sala la remisión de las

diligencias al **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE ANDES, ANTIOQUIA**, para que continúe con la sustanciación de la actuación procesal.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**,

4. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO EL IMPEDIMENTO aducido por el Juez Penal del Circuito de Andes, Antioquia, para declinar el conocimiento del proceso que, por el punible de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS**, se adelanta en contra del señor Rubén Darío Gallego Vergara.

SEGUNDO: REMITIR, en consecuencia, la carpeta al **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE ANDES (Ant.)**, para que éste continúe el conocimiento de las diligencias.

TERCERO: Comuníquese lo decidido a la Juez Penal del Circuito de Ciudad Bolívar (Ant.), y devuélvase el expediente en forma inmediata.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

**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**

**Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De 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: **eb1c520301da6b8a693d41b8e95b3d75a2be91e20d08677239e4bb1e3112d815**

Documento generado en 23/02/2023 04:07:56 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



Rdo. Único: 05736100103201780309

No. Tribunal: 2022-0820-2

Condenada: CLAUDIA MILENA OCHOA FLÓREZ

Delito: Lesiones Personales agravadas

Asunto: Apelación de sentencia incidente de reparación integral

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

Aprobado según acta Nro.020

1. ASUNTO

Se pronuncia la Sala respecto del recurso de apelación que interponen la defensa de la condenada y el representante de la víctima, contra la decisión proferida el 08 de junio calendas, a través de la cual la señora Juez Promiscuo Municipal de Remedios, condenó a Claudia Milena Ochoa Flórez, al pago de \$1.066.666 como lucro cesante y por perjuicios morales subjetivados la suma de dos (2) smlmv, vigentes a la época de su pago efectivo a la incidentista Aline Restrepo Lema.

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. HECHOS

Los sintetiza la juzgadora de primera instancia en la decisión de condena, de la siguiente manera:

El día 10 de octubre de 2017 la señora ALINE RESTREPO puso en conocimiento de las autoridades las lesiones sufridas por su agresora la señora CLAUDIA MILENA OCHOA FLÓREZ. Todo inició cuando en el negocio de la señora Aline, la agresora Claudia Milena comenzó a tratarla mal verbalmente y luego físicamente, cogiéndola del pelo y dándole golpes en la cara y nariz hasta que se le vino la sangre, lo que le ocasionó una desviación del tabique nasal.

3. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

El 28 de septiembre de 2020 Claudia Milena Ochoa Flórez, identificada con la cédula de ciudadanía 1046902396 fue condenada a la pena principal de (24) veinticuatro meses de prisión y multa por valor de 17.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por haberla hallado penalmente responsable del delito de lesiones personales agravadas, definido y sancionado en el libro segundo, título VI, capítulo IV, artículo 233 inciso dos del código penal, cometido en contra de Aline Restrepo Lema, el cual no fue apelado.

El 15 de octubre de 2020 el apoderado judicial de la señora Aline Restrepo Lema, deprecó el incidente de reparación de perjuicios en contra de la procesada.

El día 10 de noviembre de 2020 se instaló la primera audiencia de trámite incidental, luego se procedió con la segunda audiencia donde fueron decretadas las pruebas solicitadas, solo por el apoderado de la víctima. Estas fueron solo documentales, el

apoderado de la procesada no solicitó pruebas. El día 20 de enero de 2021 se dictó sentencia, la misma fue apelada por ambas partes y se decretó la nulidad a partir de la segunda audiencia de trámite, la cual se realizó el 18 de febrero de 2022; no hubo conciliación en ninguna de las audiencias.

4. LA DECISIÓN APELADA

Tras realizar el recuento de los hechos que dieron lugar a la sentencia condenatoria proferida en contra de la señora Claudia Milena Ochoa Flórez, la juez de primera instancia hizo un breve recuento del trámite incidental.

Seguidamente hizo un estudio de la responsabilidad civil derivada de la conducta punible a la luz de la normatividad vigente en la materia, resaltando la connotación de la calidad de víctima en el proceso penal, para concluir que esta condición la ostenta la señora Aline Restrepo Lema, y, por tanto, los daños a ella ocasionados por parte de su victimaria Claudia Milena Ochoa Flórez debían ser reparados por aquella.

Luego referenció la prueba obrante en el expediente, para proceder a valorar los perjuicios materiales y morales solicitados, causados y demostrados.

En cuanto a los perjuicios materiales y conforme a las pruebas aportadas por el incidentalista, se calculó con documentos allegados al incidente, como fueron, ingresos mensuales de la víctima, para un total de \$1.600.000 e incapacidad de acuerdo al dictamen médico, total 1.066.66. Finalmente, los perjuicios morales

fueron estimados en 2 smlmv, vigentes para la época de su pago en efectivo.

Asimismo, no se condena al pago de costas en razón a que no fueron probados por el profesional en derecho.

La anterior decisión fue apelada por el representante de la víctima y la defensa de la procesada.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

El Representante de la víctima

Sustenta sus razones de disenso frente a la liquidación de perjuicios realizada por el Juez de primera instancia, bajo el siguiente esquema argumentativo:

Indica el apoderado que, al valorar las pruebas documentales aprobadas en el cuerpo de la demanda, al parecer no fueron estudiadas de acuerdo a la sana crítica que estipula el artículo 176 del Código General del Proceso.

Discrepa el defensor argumentando en primer lugar, la no aprobación del dictamen médico realizado por el profesional de la salud, quien realizó una cirugía de nariz (reconstrucción nasal) por un valor de 2.000.000. Explica el apoderado que, si bien su prohijada tenía una afectación antigua, la misma fue empeorada por las agresiones de la señora Ochoa Flórez.

En segundo lugar, con respecto a los recibos de transporte (Segovia-Medellín) que no fueron tenidos en cuenta, ya que al comprar un

servicio de transporte solo se limitan a preguntar el destino al cual se dirige la persona y no se pregunta que se va hacer o para que se viaja, lo que violaría el derecho a la intimidad.

En el mismo sentido se tiene la inconformidad con la decisión de la señora juez al no tener en cuenta el daño ocurrido en el patrimonio de la señora Aline Restrepo, ya que no fue probado el motivo de transporte desde Segovia hacia Medellín, indicándose que no hubo afectación al patrimonio económico. Se argumenta por parte de la defensa de la víctima la evidente afectación a este patrimonio ya que su prohijada tuvo que disponer de su poco dinero para asistir a dicho tratamiento.

Tampoco se tuvieron en cuenta los recibos de radiología, fotografía clínica, factura de rotura de retenedor y tratamiento de ortodoncia, a pesar de ser consecuencia directa del hecho punible.

Con respecto a que no se tuvo en cuenta el pago de costas en derecho ya que no se evidenció contrato alguno, indica el defensor que, en la legislación colombiana los contratos pueden ser orales o escritos y manifiesta que con la sola presentación de poder se infiere su vinculo contractual con la señora Aline Restrepo, ya que incluso el despacho le reconoció personería jurídica para actuar.

Al margen de lo dicho, solicita se revoque la decisión de primera instancia y se acoja en su totalidad las pretensiones de la demanda de reparación integral.

El apoderado de la condenada

Tras efectuar un análisis sobre la responsabilidad civil, el daño y sus características, afirmó que no se probaron los perjuicios materiales ni morales, pues a pesar del análisis de la a-quo, no se logró demostrar

los mismos, adicionándose por parte de la a-quo aspectos que no contenían las pruebas.

Manifiesta el togado que, si bien a la víctima le fueron concedidos unos días de incapacidad, se desconoce si hizo uso de los mismos, censurando la no demostración del daño irrogado, así como la afectación a su patrimonio, a pesar del erróneo análisis realizado por la falladora de primera instancia.

Con respecto a los perjuicios morales subjetivados, afirma que los mismos no fueron probados como quiera que no demostró la existencia de alguna dolencia, así como el nexo causal entre el daño y ese dolor.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

Según lo normado en el art. 34-1 de la Ley 906 de 2004 y el Art. 91 de la Ley 1395 de 2010, modificatorio del Art. 179 del mismo cuerpo normativo, esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación, impetrado por el representante de la víctima y la defensa de la condenada.

6.2. Caso Concreto

En opinión de la Sala, del contenido de las razones de disenso expresadas por los recurrentes en la alzada, se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

- 1) ¿Incurrió el Juzgado de primer nivel en errores en la apreciación del acervo probatorio, que le impidieron darse cuenta que en la actuación existían pruebas que demostraban tanto la ocurrencia de los perjuicios causados a la víctima como su cuantificación?

De lo expresado por los recurrentes, deberá esta Colegiatura pronunciarse en orden a establecer si la decisión al interior del incidente de reparación integral que denegó parcialmente la pretensión de perjuicios materiales y morales por considerar que no se demostró fehacientemente el perjuicio alegado por la víctima se encuentra ajustada a derecho o si como afirma el apelante, la juez de primer grado incurrió en un error al omitir valorar las pruebas aportadas.

Naturaleza del Incidente de Reparación Integral

Conforme lo prevé el artículo 94 del Estatuto Penal, la conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados por el infractor y demás sujetos que conforme a la ley sustancial se encuentren obligados; para el efecto se ha previsto el incidente de reparación integral, escenario dentro del cual se debate la indemnización pecuniaria a que tiene derecho la víctima del punible o sus sucesores, una vez culminado el juzgamiento. Y es allí en donde se determinará la cuantía del perjuicio sufrido, de acuerdo a las pautas previstas por el derecho civil.

Frente a este trámite incidental, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia², explica que i) se trata de un mecanismo procesal posterior e independiente al trámite penal, pues ya no se busca obtener una

² CSJ SP, 13 Abr 2016, rad. 47076

declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito ii) es un trámite que debe circunscribirse a debatir lo relativo a la responsabilidad civil, sin que puedan cuestionarse asuntos ya superados del ámbito penal y iii) Como se trata de una acción civil al final del proceso penal, una vez declarado un sujeto penalmente responsable, cuando se busca la valoración de los daños causados con la ilicitud que se declaró cometida, se impone aplicar los criterios generales consagrados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, norma que regula que dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los daños causados, “atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Se sabe, asimismo que la naturaleza jurídica del trámite incidental es diferente al ya culminado debate punitivo, ello porque su objeto principal ya no gravita en torno a demostrar la ocurrencia de una conducta punible y su autor, sino a fijar un monto por concepto de indemnización de unos perjuicios derivados de aquella, cuando se ha superado con la certeza necesaria, dichos predicamentos.

En igual sentido, es diáfano que el trámite incidental no es accesorio al proceso penal, sino que es principal, pese a que surge con posterioridad al mismo, y se surte a través de audiencias orales ante el mismo juez de conocimiento, con un marcado apego a los cánones civiles, lo que adquiere sentido por el objeto que persigue.

Siendo así, el fundamento de la actividad probatoria en el IRI, deben ser los Arts. 164 y ss. del Código General del Proceso, sin dejar de lado que el trámite se guía por el procedimiento especial consagrado en los Arts. 102 y ss de la Ley 906 de 2004.

Esta orientación, también ha sido plasmada de manera pacífica, por la Sala Penal de la Corte Suprema, así:

“Este pequeño y, por ende, incompleto rastreo normativo apunta a concluir que las reglas del debido proceso probatorio **están previstas única y exclusivamente para el proceso penal** y este apunta a determinar si se cometió una conducta penal y quién es el responsable de ella, contexto dentro del cual su aplicación termina con la sentencia que ponga fin precisamente al proceso penal.

Por mejor decir, las reglas del Código de Procedimiento Penal están dadas para aplicarlas cuando del trámite penal se trate, esto es, para indagar, investigar y juzgar a quien es señalado de cometer un delito.

5. Como el incidente de reparación integral surge luego de agotado ese trámite penal, deriva incontrastable que tales formalidades no son de recibo cuando ese procedimiento apunta exclusivamente a determinar la existencia del daño causado con el delito (ya decidido con fuerza de cosa juzgada) y su cuantía, tema este que es de naturaleza exclusivamente civil.

...

Por tanto, en el incidente se deben dejar de lado las discusiones relativas al ámbito penal (CSJ AP2428, 12 mayo 2015, radicado 42.527).

La conclusión de que debe dejarse de lado todo asunto relativo al campo penal, obviamente aplica al procedimiento penal, como que este materializa aquel.

Tanto ello es así, que en la última de las decisiones reseñadas la Corte dejó sentado el criterio de que en el trámite del incidente de reparación integral resulta de buen recibo que el juez decreta pruebas de oficio, lo cual es extraño al juicio penal, pero admisible en el área civil, a voces del artículo 179 del estatuto respectivo, aplicable en virtud del principio de integración, lo cual ratifica la tesis de que lo relativo a la estimación de los daños causados es ajeno al juicio penal y sigue su propio curso, que no es otro que el del procedimiento civil, eso sí, supeditado a que los artículos 102 y siguientes de la Ley 906 del 2004 no ofrezcan solución³". (Subrayas y negrillas impuestas).

³ CSJ SP, 13 Abr 2016, rad. 47076

Sobre la indemnización de perjuicios

Explica la Corte Suprema en Sala de Decisión Civil, que el juez «...tiene la obligación de ordenar la indemnización plena y equánime de los perjuicios que sufre la víctima y le son jurídicamente atribuibles al demandado, de suerte que el damnificado retorne a una posición lo más parecida posible a aquella en la que habría estado de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso.»⁴; para cuyo efecto, establecerá el monto del perjuicio material o patrimonial que se encuentre demostrado, conforme lo prevé el artículo 97 del Código Penal, y el inmaterial o extrapatrimonial de acuerdo a supradente juicio, este último según los parámetros previstos en el inciso 2º del mentado artículo, tales como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Ahora, en cuanto a la clase de perjuicios y su demostración, la Sala de Casación Penal de la Suprema Corporación, retomando aspectos estudiados en auto del 29 de mayo de 2013, radicado 40160 y sentencia del 9 de julio de 2014, radicado 43933 indicó⁵:

“De lo anteriormente expuesto, se puede concluir:

- a) El delito produce la obligación de reparar los perjuicios causados, los que pueden ser del orden material e inmaterial.
- b) Los daños que sean susceptibles de cuantificación económica (materiales y morales objetivados⁶) deben probarse en el proceso y su cuantía dependerá de lo acreditado⁷.

En otras palabras, para obtener indemnización por el perjuicio material y por los perjuicios morales objetivados se debe

⁴ CSJ SC, 28 Jun 2017, rad. 2011-00108-01

⁵ CSJ. SP 15 oct 2015, rad. 42175.

⁶ «La jurisprudencia nacional distingue, como atrás se precisó, entre perjuicios morales subjetivados y objetivados. Por los primeros se entiende el dolor, sufrimiento, tristeza, angustia, miedo originados por el daño en la psiquis de la víctima y por los segundos, las repercusiones económicas que tales sentimientos puedan generarle. Esta última clase perjuicio y su cuantía debe probarse por parte de quien lo aduce. En tal sentido, su tratamiento probatorio es similar al de los perjuicios materiales, tal como fue expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-916 de 2002»

⁷ En este sentido fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 9 de marzo de 2011. Radicación 17175.

demostrar: a) su existencia y b) su cuantía; de esta manera se diferencian de los de carácter moral subjetivado, donde solo basta acreditar la existencia del daño, luego de lo cual, el Juez, por atribución legal, fijará el valor de la indemnización en tanto que la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como tristeza, dolor o aflicción”

Resulta además didáctica la sentencia penal de abril 27 de 2011, radicado 34547, en la que de alguna forma consolida todos los conceptos hasta ahora explicados, en el marco del derecho a la reparación que les asiste a las víctimas de un delito, sobre lo que enuncia:

“La obligación de reparar los perjuicios injustamente ocasionados deriva del artículo 2341 del Código Civil, piedra angular de la responsabilidad civil extracontractual:

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

El daño individual corresponde al soportado por una persona natural o jurídica, el cual, para ser objeto de indemnización, precisa ser antijurídico y cierto.

Dicho daño puede ser material (patrimonial), cuya acreditación debe fundarse en las pruebas obrantes en la actuación, o inmaterial (extrapatrimonial¹²).

Por daño material se entiende el menoscabo, mengua o avería padecido por la persona en su patrimonio material o económico como consecuencia de un daño antijurídico, esto es, el que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar.

Obviamente, el daño debe ser real, concreto y no simplemente eventual o hipotético¹³; se clasifica en daño emergente y lucro cesante. En tal sentido, el artículo 1613 del Código Civil dispone: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

El daño emergente representa el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio del lesionado, ponderando para ello el valor de bienes perdidos o su deterioro que afecta el precio, las

expensas asumidas para superar las consecuencias del suceso lesivo, etc., cuya acreditación debe obrar en el diligenciamiento.

El lucro cesante corresponde a la utilidad, la ganancia o el beneficio que el perjudicado ha dejado de obtener, esto es, el incremento patrimonial que con bastante probabilidad habría percibido de no haberse presentado la conducta dañosa, por ejemplo, los ingresos laborales no percibidos por una lesión en su integridad personal, o la explotación de un bien productivo como consecuencia de una situación de desplazamiento forzado.

Tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser actuales o futuros, según hayan tenido lugar hasta el momento en el cual se profiere el fallo o con posterioridad, sin que con ello se tornen inciertos, pues se trata de cuantificar en términos de probabilidad las consecuencias futuras, siempre que sean ciertas, para ello se puede acudir a los cálculos actuariales.

Corresponde a los daños inmateriales, aquellos que producen en el ser humano afectación de su ámbito interior, emocional, espiritual o afectivo y que, en algunas ocasiones, tienen repercusión en su forma de relacionarse con la sociedad.

Conforme a las últimas posturas jurisprudenciales, dichos perjuicios entrañan dos vertientes: daño moral y daño a la vida de relación. A su turno, el daño moral tiene dos modalidades: el daño moral subjetivado consistente en el dolor, la tristeza, la desazón, la angustia o el temor padecidos por la víctima en su esfera interior como consecuencia de la lesión, supresión o mengua de su bien o derecho.

Se trata, entonces, del sufrimiento experimentado por la víctima, el cual afecta su sensibilidad espiritual y se refleja en la dignidad del ser humano; y el daño moral objetivado, manifestado en las repercusiones económicas que tales sentimientos pueden generarle, menoscabo cuya cuantía debe ser demostrada por quien lo alega.

El daño a la vida de relación (también denominado alteración de las condiciones de existencia⁸) alude a una modificación sustancial en las relaciones sociales y desenvolvimiento de la víctima en comunidad, comprometiendo su desarrollo personal, profesional o familiar, como ocurre con quien sufre una lesión invalidante a consecuencia de la cual debe privarse de ciertas actividades lúdicas o deportivas"

⁸ Así en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de diciembre de 2001, caso Cantoral Benavides, y en sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 15 de agosto y 18 de octubre de 2007.

Con el anterior marco legal y jurisprudencial procedemos a resolver los diferentes tópicos planteados por el apoderado de la víctima y la defensa de la condenada.

En el sub examine, la funcionaria de primer grado concluyó que la víctima no demostró los daños materiales, por el contrario, si los morales pues, frente a los primeros no se allegaron soportes que justificaran el monto pretendido, y respecto de los segundos, se evidenciaron “porque la lesión producida a la víctima quien es una mujer, fue en su rostro”⁹ .

Como lucro cesante, se probó los 20 días de incapacidad de acuerdo al dictamen médico legal, el cual ascendió a la suma de \$1.066.666.

El apoderado de la víctima cuestionó la decisión de la a quo, al considerar que la prueba arrojada al trámite incidental es suficiente para acreditar los perjuicios en favor de su representada, situación que reprochó el apoderado de la condenada, quien consideró que las pretensiones no contaban con prueba alguna que autorizara su sanción económica. Veamos qué se probó durante la actuación:

Los elementos que fueron presentados por el representante de la víctima, mismos que fueron decretados a efectos de ser valorados por la judicatura, a saber:

- Poder otorgado al representante judicial de la víctima
- Copia de la cédula de ciudadanía de la condenada

⁹ Sentencia de primera instancia. Folio 15

- Certificación expedida por el medico Otorrinolaringólogo sobre cirugía de reconstrucción nasal el día 26 de julio de 2018, por valor de \$2.000.000
- Recibo de caja menor por valor de \$679.000 por concepto de transporte de la señora Aline Restrepo
- Factura de droguería vida vital de fecha 31 de julio de 2018, por valor de \$40.700
- Factura de droguería Servidescuentos de fecha 26 de julio de 2018, por valor de \$55.100
- Recibo de transporte Segovia – Medellín, ida y regreso por valor de \$110.000 de fecha 6 de junio y 19 de junio de 2018
- Recibo de transporte Segovia – Medellín por valor de \$100.000 de fecha 28 de noviembre de 2017
- Presupuesto de tratamiento odontológico suscrito por el odontólogo Diomedes González
- Recibos por tratamiento de ortodoncia por parte del Dr. Diomedes González para un total de \$790.000
- Factura de radiología por valor de \$15.000
- Recibo de fotografía clínica por valor de \$96.000
- Factura de venta de servicios médicos San Ignacio por valor de \$80.000
- Factura de la Clínica Antioquia del 26 de junio de 2018
- Formula de la Clínica Antioquia del 7 de junio de 2018
- Formula de la Clínica Las Américas del 31 de junio de 2018
- Orden de resonancia magnética por parte de la Clínica Las Vegas
- Formato de acuerdo no conciliatorio
- Formato de traslado del escrito de acusación
- Certificación de la contadora pública Maribel Valencia Legarda

- Informe de medicina legal de fecha 3 de noviembre de 2017 y 31 de enero de 2018
- Fotografías de la víctima que demuestra los golpes
- Sentencia del 28 de septiembre de 2020
- Certificado de matrícula inmobiliaria N° 027-15574

Esta fue a grandes rasgos la prueba que ingresó durante el incidente de reparación integral. Ahora bien, las pretensiones del incidentista estuvieron dirigidas al reconocimiento de los perjuicios materiales y morales causados con la infracción a su poderdante, los cuales discriminó de la siguiente forma:

De los perjuicios materiales

Daño patrimonial o material: \$ 6.790.000 por los gastos que tuvo que sufragar por las respectivas consultas y tratamientos médicos y odontológicos que tuvo que realizarse la señora Aline Restrepo Lema, como consecuencia de las lesiones ocasionadas por la condenada

Daño emergente: \$1.600.000 por los valores dejados de percibir debido como consecuencia de la incapacidad sufrida.

Lucro cesante: \$ 1.755.606 por los valores dejados de percibir por su labor como asesora comercial

Pues bien, recordemos que el daño emergente, lo constituyen las sumas de dinero que salen del patrimonio de la víctima con ocasión de la conducta punible. En el sub judice el incidentista no estableció el nexo de causalidad entre los recibos allegados al trámite incidental y las lesiones sufridas con ocasión de las lesiones infringidas por parte de la condenada Claudia Milena

Ochoa Flórez, es decir, no lo acreditó en la actuación, para ello, hubiese sido suficiente, con que se allegaran, por ejemplo, las facturas de los gastos en que incurrió Aline Restrepo Lema como consecuencia de las lesiones producidas por la sentenciada, los medicamentos, citas con médicos particulares, los costos de la cirugía, y hasta de transporte, como en efecto se hizo, pero con notoria claridad de que todos esos gastos fueron producto del altercado sufrido con la señora Diaz Ochoa.

Entonces, por el daño patrimonial o material se aportan varias fotocopias de documentos con los cuales se pretende le sean reconocidas las sumas de dinero que allí aparecen, esto es, una certificación del médico Johnny Jiménez Yépez por \$2.000.000, recibo de caja menor por valor de \$679.000 por concepto de reemplazo de incapacidad, recibos de dos droguerías que ascienden a \$95.800, recibos de la empresa de transporte Comultiser “transporte ida Medellín – regreso Segovia” los cuales ascienden a la suma de \$320.000, certificación expedida por el odontólogo Diomedes González y recibos expedidos por el ortodoncista Diomedes González que dan un total de \$790.000, factura de panorámica y cefálica por valor de \$15.000, factura de primera vez por medicina especializada con un costo de \$80.000, factura de fotografía clínicas con diapositivas por valor de \$96.000, fórmula médica expedida por la clínica Antioquia y por el Dr. Jhonny Jiménez Yepes, resonancia magnética de senos paranasales o cara e historia clínica firmada por el galeno Diego Bustamante Mesa, Documentos que presentan varias inconsistencias:

Frente a la certificación del médico Johnny Jiménez Yepes, si bien se indica que se le realizó una rinoplastia por reconstrucción nasal, se echa de menos la historia clínica, que establezca porque debió realizarse esa reconstrucción nasal, esto es, establecer el hecho causal de tal intervención, por lo que la Sala no puede suplir la falencia argumentativa y probatoria del incidentista.

Frente al recibo de pago por reemplazo de incapacidad, el mismo aparece a nombre de Janeidy Vanesa Suarez, que no es la víctima, y tampoco se evidencia a quien debió cubrir en esa incapacidad.

Frente a los documentos de recibos de dos droguerías que ascienden a \$95.800 y recibos de la empresa de transporte Comultiser “transporte ida Medellín – regreso Segovia” los cuales ascienden a la suma de \$320.000, no es posible establecer el vínculo entre los traslados a la ciudad de Medellín como producto de las lesiones ocasionadas, análisis similar que se establece de las facturas de las droguerías adjuntadas.

En lo que concierne a la certificación expedida por el odontólogo Diomedes González no dice si se trata de una factura o de una cotización, a lo cual no se halló explicación alguna y respecto a los recibos expedidos por el ortodoncista Diomedes González que dan un total de \$790.000, si se tratara de una factura, debemos acotar que la misma no cumple los requisitos que exige el Código de Comercio para su reconocimiento, además de no establecerse la relación causal entre el daño ocasionado a Aline por parte de su victimaria y la

rotura de los retenedores y desplazamiento de algunos dientes, situación que no quedó clarificada.

En lo correspondiente a la factura de panorámica y cefálica por valor de \$15.000, factura "primera vez por medicina especializada" con un costo de \$80.000, factura de fotografía clínicas con diapositivas por valor de \$96.000, fórmula médica expedida por la clínica Antioquia y por el Dr. Jhonny Jiménez Yepes, resonancia magnética de senos paranasales o cara e historia clínica firmada por el galeno Diego Bustamante Mesa, tampoco se conoce a ciencia cierta la causalidad entre lo consignado en esos documentos y el daño irrogado como consecuencia de las lesiones por las que fuera condenada Claudia Milena Ochoa Flórez.

De otro lado, reclamó por concepto de lucro cesante \$1.600.000 por los valores dejados de percibir debido como consecuencia de la incapacidad sufrida por la víctima, pretensiones que si bien es cierto, fueron insertas en la solicitud del incidente de reparación integral y enunciadas al momento de presentar sus pretensiones indemnizatorias, también lo es que, durante la práctica de las pruebas no sustentó a qué correspondían ese monto dinerario, sin exponer siquiera, por qué los tasaba en ese valor. Tampoco explicó de qué manera esa merma se vio reflejada en su actividad como asesora comercial.

En ese contexto, la entidad tribunalicia no tiene elementos de prueba que indique con claridad las erogaciones en las que tuvo que incurrir la víctima con ocasión a los hechos que nos concita, pues a la Sala no le es dable oficiosamente llenar los

vacíos argumentativos del apelante, cuando en sus alegatos se limitó a mencionar que todo está plenamente demostrado y en diligencia del decreto de pruebas manifestó “que todo estaba en el cuaderno de la demanda”.

De otro lado, respecto al reconocimiento de lucro cesante probado, como consecuencia de los días de incapacidad dictaminados el informe de medicina legal, para la Corporación no ofrece dudas que se les establecieron 20 días de incapacidad, y si bien, el representante de la defensa, alega que los mismos no fueron disfrutados, como quiera que no se tiene constancia de ello, debiendo para el efecto aportar elemento de prueba que así lo indicara, y no por el contrario, lanzar juicios de valor sin soporte probatorio alguno, por lo que en este punto se está de acuerdo con el análisis realizado por la a-quo.

Perjuicios morales

Señaló el representante judicial de la víctima que el Daño extra patrimonial (daño moral + daño a la vida en relación): \$7.000.000, por las consecuencias que en razón de la conducta punible producen en la vida en relación de la víctima.

En principio podría pensarse que independientemente del tipo de perjuicio del que se trate, la parte interesada tiene la carga de demostrarlo dentro del trámite incidental y en este caso, no se trajeron elementos de convicción que dieran cuenta cómo y de qué manera el hecho le ocasionó algún tipo de daño, ya

sea psicológico o emocionales, por lo que le asistiría razón a la defensa técnica de la procesada en su recurso de alzada.

Sin embargo, para la Magistratura esos argumentos son parcialmente ciertos, en efecto, los perjuicios morales objetivados deben ser probados en la actuación, pero para reclamar los subjetivados solo basta acreditar la existencia del daño, así lo explicó la Corte Suprema de Justicia:

Dígase, entonces, que la jurisprudencia nacional distingue entre perjuicios morales subjetivos y objetivados. Por los primeros se entiende el dolor, sufrimiento, tristeza, angustia, miedo, originados por el daño en la psiquis de la víctima; por los segundos, las repercusiones económicas que tales sentimientos puedan generarle. Esta última clase de perjuicio y su cuantía debe probarse por parte de quien lo aduce. En tal sentido, su tratamiento probatorio es similar al de los perjuicios materiales, tal como fue expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-916 de 2002. La Sala se ha referido a las diferentes especies de perjuicio que genera la conducta punible y los requisitos que deben concurrir para su reconocimiento.

En reciente decisión del 29 de mayo de 2013, rad. N° 40160, precisó lo siguiente:

“De lo anteriormente expuesto, se puede concluir:

- a) El delito produce la obligación de reparar los perjuicios causados, los que pueden ser del orden material e inmaterial.
- b) Los daños que sean susceptibles de cuantificación económica (materiales y morales objetivados) deben probarse en el proceso y su cuantía dependerá de lo acreditado (fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 9 de marzo de 2011. Radicación 17175)”.

“En otras palabras, para obtener indemnización por el perjuicio material y por los perjuicios morales objetivados se debe demostrar: a) su existencia y b) su cuantía; de esta manera se diferencian de los de carácter moral subjetivado, donde solo basta acreditar la existencia del daño, luego de lo cual, el Juez, por atribución legal, fijará el valor de la indemnización en tanto que la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como tristeza, dolor o aflicción”.

Bajo esa intelección, y una vez revisado el contenido del incidente de reparación integral, surge evidente que el impugnante reclamó por concepto de perjuicios morales la suma de \$7.000.000, es decir que, al asignarles un valor, hizo alusión a los perjuicios morales objetivados y en ese sentido, debió necesariamente demostrar su cuantía mediante criterios objetivos, al no hacerlo, tiene razón el representante judicial de la condenada al reprocharle la concesión por este concepto, pues evidentemente no existe prueba de la cuantía del daño moral objetivado.

Ahora bien, en lo que respecta al resarcimiento por razón del perjuicio moral subjetivado sufrido por la señora Aline Restrepo Lema, nada dijo el recurrente, empero hizo alusión en su escrito *“el daño moral atiende al fuero interno de las personas, precio del dolor, de la congoja que produce el daño”*. Entonces, aunque la labor del togado representante de víctimas, fue en efecto, sucinta y no ofreció mayor exposición respecto de ese padecimiento moral que le causaron a su ofendida esas lesiones padecidas en su rostro, ello no le resta poder suasorio, pues no hay que hacer esfuerzos enormes para comprender que las mismas pueden generar aflicción, ansiedad y por qué no, hasta inseguridad, además, la defensa de la condenada no contravirtió esa situación en concreto, pues también se circunscribió a indicar que los perjuicios solicitados por su contraparte no estaba probados con lo cual queda claro que sirven de fundamento para considerar probado esa modalidad de daño moral.

Así las cosas, la Sala considera que la decisión de la a quo en punto a los perjuicios morales subjetivados fue acertada.

La razón tiene que ver con que se demostró que la víctima padeció, como consecuencia de las lesiones producidas por la condenada, golpes que afectaron el rostro de carácter permanente y perturbación funcional permanente del órgano de la respiración, pues en esos términos se allanó a cargos la condenada. Hecho debidamente acreditado que puede dar lugar a que el juez infiera la existencia de la angustia e impacto psicológico que le desencadenó.

Por esa razón y teniendo en cuenta que se encuentra acreditado que la señora Aline Restrepo Lema padeció como consecuencia de la conducta punible realizada por Ochoa Flórez, una serie de dificultades que involucran su fuero interno, la Sala modificara la decisión de la juez de instancia y ordenará a favor de la víctima la suma de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el momento de su pago, como reconocimiento de los perjuicios morales de conformidad con el artículo 97 del Código Penal.

Finalmente, pasará la Colegiatura ha ocuparse del tercero y último de los problemas jurídicos planteados por la representante de víctimas, anunciando desde ya que en este caso no hay lugar a la condena por agencias en derecho y éstas son las razones:

La H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 13 de abril de 2011, radicado 34145 indicó que *“las agencias en derecho*

corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esto es, el pago de los honorarios de los profesionales del derecho que cada parte debió contratar para adelantar la gestión”.

Éstas a su vez hacen parte del concepto de costas el cual se encuentra definido en el artículo 361 del Código General del Proceso, que en su inciso final reza: “Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente...”

Lo anterior supone que las partes, durante el proceso deben aportar elementos de convicción que le permitan al Juez llegar a la conclusión que en efecto, éstas fueron causadas, aspecto que en este caso no se cumplió, tal y como lo plasmó la juez al momento de proferir la decisión acerca del incidente de reparación integral; además porque ninguna referencia por este concepto había realizado la incidentista, ni al momento de fijar las pretensiones ni en sus alegaciones finales.

Así las cosas, su solicitud no está llamada a prosperar.

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

7. RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 8 de junio de 2022 por el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de Remedios y en su lugar CONDENAR a Claudia Milena Ochoa Flórez al pago de los perjuicios morales subjetivados en favor de la víctima Aline Restrepo Lema a la suma de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el momento de su pago.

SEGUNDO: En todo lo demás se confirma la decisión de primer grado.

TERCERO: Contra la presente decisión no procede ningún recurso¹⁰. Una vez en firme, remítase el proceso al juzgado de origen para lo de su cargo.

COPÍESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA ESTELLA JARA RODRÍGUEZ
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

¹⁰ De acuerdo con el numeral 4 del artículo 181 del C. de P.P., cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil, es decir, de conformidad con el artículo 338 del Código General del Proceso, cuando la decisión desfavorable sea o exceda de 1000 salarios mínimos legales mensuales.

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De 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: **1869b24e20e8e33f84bbe78ec3196fa54a22692c5612fb95173bfc994351c3c6**

Documento generado en 23/02/2023 04:07:33 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**

Medellín, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Del estudio de la demanda y sus anexos, se advierte que la misma es interpuesta por “UN FAMILIAR” invocando la protección de los derechos fundamentales de WALDYR ESNEIDER JIMENEZ VELASQUEZ.

Ahora bien, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela podrá ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o por conducto de representante, **“también se pueden agenciar derechos ajenos cuanto el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”, pero “cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.**; razón por la cual, deberá requerirse a la persona que eleva la presente acción de tutela para que, en el término de tres (3) días, informe su nombre, y de manera expresa indique si está actuando en calidad de agente oficioso del señor JIMENEZ VELASQUEZ, y en caso de ser así, deberá señalar los motivos por los cuales su familiar no presenta la solicitud de amparo constitucional por sus propios medios.

De este modo y de conformidad a lo normado en el artículo 90 numeral 5° del Código general del Proceso, 17 del decreto 2591 de 1991, y según lo dispuesto en las sentencias T-695 de 1998, T-465 de 2010, se dispone INADMITIR la demanda, y REQUERIR al familiar del señor JIMENEZ VELASQUEZ, para que dentro del improrrogable término de tres (3) días, subsane la omisión referida.

En consecuencia, se ORDENA a la Secretaría de la Sala Penal de la Corporación que, de conformidad con los artículos 56 y 60 de la ley 1437 de 2011, notifique esta decisión al mencionado, sin perjuicio de la notificación personal a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

**PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado**

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

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

Código de verificación: **522d63374798261e16e9ca3e7ec5b68e066f47da05fb9ec94aa49dc117cd40a4**

Documento generado en 24/02/2023 05:02:08 PM

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

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

Medellín, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2023-0223-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00069.
Accionante : Marcelino Tobón Tobón
Accionado : Fiscal 41 Seccional de La Ceja y otro
Decisión : Niega

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 049

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano MARCELINO TOBÓN TOBÓN, contra la FISCAL 41 SECCIONAL DE LA CEJA Y LA ASESORA III DE FISCALÍA TERRITORIAL DE LA SECCIONAL DE ANTIOQUIA por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso y a la igualdad.

ANTECEDENTES

Manifiesta el señor Marcelino Tobón Tobón que la Fiscal 041 Seccional de La Ceja, Dra. Diva Salazar Peña, ha adelantado cuatro procesos penales en contra suya y de su

esposa.¹

La representante del ente acusador tiene fuertes sentimientos de animadversión en su contra y utiliza los procesos penales para vengarse *“porque me odia, me tiene envidia, cree que soy delincuente, y principalmente por no haber obtenido condena en el proceso con CUI 05376610012120138035300 ya que por la cuantía del proceso que superaba los cuatro mil millones de pesos”*

Que en las diligencias que se adelantan en su contra, la funcionaria en comento ha presentado actuaciones irregulares e ilegales, ha realizado manifestaciones falsas, y en razón de ello, se ha visto en la necesidad de interponer en su contra quejas disciplinarias y denuncias penales; y conforme con esos argumentos y al no recibir un trato imparcial, solicitó que se declarara impedida y subsidiariamente la recusó para que se apartara del proceso penal 053766100000202100001 el cual se tramita ante el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja.

Agrega que mediante Resolución 047 del 01 de febrero de 2023, la Asesora III de Fiscalía Territorial de la Seccional de Antioquia, Dra. Esperanza Amaya Pascuas, declaró infundados los motivos por los cuales se pidió la recusación, sin embargo, asegura que ese acto administrativo atenta contra el debido proceso, pues, en primer lugar, no fue suscrito por el Fiscal Delegado ante el Tribunal al cual se encuentra asignada esa labor sino que en el encabezado figura que, quien procede a resolver la

¹ i. Radicado 05376610012120138035300 en el cual se profirió sentencia absolutoria en primera y segunda instancia; ii. Radicado 053766100000202100001 el cual se encuentra en audiencia preparatoria. iii. Radicado 05376600033920190029300 en el cual se presentó solicitud de audiencia imputación y iv. Radicado 05376610012120178205700 el cual se encuentra en etapa de indagación.

solicitud es el Coordinador de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana.

Obra una indebida valoración probatoria pues, no se tuvieron en cuenta los amplios argumentos que él señaló para probar el sentimiento de enemistad que de manera recíproca existe entre él y la delegada fiscal; aunado a ello adolece de falta de motivación y resulta atentatoria contra el derecho a la igualdad puesto que, e pesar de haberlo solicitado nunca se le indicaron los motivos por los cuales no se le apartó del caso, tal y como sucedió en el proceso adelantado contra Mario Andrés Pinzón y Elizabeth Londoño García.

Bajo ese escenario solicita que por medio de un fallo de tutela se declaren probados las causales de impedimento y **se ordene el cambio de fiscal**; de manera subsidiaria que, se ordena a la doctora Diva Salazar Peña declararse impedida para seguir adelantando procesos penales en su contra, de la misma forma que lo hizo en el caso de Mario Andrés Pinzón y Elizabeth Londoño García, y que dicho impedimento sea aceptado por el funcionario que corresponda dentro de la Fiscalía General de La Nación.

De no aceptarse esas dos pretensiones solicita que, se declare la nulidad de lo actuado en el trámite de la solicitud de impedimento y recusación ordenándose a la fiscal Diva Salazar Peña resolver por escrito la solicitud de impedimento y, al funcionario que le corresponda resolver la recusación, para que se pronuncie sobre la totalidad de los hechos alegados.

La **Dra. Diva Salazar Peña**² indicó que, no es la primera vez que el señor Marcelino Tobón Tobón interpone acciones constitucionales para apartarla del conocimiento de las indagaciones e investigaciones que cursan su contra.

Contrario a sus manifestaciones siempre ha actuado de manera transparente, dando cumplimiento estricto a sus obligaciones legales y constitucionales.

Solicita de declare carencia actual de objeto por hecho superado pues, mediante Resolución N° 0039 del 31 de enero de 2023 emitida por la Dirección Seccional de Fiscalías, por medio del cual se efectúan reubicaciones internas, se dispuso su traslado a otro municipio.

Conforme con ello, ya no ostenta la calidad de Fiscal 041 de La Ceja, siendo al nuevo funcionario designado quien deberá continuar con los trámites penales en los cuales se encuentra vinculado el promotor.

El titular del **Juzgado Penal del Circuito de La Ceja** indicó que³, efectivamente en ese Juzgado cursa actualmente acusación en contra del accionante en el expediente Radicado CUI 053766100121202100001 por los delitos de abuso en condiciones de inferioridad, estafa, obtención de documento público falso, el cual tiene programada fecha de audiencia para el 16 de marzo 2023 a las 4:00 de la tarde.

² Archivo N° 024 del expediente digital

³ Archivo N° 026 del expediente digital

No ha realizado acciones u omisiones que comprometan o pongan en riesgo los derechos del accionante; por lo que, solicita su desvinculación de la presente acción constitucional.

La Asesora III de Fiscalías y Seguridad Territorial⁴ y el **Director Seccional de Fiscalías⁵** indicaron que, al momento de resolver la solicitud de recusación se brindó respuesta a cada una de las causales invocadas por el promotor y, conforme con ello la no incurrió en alguna vulneración a sus derechos fundamentales.

Agregaron que, mediante Resolución 0009 del 31 de enero de 2023 se realizaron varios cambios internos, uno de ellos fue que, la Dra. Diva Salazar Peña fue reubicada a la Fiscalía 41 Delegada a la Unidad Seccional de Rionegro.

Así las cosas, ya no le corresponde a la funcionaria recusada actuar en las diligencias que se siguen en contra del promotor haciendo inocua la intervención de un juez constitucional para esos efectos.

Solicitaron se declare carencia actual de objeto por hecho superado.

El abogado **Luis Mariano Jiménez⁶** quien funge como representante de víctimas dentro del proceso penal en el cual se recusó a la delegada fiscal indicó que, el promotor en asocio de

⁴ Archivo N° 030 del expediente digital

⁵ Archivo N° 026 del expediente digital

⁶ Archivo N° 034 del expediente digital

su grupo familiar, han defraudado inmisericordemente a un gran número de personas en el municipio de La Ceja y sus alrededores.

En una actuación maquiavélica y con una destreza única y ejerciendo como abogado, tiene a todos los despachos judiciales de La Ceja en vilo, distorsiona los procesos, confunde y engaña a los funcionarios prueba de ello es que, en el presente trámite solicitó medida provisional invocando que, la diligencia preparatoria se encontraba programada para el 16 de febrero de 2023 pero que, tal y como lo constató el Despacho, se está agendada para el 16 de marzo de la presenta anualidad.

Solicita se deniegue el amparo constitucional invocado puesto que, se tratan de artimañas y acusaciones sin fundamento por parte del promotor. Finalmente indicó que, la Fiscal recusada fue asignada a otro Despacho.

CONSIDERACIONES

Según se desprende del escrito de amparo constitucional y de los respectivos anexos, el promotor pretende que por medio de un fallo de tutela se separe a la Dra. Diva Salazar Peña del proceso que se adelanta en su contra bajo el Radicado 053766100000202100001, pues obran de por medio sentimientos de enemistad en su contra que permean la investigación e impiden que obre con imparcialidad.

Sin embargo, su pretensión se encontró satisfecha durante el trámite constitucional, pues tal y como lo manifestó la

funcionaria directamente accionada, la Asesora III de Fiscalías y Seguridad Territorial y el Director Seccional de Fiscalías de Antioquia mediante Resolución 039 del 31 de enero de 2023 se ordenó su reubicación.

En dicho acto administrativo se dispuso que a partir del 01 de febrero de 2023, la funcionaria en mención debería asumir la carga laboral de la Fiscalía 58 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Rionegro, lo que significa que, tal y como ella misma lo expuso en su respuesta, ya no tendría asignada en su carga laboral, los procesos que se tramitan en disfavor del promotor de la presente acción de amparo, a quien le fue puesta de presente dicha Resolución mediante correo electrónico del 15 de febrero de 2023 a las 3:04 p.m., tal como se verificó por personal del Despacho que se comunicó directamente con el accionante, quien informó que, en efecto recibió el acto administrativo a través del cual se dispuso la reubicación de la delegada fiscal.

De esta manera, al quedar satisfecha la pretensión de la parte actora, es claro que, en relación con sus garantías fundamentales presuntamente vulneradas, se ha configurado la carencia actual de objeto de protección por hecho superado.

Según la interpretación que le ha otorgado la H. Corte Constitucional al artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, el hecho superado ocurre cuando *“entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que **por razones ajenas a la intervención del juez constitucional,***

*desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario*⁷.

La presente acción de tutela fue radicada el 15 de febrero de 2023⁸ y en esa misma fecha se le enteró al accionante de la Resolución mediante la cual se reubicó a la Dra. Diva Salazar Peña, lo que significa que, no le corresponde adelantar el proceso radicado 053766100000202100001, frente al cual solicitó su aislamiento. En el marco de la acción constitucional, se satisfizo entonces la pretensión del accionante, terminando así cualquier vulneración de sus derechos.

Así las cosas, se declarará que estamos en el presente trámite constitucional frente a la configuración de un hecho superado y, en consecuencia, se denegarán las pretensiones de la parte interesada, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

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: DENEGAR LA TUTELA solicitada por MARCELINO TOBÓN TOBÓN, al constatarse la configuración de un supuesto de hecho superado, de conformidad con los

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 2017.

⁸ Archivo N° 001 del expediente digital.

N° Interno: 2023-0223-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00069
Accionante: Marcelino Tobón Tobón
Accionado: Fiscal 41 Seccional de La Ceja
y otro
Decisión: Niega

fundamentos consignados en la parte motiva.

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: **2f8a13e8673e6843275241edb81652997b29f6dedb7bed166cb57bed87fd1d9b**

Documento generado en 27/02/2023 04:39:23 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, veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno : 2019-0965-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 8376000315201380158
Acusado : Deimer Marín Cuadrado López
Delito : Actos sexuales con menor de
14 años en concurso homogéneo.
Decisión : Confirma sentencia condenatoria.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha
Acta N° 050

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la defensa del acusado DEIMER MARÍN CUADRADO LÓPEZ, frente a la sentencia proferida en su contra por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, el día 18 de febrero de 2016, a través de la cual se le condenó por la conducta punible de “Actos sexuales con menor de 14 años” en concurso homogéneo a ciento catorce (114) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena restrictiva de la libertad.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Ocurrieron el 28 de septiembre de 2013 en el playa del “Totumo”, localizada en el Municipio de Necoclí (Ant.). Siendo aproximadamente las 15:00 horas, las menores Y.O.D. y M.C.C.P. las dos con 11 años, se hallaban jugando en el mar cuando un hombre se acercó a la primera de las niñas y le tocó la vagina por debajo del agua, posteriormente cuando ésta se fue a aproximar a su amiga M.C.C.P. para contarle lo que le había ocurrido, esta última fue tomada de la mano por el mismo sujeto, quien procedió a tocarle también su parte íntima. El agresor fue señalado minutos después por las menores, respondiendo al nombre de DEIMER MARÍN CUADRADO LÓPEZ.

3. RESUMEN DE LO ACTUADO

En la respectiva audiencia ante el Juez de control de garantías, realizada el 29 de septiembre de 2013, la Fiscalía General de la Nación, a través de su delegado, formuló imputación a DEIMER MARÍN CUADRADO LÓPEZ por el delito de Actos Sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo, cargo que no fue aceptado por el enjuiciado.

El 29 de enero de 2014 se efectuó la diligencia de formulación de acusación y el 31 de marzo posterior la audiencia preparatoria, en tanto que el juicio oral y público se desarrolló en sesiones del 4 de noviembre de la misma anualidad, continuando el 29

mayo, 21 de julio y 24 de septiembre de 2015 finalizando con sentido de fallo de carácter condenatorio. La lectura de la respectiva providencia tuvo lugar el 18 de febrero de 2016, decisión que fue recurrida por la defensa, concediéndose la alzada ante este Tribunal, en el efecto suspensivo.

4. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En el proveído que puso fin a la primera instancia, la señora Juez condenó al acusado por el delito de “Actos sexuales con menor de 14 años” en concurso homogéneo al considerar que de la prueba testimonial practicada, así como de la documental incorporada en el juicio, la Fiscalía logró demostrar más allá de toda duda razonable que el procesado DEIMER MARÍN CUADRADO LÓPEZ es responsable penalmente por el delito endilgado.

Fundamenta la Juez que en el presente caso se cumplen los requisitos exigidos por el legislador para emitir un fallo desfavorable en contra del procesado. Asimismo, indicó que la Fiscalía demostró no solo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos, sino también la autoría de CUADRADO LÓPEZ.

De igual manera, explicó la *A quo*, que las declaraciones de las menores fueron concisas, categóricas y coherentes sobre la forma cómo el procesado llevó a cabo los actos libidinosos. Declaraciones que fueron corroboradas a través

de los otros testimonios de cargo e incluso pudieron ser ratificados con otros presentados por la defensa.

Niega la falladora de primera instancia, que aquí estemos ante un delito de injuria por vía de hecho como lo pretende hacer valer la defensa, toda vez que tal y como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, cuando la víctima es un menor de 14 años no es posible la configuración de dicha conducta punible.

Por otra parte, advierte que con relación a la responsabilidad del procesado quedó probado que se encontraba en el sitio en el que ocurrieron los hechos, a la hora en que sucedieron, fue reconocido por las menores, no necesitaba separarse del grupo con el que se encontraba, ni tampoco saber nadar para cometer la conducta punible. Además, no existía ningún tipo de animadversión entre las víctimas y el procesado como para hacer creer que aquellas lo estaban incriminando injustamente. Adicionalmente, los testimonios de las menores fueron corroborados a través de otros medios de prueba existentes y lo dicho por las víctimas resultó coherente tanto en fase de investigación como de juicio oral. En consecuencia, considera que existe certeza más allá de toda duda razonable sobre la existencia del hecho y la responsabilidad penal del procesado.

Al momento de dosificar la sanción, la Juez se ubicó en el primer cuarto del extremo mínimo, es decir, 108 meses de prisión, los cuales fueron incrementados a 114 meses por tratarse de un concurso de conductas punibles. De igual manera, por

prohibición legal se le negó la concesión de cualquier tipo de subrogado.

5. FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

Dentro de los términos establecidos la defensa presentó escrito de apelación, sustentando su desacuerdo con el fallo emitido, bajo los siguientes términos:

- La mayoría de los testigos presentados por la Fiscalía son testigos de oídas, por lo tanto, no se les puede otorgar credibilidad, ninguno de ellos presencié los hechos, solo se quedaron en advertir lo que les dijeron las menores. Por lo tanto, solo se tienen como testigos del hecho a las menores víctimas.

- Los testimonios de las menores son declaraciones sesgadas. Además, los rasgos físicos que señalaron, no se compararon con los de su representado, ni tampoco se probó que su prohijado el día de los hechos tuviera camiseta blanca y pantaloneta negra.

- En la playa donde ocurrieron los hechos había más de mil personas ese día. No se hizo un reconocimiento en fila que pudiera establecer que su representado fuese la persona que hizo los tocamientos.

- Los testigos de la defensa fueron unísonos al advertir que estuvieron todo el tiempo con su prohijado, lo que hacía imposible que éste hubiese cometido la conducta punible.

Además, éstos indicaron que su representado no sabía nadar y cuando ingresó al mar solo lo hizo hasta las rodillas, lo que contraría el dicho de la menor M.C.C.P. que se señaló que la persona que la tocó empezó a nadar hacía la orilla.

- No se cuenta en el proceso con un protocolo de diagnóstico en psiquiatría y psicología que evalúe las versiones de las menores.

- No resulta creíble el testimonio de las menores, porque es poco probable que una persona realice una conducta como la endilgada en un lugar en el que está presente su familia y compañeros de trabajo.

- No se demostró que la persona que hizo los tocamientos satisfizo un deseo o tuviese una intención sexual.

- La menor Y.O.D. en su declaración indicó que se encontraba nerviosa y por eso tardó en contarle a su tía lo que había ocurrido, por lo tanto, es difícil que una persona en ese estado pueda grabar el rostro de su agresor.

- Tanto el representante de víctimas como el Ministerio público pidieron la absolución de su defendido por duda probatoria.

Por lo anterior, solicita se revoque la decisión de primera instancia y como consecuencia se absuelva a su representado.

6. TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Durante los traslados correspondientes, los no impugnantes no se pronunciaron acerca de los argumentos planteados por el apelante.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por la defensa del acusado, de conformidad con lo previsto en los artículos 34, numeral 1º; 176, inciso final, y 179, de la Ley 906 de 2004, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Desde esta perspectiva, deberá la Sala establecer si en la sentencia que se revisa, se incurrió en una equivocada apreciación probatoria que hubiese determinado injustificadamente la condena del señor DEIMER MARÍN CUADRADO LÓPEZ, frente al delito investigado, como lo pregonara el recurrente.

Su posición nos lleva a incursionar en el análisis del acervo probatorio que sirvió de fundamento a la Juez primaria para condenar al acusado, con miras a determinar si el mismo, en términos del artículo 381 de la ley 906 de 2004, permite, o no, llegar al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre su responsabilidad de cara al injusto contra la libertad, integridad y formación sexual que se le atribuye.

Es importante destacar que en casos como el que concita nuestra atención, la prueba de cargo resulta ser por lo general, el testimonio único de la víctima, y es por ello que su dicho debe ser cotejado con las demás pruebas que pudieron ser recaudadas durante el proceso, para establecer su grado de credibilidad; así se ha dicho:

“El testimonio de la víctima es fundamental, ya que en no pocos delitos se trata de la persona que más cerca ha estado del criminal, siendo en ocasiones además el único testigo. Lo habitual es que la palabra de la víctima resulte creída, **salvo que resulte incongruente con el resto de las pruebas**, presente anomalías psíquicas, carácter fabulador o se constate un previo ánimo de venganza o una enemistad manifiesta”¹ (Resalta la Sala).

Empecemos por señalar que lo ocurrido a las menores M.C.C.P. y Y.O.D. el 28 de septiembre de 2013, en la playa del “Totumo” del Municipio de Necoclí (Ant.), no contó con otro testigo directo o presencial que hubiese declarado en el juicio oral, por lo que únicamente se tienen los dichos de las niñas y, en consecuencia, deberán someterse al análisis de la sana crítica, con miras a verificar si lo narrado corresponde o no, a la realidad.

Conforme con el material probatorio allegado al juicio oral, resulta indiscutible que el 28 de septiembre de 2013 las menores Y.O.D. y M.C.C.P., quienes para ese momento tenían 11 años de edad, fueron llevadas por sus familias a la playa del “Totumo”, lugar donde se encontraban departiendo en una integración diversos empleados de fincas ganaderas del sector. De igual manera, para ese día el procesado DEIMER MARÍN

¹ Pastor Alcoy, Francisco (2003) Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 89.

CUADRADO LÓPEZ también se hallaba en esa misma playa departiendo con su compañera permanente, hijas de crianza y compañeros de trabajo.

De acuerdo con lo narrado por la menor Y.O.D., en la fecha antes mencionada, se encontraba dentro del mar jugando con un palo, y fue en ese momento cuando se le acercó un sujeto desconocido, introdujo la mano por debajo del agua y le tocó la vagina, suceso que la obligó a acercarse al lugar donde se encontraba M.C.C.P. con el ánimo de contarle lo que le había sucedido, pero sin que pudiera lograr ese propósito, toda vez que en ese momento el mismo sujeto apareció de nuevo, tomando de la mano a M.C.C.P., para retirarla de allí y manosearla también en su área vaginal. Este último episodio fue confirmado en su declaración, por M.C.C.P., quien adicionó que una vez logró soltarse de este hombre, se reencontró con su amiguita y se contaron mutuamente lo que aquel les había hecho.

Coinciden las menores en relatar que después del diálogo que sostuvieron, decidieron salir de la playa e ir en busca de la tía de M.C.C.P., la señora NELLY JOHANA PALENCIA PAEZ a quien le contaron de inmediato de los tocamientos de que fueron víctimas por parte del sujeto; y según esta señora -quien también rindió testimonio en este juicio—, las niñas llegaron llorando, asustadas, por lo que decidió interrogarlas sobre quién había sido ese individuo, y ellas, sin dudarle, le manifestaron que estaban en capacidad de reconocerlo; y tal como lo manifiesta Y.O.D., antes de señalarle a la tía al agresor, primero lo observó bien, logrando establecer que efectivamente a quién vio saliendo de la playa, era

el mismo hombre que las había tocado antes y que se trata en efecto, del aquí procesado.

De acuerdo con lo indicado por PALENCIA PAEZ, entre el momento en que las menores le contaron lo sucedido y el instante en que le señalaron a aquel sujeto, transcurrió muy poco tiempo, las niñas primero lo buscaron para ver si estaba dentro del mar, y cuando lo vieron salir de allí en compañía de unos amigos, lo señalaron ante la testigo, y fue así como ésta, en compañía de las niñas y otro grupo de personas que la acompañaban ese día, decidieron acercarse al sitio en donde el acusado departía con otras personas, confirmando allí las preadolescentes que éste, quien respondía al nombre de DEIMER MARÍN CUADRADO LÓPEZ, era el hombre que las había manoseado minutos antes.

Aunque los testigos de la defensa reiteraron en juicio que las menores señalaron al procesado sólo porque tenía camiseta blanca y una pantaloneta negra, lo que en efecto quedó demostrado desde el momento en que las menores y su tía llegaron a señalarlo como el autor del hecho, a lo que reaccionaron tanto él como sus amigos -como lo sostienen los mismos declarantes-, indicando que bastaba con mirar hacia atrás para establecer que habían más personas con ese mismo atuendo, lo cierto es que esta no fue la única característica que sirvió a la menores para identificarlo.

Tal es el caso de la menor Y.O.D., cuando sostiene en su versión que lo reconoció porque el sujeto se quedó mirándola fijamente cuando la sometió a los tocamientos indebidos, y nuevamente lo observó cuando hizo lo mismo con

M.C.C.P., además de describirlo como un hombre “moreno”, no muy alto ni muy bajo, de ojos grandes y labios gruesos y si bien con anterioridad no lo había visto, lo cierto es que estando ya en el mar pudo observarlo cuando se bañaba con quienes cree, eran sus hijas; e igualmente en la audiencia del juicio oral, ante la pregunta de si lo podría reconocer en la sala de audiencias, respondió afirmativamente, señalando al procesado.

Por su parte, aunque M.C.C.O. no fue tan concreta como la anterior en los detalles, ni se le preguntó sobre si reconocería en juicio al acriminado, reitera que además de reconocerlo por la ropa que llevaba puesta, una camiseta blanca y una pantaloneta negra, se trataba de un hombre “morenito” de estatura media y estaba cerca de ella cuando la ultrajó, de hecho, luego de agredirla lo vio regresar con un amigo. Además, tanto los testigos de la Fiscalía como de la defensa advierten que cuando las menores se acercaron con su tía a acusar a CUADRADO LÓPEZ, fueron insistentes en señalar que éste era el mismo hombre que antes las había abusado.

En ese orden y contrario al criterio del impugnante, el señalamiento del acusado no radica únicamente en la vestimenta que usaba para la fecha y hora de los hechos, sino en esa variedad de aspectos propios del relato de las menores, que les permitió identificarlo, más cuando la misma Y.O.D. sostiene que antes de señalarlo ante su tía, primero lo observó con detenimiento; de ahí que cuando ambas estuvieron frente a él, no dudaron un segundo en reafirmar que este señor era quien les había manoseado la zona genital.

Y es que pese a la algarabía de las personas que rodeaban a CUADRADO LÓPEZ y las que acompañaban a las niñas, éstas siguieron sosteniendo que este mismo sujeto era el abusador, lo que resultaba aún más creíble dado el breve transcurso del tiempo entre la ocurrencia del suceso, la comunicación del mismo a la tía NELLY JOHANA y el señalamiento directo, descartando de paso que ellas pudieran confundir u olvidar su rostro o que fueron a buscarlo en un sector diferente a aquel en donde se encontraba.

Si bien los argumentos de la defensa han estado orientados en hacer creer que en las menores hubo una confusión respecto al señalamiento de DEIMER MARÍN CUADRADO LÓPEZ, cuando el autor del hecho pudo haber sido cualquier otro hombre de camiseta blanca y pantaloneta negra de los que ese día llegaron a la playa del “Totumo” en la integración laboral que celebraban varias fincas del sector, es lo cierto que las contradicciones en las versiones que dieran los testigos de la defensa al respecto, dan cuenta de su falta de coherencia y de su pretensión de proteger al acusado.

En tal sentido manifestaron los testigos de descargo, que ese día se encontraban en la playa más de mil (1000) personas, lo que dista mucho de la versión que diera la compañera permanente del procesado, ONELLYS SOFÍA ESPITIA MONTERROSA, cuando relata que a eso de las 15:00 horas –horario que coincide con el tiempo de ocurrencia de los hechos– había ingresado al mar junto con el acusado y otros compañeros de trabajo de éste, y que para ese momento ya había poca gente en la playa, alrededor de 6 u 8 personas. Pero es que además, la poca

afluencia de público para ese momento fue confirmada por otros testigos compañeros del acusado, entre ellos LEONARDO AMARILES y DENIS DEL CARMEN LEÓN, y aunque la hijastra del procesado SANDRYS REYES ESPÍTIA, indicó que todavía permanecía en el lugar un grupo de 30 personas, ese número está muy lejos de las 1000, a las que se refirieron inicialmente.

En esas condiciones es claro que queda sin piso la hipótesis defensiva respecto a que en medio de la multitud, las menores pudieron haber errado en el señalamiento, pues, se itera, a la hora de los hechos el número de personas en el sector había disminuido significativamente, lo que de acuerdo a la común experiencia resulta poco probable que las víctimas señalaran a una persona diferente como responsable del punible, más aún cuando pudieron observar a aquel hombre directamente en el momento en que las sometía a los tocamientos libidinosos.

Y, algo similar ocurre en relación con la tesis relativa a que el procesado nunca se alejó de su grupo y que a la hora en que ocurrieron los hechos se encontraba jugándole una broma a su compañero de trabajo, DEISON MORENO PEREA, consistente en tirarlo al mar en contra de su voluntad. Sin embargo, a pesar de la persistencia de los testigos de la defensa en ese sentido, no logra entenderse, por qué ante un hecho tan simple, existan detalles tan diferentes en sus declaraciones.

Según ONELLYS SOFÍA ESPITIA M., sobre las 15:00 horas convenció a su pareja -el procesado- de ingresar al mar, dado que previamente no lo había hecho, y que éste una vez adentro, indujo a otro compañero para que salieran y lanzaran al agua a

MORENO PEREA, por lo que entre ambos procedieron a agarrarlo, pese a que éste insistía en que no lo hicieran porque tenía el celular y la billetera consigo, pero aun así lo introdujeron al mar, aunque, según relata, luego lo sacaron y todos quedaron en la playa burlándose de su amigo, hasta que fueron sorprendidos por las acusaciones de las menores. Esta versión, aunque coincide con la de WILBERTO DE LA CRUZ HERNÁNDEZ quien estaba afuera viendo cómo dos de sus compañeros, entre ellos el procesado, tiraban y luego sacaban del mar a DEISON una vez lo habían mojado, no concuerda con la de LEONARDO AMARILES HERNÁNDEZ, quien manifestó que fueron cuatro las personas quienes participaron en la broma jugada a DEISON, entre ellos él, y no dos, como lo manifestaron los anteriores testigos.

Por otra parte, DENIS DEL CARMÉN LEÓN MORALES manifiesta que cuando se tomó la decisión de tirar al mar a su compañero MORENO PEREA, el procesado aún no se había metido al agua –es decir que, según ella, aún no estaba dentro del mar como lo dijo ONELLYS– y como DEISON no sabía nadar, no lo ingresaron a la parte honda, sacándolo minutos después. Sin embargo, el señor MORENO PEREA, quien fue objeto de la broma y quien podía suministrar más detalles sobre este episodio, simplemente manifestó que cuando lo agarraron les dijo que esperaran, que él tenía documentos y teléfono celular en el bolsillo, así que lo sacaron y se quedaron sentados recochando, pero sin indicar claramente si lo ingresaron o no al agua. Por su parte, MARÍA ALEJANDRA PACHECHO ESPITÍA, hijastra del procesado, sostuvo que cuando tomaron a DEISON para hacerle la broma, éste les advirtió sobre las pertenencias que llevaba con él, así que le permitieron retirarlas y luego bañarlo.

Así entonces, y como antes se dijo, no resulta comprensible que frente a un evento tan simple, existan versiones tan diferentes, unas que dan cuenta que DEIMER estaba en el mar antes de lanzar a su compañero; otras que lo ubican por fuera del mar en ese momento; otra que no le importó que su compañero tuviera consigo los documentos y aparato celular, mientras que otros sostienen que sí le permitieron a DEISON retirarlos para luego meterlo al agua, o que ni siquiera lo ingresaron sino que se quedaron en la orilla. Incongruencias que ponen en duda la veracidad de lo narrado por los testigos, prevaleciendo entonces la hipótesis antes mencionada, sobre su eventual propósito de favorecer a su familiar y compañero de trabajo.

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, lo que está claro es que no se encuentra prueba en la actuación procesal, que conduzca a pensar razonablemente que las víctimas fueron manipuladas para que narraran los hechos en contra de los intereses del procesado, o que le asistiera algún oscuro propósito de mentir a la justicia, inventándose una agresión sexual inexistente, e endilgándola injusta y de manera tan grave a un inocente.

Por el contrario, la veracidad de sus señalamientos surge de la exposición que de los hechos hicieron previamente a otras personas, como a la tía NELLY JOHANA PALENCIA PAEZ, al comisario de familia JIMMY RIVAS PALACIOS, y a los patrulleros JHONATAN RAFAEL MORENO CERVANTES y DEBIS FRANCISCO GONZÁLEZ PERTUS, y finalmente en la audiencia pública del juicio oral, narrando de manera creíble y con la coherencia propia de las

niñas de su edad, las circunstancias que rodearon el hecho y la inmediatez con la que señalaron y no dudaron sobre la verdadera identidad de su agresor.

En ese orden, mal podría decirse entonces que el señalamiento directo de las víctimas es insular en el ámbito de la prueba de cargo, pues además de la claridad y coherencia que exhiben en su relato, tal y como señaló la *A quo*, se convalidan incluso con las versiones que dieran algunos de los testigos de descargo.

El examen del testimonio de las menores, así vertido, de conformidad con las reglas que rigen la apreciación del testimonio en particular y en conjunto con los demás medios de prueba (arts. 380 y 404 del C. de P. Penal), es decir, conforme a los postulados de la sana crítica, llevan a la Sala a reconocerle eficacia en la formación del conocimiento necesario para condenar, en términos de los arts. 7º y 381 del C. de P. Penal.

En este orden de ideas, existe entonces prueba testimonial directa e indirecta en contra del procesado, como se puso de manifiesto en acápites anteriores.

La Corte Constitucional mediante sentencia T-554/03, en relación con los medios de prueba que normalmente se presentan en este tipo de delitos adujo:

“Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la

observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo 'normal' el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de 'derecho' sobre el cuerpo del menor". (Subraya la Sala).

Lo anterior se complementa con lo ya dicho en varias oportunidades por la H. Corte Suprema de Justicia (Cfr. entre otras CSJ SP16841-2014 rad. 44602; CSJSP 2746-2019 rad. 51258), es decir, que el testimonio único de quien presencié directamente el hecho no puede dejar de desconocerse, pues la veracidad no depende de la cantidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, características que en este caso se vislumbran en las menores M.C.C.P y Y.O.D.

Quedó demostrado entonces que el sujeto activo del delito empleó los medios aptos para poner en movimiento la cadena causal propia del fin perseguido, como era satisfacer sus impulsos eróticos, libidinosos, actos que evidentemente demuestran la conciencia de la antijuridicidad en la conducta desarrollada, necesaria para deducir el juicio de responsabilidad penal.

También se puede concluir que en este caso existe una adecuada tipificación de la conducta, emergiendo, de contera, diáfana la responsabilidad del actor, pues, como puede verse, actuó dolosamente, a través de una serie de actos preparados con ponderación para satisfacer sus apetitos lúbricos, aun poniéndose en riesgo de ser avizorado por su grupo de amigos o familia.

Tales actos recayeron en unas personas sin libertad para disponer de su propia sexualidad, dos niñas de apenas once años de edad, con derecho a mantenerse indemnes frente a cualquier tipo de actividad sexual y a gozar de un ambiente en el que puedan formarse sin injerencias indebidas.

Analizando el injusto que se atribuye al acusado, deviene el reproche de su culpabilidad, sobre la base de las categorías de la imputabilidad y exigibilidad, dada su capacidad de comprensión y determinación para obrar, sus condiciones psico-físicas, sociales y culturales que le permitían comportarse conforme a derecho y no lo hizo.

Así las cosas y por haberse llegado al convencimiento, más allá de toda duda razonable –artículo 381, Código de Procedimiento Penal-, acerca de la existencia del ilícito investigado, al igual que sobre la responsabilidad frente al mismo por parte del acusado DEIMER MARÍN CUADRADO LÓPEZ, es por lo que se confirmará la sentencia objeto de apelación.

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

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA íntegramente la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo - Ant., el 18 de febrero de 2016, a través de la cual, se condenó al acusado DEIMER MARÍN CUADRADO LÓPEZ por el delito de **Actos Sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo**, de conformidad con las consideraciones insertas en el cuerpo de la presente decisión.

SEGUNDO.- Así mismo, **SE SIGNIFICA** que frente a esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98, Ley 1395 de 2010. En tanto surta ejecutoria la presente decisión, **SE DISPONE** que por la Secretaría de la Sala, se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen, a fin que sean destinadas para lo concerniente a la fase ejecutiva de la condena.

Quedan las partes notificadas en estrados.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

Nº Interno : 2019-0965-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05 8376000315201380158
Acusado : Deimer Marín Cuadrado López
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años
en concurso homogéneo

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

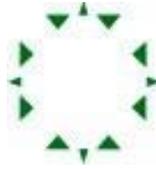
Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **4c816d59a86994e74990fe21891414f9c648759cf46f6ea8b03438e66f5e3227**

Documento generado en 27/02/2023 04:39:31 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

Medellín, veintidós (22) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 16

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Daniel Alexander Jaraba López a través de apoderado
Accionado	Juzgado Promiscuo Municipal de Abejorral y otros
Radicado	05 002 31 89 001 2022 00150 (N.I. 2023-0106-5)
Decisión	Nulidad

ASUNTO

La Sala decide la impugnación presentada contra la decisión proferida el 11 de enero de 2023 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral Antioquia mediante la cual negó el amparo solicitado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Afirmó el accionante que, en el proceso penal seguido en su contra, se incurrió en irregularidades de orden procesal que afectaron su derecho fundamental al debido proceso, defensa y contradicción, debido a que, para la etapa del juicio nada se hizo para ubicarlo, teniendo en cuenta que se encontraba en libertad.

Indicó que confiando en que el proceso aún seguía en trámite se cambió de domicilio al municipio de San Juan de Urabá donde residía su grupo familiar, situación que llevó a que no se enterara de la etapa de juicio. Se enteró de la condena impuesta al momento de materializarse la orden de captura.

Por tanto, considera se afectaron los derechos al debido proceso, defensa y contradicción, debiéndose declarar la nulidad de todo lo actuado en la etapa del juicio, y ordenar la libertad.

2. El Juzgado fallador resolvió lo siguiente: *“Negar por improcedente el amparo constitucional al derecho fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia, aducidos por el señor DANIEL ALEXANDER JARABA LÓPEZ a través de su apoderado contractual, por presuntas vías de hecho dentro del proceso penal CUI 050026000262201880014, con número interno 2018/00189/00, adelantado en contra del citado ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Abejorral, trámite al que se vinculó al Juzgado en mención, a la Fiscalía Local 092 y al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Antioquia, ello por cuanto no se acreditó que los accionados hubiesen incurrido en las irregularidades procesales denunciadas en esta acción de tutela.”*

DE LA IMPUGNACIÓN

La parte actora impugnó la decisión informando lo siguiente:

Si bien la fiscalía dice que realizó todas las acciones para contactarlo, se tiene que la exsuegra, les manifestó que estaba en San Juan de Urabá. Obtenida esa información, no se entiende por qué no fue contactado en ese municipio por medio de radio, televisión local, redes sociales o consultando por medio de la fuerza pública en la

comunidad, más aún cuando residía en el casco urbano del municipio. Se limitaron a saber esa información y nada se hizo para contactarlo.

Afirma no haber evadido el proceso penal en su contra. Al contrario, asistió a varias audiencias, muchas de ellas aplazadas por motivos ajenos a su voluntad.

Indica que debido a la pandemia del COVID 19 volvió a San Juan de Urabá, lugar de su arraigo familiar, aunque es cierto que pudo avisar o llamar al juzgado e indicar su cambio de residencia, para esa fecha se estaba implementando la virtualidad, por tanto, no tenía conocimiento del trámite de los procesos por ese medio.

Afirma que, si bien contó con la asistencia de un defensor público, la defensa fue nula, es allí donde se fundamenta la vulneración a la defensa técnica. La defensa que asistió tuvo un papel meramente formal, no insistió en su ubicación. Cuando la fiscalía sabía que estaba en San Juan de Urabá, la defensa se limitó a guardar silencio sin cumplir con sus funciones y tratar de ubicarlo. En todas las actuaciones del proceso, la defensa poco se pronunció a su favor, tanto así, que no apeló la sentencia condenatoria.

Solicita se revoque la decisión impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sería del caso decidir la impugnación interpuesta por la parte actora contra la decisión proferida dentro del presente asunto, sino fuera porque se observa que durante el trámite y decisión de esta acción se incurrió en una irregularidad sustancial que afecta de nulidad la actuación surtida.

Lo anterior se debe a que no fue vinculado al trámite a la víctima (Rogelio Andrés Palacio Marulanda) y al otro procesado (Fabián Enrique Baquero Moreno) quienes son partes directamente interesados dentro del proceso que se discute. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral Antioquia omitió vincularlos siendo partes dentro del proceso penal que se solicita nulidad.

De modo que la vinculación de Fabián Enrique Baquero Moreno y Rogelio Andrés Palacio Marulanda era indispensable para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción pues véase que la decisión afecta los intereses directos de los faltantes.

Con respecto al tema, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional en Auto No. 132A de 2007, indicó:

“Por ende, puede decirse que la falta u omisión en la notificación de las decisiones proferidas en el trámite de una acción de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo en la misma, surge como una irregularidad que no sólo vulnera el debido proceso, sino que puede llegar a constituirse en una verdadera denegación de justicia, a más de comprometer otros derechos de quienes no pudieron intervenir en el trámite de la misma por desconocimiento de tal actuación judicial. Por ello, cuando la providencia con la cual se admite una acción de tutela y se da inicio al trámite de la misma, deja de notificarse a las partes o terceros con interés legítimo, implica que quienes no fueron notificados, no tienen la posibilidad de intervenir en la misma, desconociéndoseles el debido proceso y de paso, pudiendo afectar otros derechos fundamentales cuya afectación podría suponer una clara violación de los mismos.

“Cuando se presenta la situación anteriormente descrita, se configura una causal de nulidad de lo actuado, con la consecuente necesidad de reiniciar toda la actuación, previa integración del contradictorio por parte del juez, para notificar la actuación a todas las partes, así como a los terceros con interés legítimo en el proceso. Ciertamente, de esta manera se asegura el pleno ejercicio de derecho de defensa por cuenta de todos los intervinientes en el proceso, asegurándose así la posibilidad de proferir una sentencia de fondo con plena capacidad para proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante como violados”.

Por ahora entonces, esta Sala no se pronunciará en torno a la impugnación propuesta por la parte recurrente, pues el juez incurrió en la irregularidad prevista en el artículo 133 numeral 8 del Código General del Proceso, por falta de vinculación a partes interesadas como elemento esencial del debido proceso y el derecho a la defensa.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD del trámite realizado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral Antioquia en la presente acción, por la falta de vinculación de partes interesadas.

SEGUNDO: Remítase el expediente al Juzgado de origen, para que subsane la irregularidad advertida a partir del auto que admitió la demanda de tutela, dejando a salvo las pruebas practicadas y aportadas a la actuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: d6fcc147a7cce08e125060f108f97ef605430aa23e933969b6980723c71eb18f

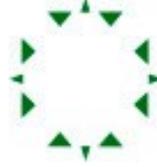
Documento generado en 24/02/2023 04:50:06 PM

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

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

Tutela primera instancia

Accionante: Roberto de Jesús Uribe Escobar
Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00060
(N.I. 2023-0190-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veintidós (22) de febrero de dos mil veintitrés

Aprobado en Acta N° 16

El 8 de febrero de 2023 se recibió por reparto acción de tutela de primera instancia promovida por Roberto de Jesús Uribe Escobar en contra del Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino Antioquia. Sin embargo, la parte accionante, en escrito recibido por esta corporación el 13 de febrero de 2023, desistió de la acción, informó que la accionada dio cumplimiento a lo pretendido.

Por lo anterior, se ADMITE el desistimiento de la acción promovida por la parte accionante. Se ordenará que por Secretaría se entere de esta decisión a las partes para que se proceda al archivo definitivo del expediente de tutela.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Tutela primera instancia
Accionante: Roberto de Jesús Uribe Escobar
Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00060
(N.I. 2023-0190-5)

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

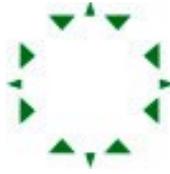
Código de verificación: **cc8748083251ff7be0e9250991e310acf00bb0e80e3545e8b027e88b0cfd7533**

Documento generado en 24/02/2023 04:51:04 PM

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

Tutela primera instancia

Accionante: Aroldo Sacristan Mahecha (mediante apoderado)
Accionado: Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00064
(2023-0205-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 17

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	Aroldo Sacristán Mahecha (mediante apoderado)
Radicado	05000-22-04-000-2022-00064 (2023-0205-5)
Decisión	Concede

ASUNTO

La Sala decide en primera instancia la acción de tutela presentada por Aroldo Sacristán Mahecha mediante apoderado en contra del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, al considerar vulnerado su derecho fundamental de petición y habeas data.

HECHOS

Afirmó la accionante que el 12 de enero de 2023 realizó solicitudes con destino a los Juzgados 2º y 3º Penal del Circuito Especializado de Antioquia respecto a la extinción de las multas impuestas en las condenas con radicados 05 001 60 00000 2017 00267 y 11 001 60 00000 2016 00296.

Las solicitudes fueron recibidas y al mismo tiempo remitidas a la Unidad de Víctimas quienes eran los encargados de pronunciarse al respecto. La Unidad de Víctimas mediante respuesta del 3 de febrero de 2023 indicó que no puede acceder a las prescripciones de las multas impuestas a AROLDO SACRISTAN MAHECHA, advirtiendo que es el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad quien debe pronunciarse al respecto.

Manifiesta que los procesos ya se encuentran finalizados por extinción de la pena y los jueces de penas no tiene competencia para pronunciarse al respecto.

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Que se decrete la prescripción de las multas, pues ya han transcurrido más de 5 años sin que se haya iniciado el trámite oportuno para su cobro ejecutivo amparando su derecho de petición y el habeas data.

RESPUESTA DE LA AUTORIDAD ACCIONADA

El Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia informó que emitió sentencia dentro de los procesos con radicado número 1100160000002016201600296 y 050003107002201601336, en contra de AROLDO SACRISTAN MAHECHA donde se condenó, a parte de la pena privativa de la libertad, a multa de 1.350 y 1000 salarios mínimos respectivamente.

Indica que la sentencia emitida bajo el radicado 1100160000002016201600296 quedó en firme el 8 de junio de 2016. Y la sentencia bajo el radicado 050003107002201601336 cobró ejecutoria el 15 de septiembre de 2017. Una vez en firme las providencias, fueron remitidas a jurisdicción de cobro coactivo, que para la fecha estaba a cargo de la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las víctimas, es decir, el despacho perdió competencia sobre ese asunto y no está facultado para decidir sobre la prescripción de las multas impuestas.

Advierte que la petición presentada fue respondida de manera oportuna y satisfactoria, remitiéndola por competencia a la entidad encargada de iniciar el cobro coactivo. Con lo anterior, se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva.

El Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia informó que conoció exclusivamente el proceso penal identificado bajo SPOA 05000 31 07 002 2016 01336 del cual se derivó sentencia anticipada el 20 de julio del año 2017, se le condenó a la pena de treinta y ocho meses de prisión y multa de mil (1000) smlmv. Luego, procedió a comunicar la providencia a las autoridades competentes entre ellas a la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas UARIV en lo que respecta a la pena de multa- así como la remisión del expediente a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para la vigilancia de la condena impuesta.

El proceso se encuentra actualmente en el Juzgado 8° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, donde de acuerdo a lo registrado en el sistema de gestión, no se advierte que se haya librado auto de extinción de pena y tampoco que el proceso remitiera para su archivo definitivo.

La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas informó que el Proceso de cobro coactivo 201671139233042, seguido contra AROLDO SACRISTAN MAHECHA con ocasión de la sentencia impuesta por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia el 11 de marzo de 2016 donde le impuso multa de 1350 SMLMV, se encuentra surtiendo etapa de cobro coactivo donde se libró mandamiento de pago el 26 de mayo de 2017.

Advirtió que el accionante presentó el pasado el 23 de enero solicitud de prescripción de la pena de multa. Analizado el trámite y en aras de verificar la información, se comunicaron al teléfono 321809743 para que el petente remitiera la orden judicial de extinción de pena a fin de determinar si el título ejecutivo todavía era exigible, pues, son los JUECES DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD los encargados de decretar tanto la extinción de la pena de prisión como la de multa.

Afirman que hicieron claridad al profesional del derecho que una cosa es la prescripción de la pena donde la jurisdicción de cobro coactivo no tiene facultad ni competencia y **-otra es la acción de cobro que, si es del resorte de la UARIV-**.

Sin embargo, advierten que la acción de cobro no está prescrita por cuanto el mandamiento de pago fue emitido el 26 de mayo de 2017, siendo notificado el 25 de noviembre de 2020 por la web, atendiendo lo señalado en el artículo 563 del Estatuto Tributario por cuanto no se obtuvo respuesta del centro penitenciario donde se encontraba recluido el deudor y se desconocía su domicilio pese a que este desde

su sitio de reclusión el 12 de junio del 2019 allegó una solicitud de insolvencia. Por tanto, los términos de prescripción fueron interrumpidos con la notificación del mandamiento de pago a partir del día siguiente de la notificación, es decir se reanudaron nuevamente el 26 de noviembre de 2020 atendiendo lo señalado en el artículo 818 del Estatuto Tributario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 4º del artículo 2.2.3.1.2.1 del decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para conocer la acción de tutela objeto de estudio.

La parte actora transcribe como pretensión– se decrete la prescripción de las multas-. Sin embargo, observadas las solicitudes presentadas ante las accionadas y la información aportada en el trámite, en realidad lo que pretende la parte actora es que se decrete la PRESCRIPCIÓN DEL COBRO DE LAS MULTAS dentro de las sanciones impuestas en las sentencias con radicado 05 001 60 00000 2017 00267 y 11 001 60 00000 2016 00296, pues ya han transcurrido más de 5 años sin que se haya iniciado el trámite oportuno para su cobro ejecutivo.

Los Juzgados accionados informaron que luego de ejecutoriadas las sentencias se enviaron las comunicaciones a las autoridades competentes entre ellas a -la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas UARIV en lo que respecta a la pena de multa-.

La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas fue clara en indicar que la acción de cobro de las multas es de su competencia. Tanto así, que al referirse al cobro de la multa dentro de la sentencia con radicado 1100160000002016201600296 emitida por el

Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, dijo lo siguiente:

“Lo anterior a efectos de poder entrar a terminar el proceso de cobro coactivo por orden judicial, como lo indica el artículo 58 de la resolución 02089 del 9 de junio de 2022, reglamento de cartera de cobro coactivo de la Unidad para las Víctimas, por falta de exigibilidad, toda vez que la acción de cobro no está prescrita por cuando el mandamiento de pago fue emitido el 26 de mayo de 2017, siendo notificado el 25 de noviembre de 2020 por la web atendido lo señalado en el artículo 563 del Estatuto Tributario por cuanto no se obtuvo respuesta del centro penitenciario donde se encontraba recluido el deudor y se desconocía su domicilio pese a que este desde su sitio de reclusión el 12 de junio del 2019 allego una solicitud de insolvencia. Así las cosas, los términos de prescripción fueron interrumpidos con la notificación del mandamiento de pago a partir del día siguiente de la notificación, es decir se reanudaron nuevamente el 26 de noviembre de 2020 atendiendo lo señalado en el artículo 818 del Estatuto Tributario”.

No obstante, esa información no fue puesta en conocimiento del accionante. Y tampoco informó nada al respecto del cobro de la multa ordenada en la sentencia 05000 31 07 002 2016 01336 emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia. Solo le informó que: frente al tema de la prescripción de la ejecución del cobro no es viable porque no se dan los requisitos de ley. No resolvió de fondo, claro, preciso y de manera congruente lo solicitado por el accionante.

Por tanto, es claro que La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas vulneró el derecho fundamental de petición que le asiste a Aroldo Sacristán Mahecha, debido a que no le respondió de fondo frente a solicitud de PRESCRIPCIÓN DE COBRO DE MULTA dentro de las sanciones impuestas en las sentencias con radicado 05 001 60 00000 2017 00267 y 11 001 60 00000 2016 00296. Deberá pronunciarse dentro del término legal, con el respeto de la características

establecidas por La Corte Constitucional.¹

En consecuencia, se ordenará a La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, satisfaga el derecho de petición de Sacristán Mahecha, de acuerdo con la solicitud de prescripción del cobro de las multas impuestas en las sentencias con radicado 05 001 60 00000 2017 00267 y 11 001 60 00000 2016 00296. Solicitud que fue allegada desde el pasado 23 de enero de 2023.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Sala de Decisión Penal administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER la tutela presentada por Aroldo Sacristan Mahecha a través de apoderado.

SEGUNDO: ORDENAR a La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, responda de forma completa la petición de Sacristán Mahecha, de acuerdo con la solicitud de prescripción del cobro de las multas impuestas en las sentencias con radicado 05 001 60 00000 2017 00267 y 11 001 60 00000 2016 00296. Solicitud que fue presentada desde el pasado 23 de enero de 2023.

¹ Sentencia T-412 de 2006, entre otras. **1)** El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión. **2)** El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido. **3)** La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. Oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición. **4)** La respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

TERCERO: La presente decisión admite el recurso de impugnación que deberá interponerse dentro del término de ley. Para el efecto, dese cumplimiento a los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5° del reglamentario 306 de 1992. De no ser impugnada la misma, se remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **8a862d85e3cf01853cac162e73a8dfcfdcbbcdbcf2838564f6d0ff0dd74b6e85f**

Documento generado en 24/02/2023 04:51:33 PM

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

Tutela primera instancia

Accionante: Jhon Jairo Quintero Quintero
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00066 (N.I. 2023-0215-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 17

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	Jhon Jairo Quintero Quintero
Accionado	Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otros
Tema	Derecho de defensa – Debido proceso
Radicado	05000-22-04-000-2023-00066 (N.I. 2023-0215-5)
Decisión	Concede

ASUNTO

La Sala decide en primera instancia la acción de tutela presentada por Jhon Jairo Quintero Quintero en contra del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

Tutela primera instancia

Accionante: Jhon Jairo Quintero Quintero
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00066 (N.I. 2023-0215-5)

Se vinculó al Juzgado Penal del Circuito de Sonsón Antioquia para que ejercieran su derecho de contradicción y defensa.

HECHOS

Afirma el accionante que mediante providencia 2481 del 13 de octubre de 2017, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia le concedió la libertad condicional previo suscripción de acta de compromiso y pago de caución que se dio el 2 de noviembre de 2017.

Indica que el tiempo que le faltaba por descontar era 90 días, sin embargo, el Juez de Ejecución le impuso como periodo de prueba un (1) año. Advierte que al momento de constituir la caución prendaria ya habían pasado 20 días más, por tanto, al momento de obtener el subrogado, le restaban descontar 70 días para terminar de cumplir la totalidad de la pena y obtener la libertad por pena cumplida.

Refiere que el abogado con el que contaba en ese momento no encaminó una defensa activa en la protección de sus derechos debido a problemas contractuales referente al pago de las labores realizadas por el profesional. Razón por la que su defensa corto cualquier tipo de comunicación con él y no recurrió la providencia en mención.

Ahora, en el mes de agosto de 2018 fue capturado nuevamente en situación de flagrancia portando 20 gramos de base de coca. Frente a ese

Tutela primera instancia

Accionante: Jhon Jairo Quintero Quintero
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00066 (N.I. 2023-0215-5)

hecho realizó un preacuerdo con la fiscalía y purgó la pena impuesta en su totalidad.

De acuerdo con lo anterior, expone que el 1° de noviembre de 2022 el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia decidió revocar el subrogado de libertad condicional concedido mediante providencia 2481 del 13 de octubre de 2017 debido al hecho por el cual fue declarado responsable ocurrido en el mes de agosto de 2018. Decisión contra la que interpuso recurso de apelación siendo confirmada el 7 de febrero de 2023 por el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón Antioquia.

Indica que no se siente conforme con la decisión y a falta de más recursos acude a esta acción, para atacar puntualmente, que por parte del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia se haya impuesto un período de prueba superior al de la pena por cumplir, es decir, se impusieron 365 días cuando lo que faltaba por descontar eran 70 días.

Por ultimo informó que tiene a su pareja de 20 años en estado de embarazo y fue diagnosticada con embarazo de alto riesgo, por tanto, de materializarse su detención ellos quedarían totalmente desamparados.

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Solicita dejar sin efectos la providencia proferida el 1° de noviembre de 2022 que decidió revocar el beneficio de libertad condicional otorgado

Tutela primera instancia

Accionante: Jhon Jairo Quintero Quintero
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00066 (N.I. 2023-0215-5)

mediante providencia Nro. 2481 del 13 de octubre de 2017 amparando su derecho al debido proceso.

RESPUESTA DE LA AUTORIDAD ACCIONADA

La Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia informó que tiene a su cargo la vigilancia de la ejecución de la pena de dieciocho (18) meses de prisión que le impuso a John Jairo Quintero Quintero el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón (Ant.) como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado mediante sentencia del 16 de mayo de 2017.

Mediante auto interlocutorio N° 2481 del 13 de octubre de 2017 se concedió a Quintero Quintero la libertad condicional bajo un período de prueba de un (1) año, y previo pago de una caución prendaria en cuantía de medio (0,5) SMLMV y la suscripción del acta de compromisos respectiva, el 2 de noviembre de 2017 comenzó a disfrutar del subrogado cuando le faltaban setenta (70) días para purgar la totalidad de su condena. Ahora, para imponer un (1) año de período de prueba, el Juzgado citó y transcribió el último inciso del artículo 64 del C. Penal: *“El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena, se tendrá como período de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario.”* Lo que dicho de otra manera significa que cuando la pena que falte por cumplir sea inferior a tres años, el período de prueba puede fijarse hasta en ese monto de tres años, a consideración del Juez Ejecutor.

Tutela primera instancia

Accionante: Jhon Jairo Quintero Quintero
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00066 (N.I. 2023-0215-5)

Refiere que como se tuvo conocimiento de que el sentenciado había cometido un nuevo delito durante el período de prueba al que fue sometido, mediante el auto N° 4268 del 1° de noviembre de 2022 revocó el subrogado concedido luego de agotar en forma correcta el trámite incidental de revocatoria pertinente. Afirma que en el auto que puso fin al incidente revocando la gracia, se dispuso que, a su ejecutoria, se emitiría la correspondiente orden de captura. Inconforme con la decisión, John Jairo Quintero Quintero interpuso los recursos de reposición y apelación, ninguno prosperó, el primero fue resuelto negativamente mediante el auto N° 4752 del 15 de diciembre de 2022, y por su parte el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SONSÓN (Ant.) en providencia del 7 de febrero pasado, CONFIRMÓ lo decidido en el auto N° 4268 del 1° de noviembre de 2022.

El Juez Primero Penal del Circuito de Sonsón Antioquia reiteró lo informado por la Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, solicitando se declare improcedente la acción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 5° del artículo 1° del decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, le corresponde a esta Sala conocer la acción objeto de estudio.

Aunque el accionante hace referencia a la decisión que revocó el subrogado y las que resolvieron los recursos de reposición y apelación de esa decisión, se desprende que el inconformismo principal deviene del auto

Tutela primera instancia

Accionante: Jhon Jairo Quintero Quintero
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00066 (N.I. 2023-0215-5)

interlocutorio N° 2481 del 13 de octubre de 2017 donde se le concedió la libertad condicional bajo un período de prueba de un (1) año, cuando solo le faltaban setenta (70) días para cumplir la condena por pena cumplida. Decisión que no fue recurrida por el accionante.

La procedencia de la acción en contra de decisiones judiciales ha de cifrarse en la configuración de los presupuestos generales,¹ entre ellos: "*Que sea un deber del actor agotar todos los recursos judiciales ordinarios para la defensa de sus derechos fundamentales.*" Situación que permite descartar que el solicitante no esté utilizando la acción para rescatar una oportunidad procesal perdida en el curso del desarrollo del medio judicial ordinario de protección que le asistía.

Por tanto, al no haberse agotado la segunda instancia ante el juez natural, en principio podría deducirse que se está utilizando la acción de tutela como una instancia adicional pese a que por decisión propia se renunció a las oportunidades de contradicción propias de la actuación procesal penal. Situación que de entrada impide examinar de fondo el problema jurídico planteado.

Sin embargo, al examinar la debida utilización del medio ordinario, se encuentra que, de acuerdo con lo informado por el accionante, y las piezas procesales aportadas por la Juez de Ejecución de Penas, Jhon Jairo

¹ Sentencia SU116-18 "los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela establecidos por la Corte son: a) La relevancia constitucional del asunto bajo examen. b) Los efectos decisivos que de la irregularidad denunciada se desprendan y que tengan la entidad de vulnerar las garantías fundamentales de la parte actora. c) Que no se trate de sentencias de tutela. d) Que sea un deber del actor agotar todos los recursos judiciales ordinarios para la defensa de sus derechos fundamentales. e) La inmediatez".

Tutela primera instancia

Accionante: Jhon Jairo Quintero Quintero

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y

Medidas de Seguridad de Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00066 (N.I. 2023-0215-5)

Quintero Quintero carecía de defensa técnica en el momento que le fue notificada la decisión que concedió la libertad condicional. Irregularidad que se revela al no haberse recurrido la decisión que se cuestiona, pues salta la vista la afectación al principio de legalidad frente a la interpretación errónea del último inciso del artículo 64 de Código penal por parte de la Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.²

En efecto, la representación jurídica de un procesado se agota con la terminación del proceso penal. No se evidencia que el afectado haya otorgado poder para ser representado en la fase de la ejecución de la pena, especialmente cuando fue notificado el auto discutido. Se constató que la solicitud fue presentada por el Director del EPC de Sonsón Antioquia, y la decisión solo le fue notificada a Jhon Jairo Quintero Quintero.³ Según el artículo 8° de la Ley 906 de 2004, en toda actuación se debe garantizar el derecho de defensa técnica, el cual no está reservado al proceso penal sino a toda actuación procesal, la que incluye los procedimientos que se llevan a cabo en la ejecución de la pena, con mayor razón cuando tienen alguna significación en los derechos de los condenados.

La Sala considera que se han desatendido estas normas rectoras que desarrollan el derecho de defensa establecido en el artículo 29 de la

² “El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena, se tendrá como período de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario.” Manifestó la Juez Segunda de Ejecución en respuesta a la presente que: **“Lo que dicho de otra manera significa que cuando la pena que falte por cumplir sea inferior a tres años, el período de prueba puede fijarse hasta ese monto de tres años, a consideración del Juez Ejecutor”.**

³ Luego de solicitar las constancias de notificación del Auto Interlocutorio N°2481 del 13/10/2017, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia aportó documento “ComisiónNotificaciónpdf”

Tutela primera instancia

Accionante: Jhon Jairo Quintero Quintero
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00066 (N.I. 2023-0215-5)

Constitución Política, el que no puede entenderse limitado a la investigación y al juicio, ya que constituiría una interpretación restrictiva frente al derecho de defensa.

Si bien los condenados acostumbran actuar directamente en la etapa de ejecución de la pena sin la asistencia de defensor, tal situación adquiere relevancia cuando la irregularidad trasciende en la afectación de su derecho a la libertad, como se constata en el presente asunto. Como se informó, puede razonablemente entenderse que de haber tenido JOHN JAIRO QUINTERO QUINTERO asesoría técnica jurídica, se habría interpuesto debidamente el respectivo recurso y se podría haber discutido el periodo de prueba desproporcionado fijado por la Juez de Ejecución de penas, situación que no sucedió a falta de defensa técnica del condenado.

No obstante, una vez inició el trámite incidental de revocatoria de la libertad condicional, mediante auto N° 1267 del 22 de julio de 2021, sí le fue nombrada abogada de oficio a Jhon Jairo Quintero Quintero con el fin de que ejerciera el derecho de defensa, situación que no sucedió en tiempo anterior cuando le fue puesto en conocimiento la decisión que se discute.

En consecuencia, para restablecer el derecho a la defensa técnica que integra el debido proceso constitucional, se dispondrá ordenar a la Juez Segunda de Ejecución de Penas que, deberá notificar a la defensora de oficio de Jhon Jairo Quintero Quintero, la decisión adversa, esto es, el Auto Interlocutorio N° 2481 del 13 de octubre de 2017 lo cual habilita los términos para impugnar la providencia cuestionada, de subsistir los reparos frente a ella, por cuanto no ha obtenido ejecutoria válida.

Tutela primera instancia

Accionante: Jhon Jairo Quintero Quintero
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00066 (N.I. 2023-0215-5)

Por consiguiente, se invalida la actuación surtida en los autos del 1° de noviembre y 15 de diciembre de 2022 emitidos por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia. Al igual que el auto del 3 de noviembre de 2023 emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón Antioquia. Lo anterior, por afectación del debido proceso por la falta de defensa técnica advertida en la notificación del auto del 13 de octubre de 2017.

Los motivos propuestos por el solicitante con el fin de atacar la decisión judicial, concretamente, frente al periodo de prueba desproporcionado que le impuso el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, no será objeto de examen de fondo en la jurisdicción constitucional, mientras no se agote la posibilidad de ser examinados en la jurisdicción penal.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el derecho al debido proceso solicitado por Jhon Jairo Quintero Quintero.

SEGUNDO: ORDENAR al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, deberá notificar a la defensora de oficio de Jhon Jairo Quintero Quintero, la decisión adversa,

Tutela primera instancia

Accionante: Jhon Jairo Quintero Quintero
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00066 (N.I. 2023-0215-5)

esto es, el Auto Interlocutorio N° 2481 del 13 de octubre de 2017 lo cual habilita los términos para impugnar la providencia cuestionada, conforme a lo indicado en la parte motiva de este fallo.

Invalidar los autos del 1° de noviembre y 15 de diciembre de 2022 emitidos por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia. Al igual que el auto del 3 de noviembre de 2023 emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón Antioquia, de acuerdo con lo expuesto en procedencia.

TERCERA: La presente decisión admite el recurso de impugnación que deberá ser interpuesto dentro del término de ley. Para el efecto, dese cumplimiento a los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5° del reglamentario 306 de 1992. De no ser impugnada la misma, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Tutela primera instancia

Accionante: Jhon Jairo Quintero Quintero
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00066 (N.I. 2023-0215-5)

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: **ec03f4066ee2a325bd7e63284a6a266ec898ed56259e5cc229e7197ac58eb229**

Documento generado en 24/02/2023 04:51:43 PM

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

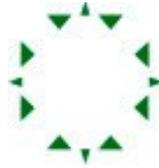
Tutela segunda instancia

Accionante: Gumercinda Hurtado

Accionado: Nueva EPS

Radicado: 050453104001202200301

(N.I. TSA 2023-0123-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 17

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Gumercinda Hurtado
Accionado	Nueva EPS
Radicado	050453104001202200301 (N.I. TSA 2023-0123-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala decide el recurso de impugnación interpuesto por la Nueva EPS, contra la decisión proferida el 18 de enero de 2023 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó Antioquia que tuteló los derechos a favor de la accionante.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Señaló la accionante que es paciente de 61 años de edad, se encuentra afiliada a la Nueva EPS régimen subsidiado en salud, actualmente padece de tumor maligno de los huesos largos del miembro

Tutela segunda instancia

Accionante: Gumercinda Hurtado

Accionado: Nueva EPS

Radicado: 050453104001202200301

(N.I. TSA 2023-0123-5)

inferior, tumor benigno de la glándula suprarrenal, complicación mecánica de dispositivo de fijación de otros huesos y obesidad debido al exceso de calorías. En octubre de 2022 le amputaron la pierna izquierda en la Clínicas las Vegas, por tanto, tiene citas de control por valoración con fisioterapia para iniciar proceso de órtesis, rehabilitación integral por fisioterapia y cita con internista.

Advierte que la Nueva EPS no le ha hecho entrega de los viáticos para asistir a las atenciones médicas fuera del municipio de Apartadó Antioquia. Debe de estar asistiendo a la ciudad de Medellín de forma periódica, por ese motivo, la EPS le hace entrega del transporte vía aérea ida y vuelta de Apartadó a Medellín cuando tiene citas médicas o intervención quirúrgica por sus diagnósticos. Sin embargo, no le está cubriendo los gastos de transporte urbano de la casa al aeropuerto de Carepa Antioquia, y del aeropuerto de Medellín al lugar de hospedaje en esa ciudad, como tampoco el transporte urbano en Medellín para acceder a las atenciones de salud.

Señaló que no está laborando por su patología y por su estado de salud. Su esposo sufre de ceguera, depende económicamente de sus dos (2) hijos los cuales se ganan un salario mínimo, el dinero que le ingresa lo utiliza para pago de los servicios públicos, alimentación y los gastos personales de ella y de su esposo como también en los viajes a la ciudad de Medellín. Considera que se le están vulnerando los derechos fundamentales a la vida, la salud, seguridad social, mínimo vital, dignidad humana, igualdad, integridad personal, física y psicológica.

Solicita se ordene a la Nueva EPS autorice la entrega de los viáticos de transporte aéreo ida y vuelta para su acompañante; transporte urbano de Apartadó al aeropuerto de Carepa Antioquia, y del aeropuerto de

Tutela segunda instancia

Accionante: Gumerinda Hurtado

Accionado: Nueva EPS

Radicado: 050453104001202200301

(N.I. TSA 2023-0123-5)

Medellín al hospedaje asignado; hospedaje y alimentación para ella y su acompañante. Además, solicita el tratamiento integral.

2. El Juzgado de primera instancia concedió los derechos de la afectada, ordenó a la Nueva EPS que, *“dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de esta decisión, efectúe todas las gestiones necesarias para que, además de los viáticos de transporte aéreo para la accionante, suministre los viáticos de transporte aéreo intermunicipal ida y regreso para la acompañante, hospedaje, alimentación y el transporte urbano en Medellín para la accionante y su acompañante, transporte del aeropuerto de Medellín al hospedaje y viceversa, y transporte de Apartadó al aeropuerto de Carepa ida y regreso, si el tratamiento médico requiere más de un (1) día de duración, para que asista a la cita de control prioritario para valoración por fisioterapia en 25 días para iniciar proceso de órtesis protésica – rehabilitación integral, por los diagnósticos complicación mecánica de dispositivo de fijación interna de otros huesos y tumor benigno de la glándula suprarrenal, en la IPS Clínica Las Vegas de Medellín, cada vez que, por estos diagnósticos, se le fije cita en la mencionada ciudad”*.

Tutela segunda instancia

Accionante: Gumercinda Hurtado

Accionado: Nueva EPS

Radicado: 050453104001202200301

(N.I. TSA 2023-0123-5)

DE LA IMPUGNACIÓN

El fallo proferido en primera instancia fue impugnado por la Nueva EPS con los siguientes argumentos esenciales:

Los servicios autorizados: transporte, transporte interurbano, viáticos, alojamiento, alimentación y emolumentos, no son servicios salud, por tanto, no deben ser asumidos por la EPS.

No se tuvo en cuenta el principio de solidaridad. Les corresponde a los familiares asumir el apoyo económico cuando el afectado demuestra no tener. No se acreditó que la accionante o el núcleo familiar no se encuentren en condiciones de sufragar los gastos solicitados.

Puntualiza que no se evidencia solicitud medica de transporte, ni se indica que la afectada debe asistir a las citas programadas con acompañante.

Finalmente, en caso de confirmar el fallo de primera instancia solicita ordenar a la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud (ADRES) que garantice el reconocimiento del 100% del costo en que incurra por atenciones NOS PBS en cumplimiento del fallo de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por ser la Sala superior funcional del juzgado de primera instancia, la reviste de competencia para decidir la impugnación presentada.

2. Problema jurídico planteado

Se resolverá si es procedente la orden impuesta a la Nueva EPS en protección de los derechos fundamentales de la actora.

3. Solución del problema jurídico.

La Sala considera acertada la decisión impugnada en punto de conceder los gastos de transporte, alimentación y alojamiento para Gumerinda Hurtado y su acompañante.

La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, supeditados a los principios de eficiencia, universalidad, y solidaridad. Igualmente, la Corte ha catalogado el derecho a la salud como fundamental, que debe tener un acceso oportuno, eficaz, de calidad y en condiciones de igualdad a todos los servicios.

Los gastos de transporte, alimentación y alojamiento del usuario para la asistencia a citas y tratamientos médicos, hacen parte de las condiciones que presenta el principio de integralidad establecido en la Ley 1751 de

Tutela segunda instancia

Accionante: Gumercinda Hurtado

Accionado: Nueva EPS

Radicado: 050453104001202200301

(N.I. TSA 2023-0123-5)

2016 reiterado jurisprudencialmente¹, que se encuentra orientado a asegurar la prestación del servicio, brindando condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y todo lo necesario para tener un nivel alto de salud.

Se está vulnerado el derecho a la salud, pues con el no pago de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación para ella y su acompañante por parte de la EPS para asistir a las citas y tratamientos con especialistas en la ciudad de Medellín, constituye una barrera administrativa, ya que no cuenta con los recursos económicos para hacerlo, y de no asistir a las citas y procedimientos se pone en riesgo su salud.

Los tratamientos médicos prescritos por su médico tratante y la remisión con cada una de las especialidades necesarias para el cumplimiento al tratamiento requerido, ha sido efectuado directamente por los galenos adscritos a la Nueva EPS. Ahora, como las especialidades no se encuentran en la misma municipalidad donde reside la afectada, se debe desplazar hasta la ciudad de Medellín donde se encuentran los especialistas que la tratan.

La Corte Constitucional² en pro del principio de integralidad ha dejado expresa la obligación de la entidades de salud de suministrar los servicios de transporte, alojamiento, alimentación y acompañamiento. Indicó que en los casos en que el transporte constituya una barrera o una limitante para el acceso al servicio médico, es un deber de las E.P.S. asumir los gastos de traslado de la persona, particularmente, cuando deba acudir a una zona geográfica distinta de aquella en la que reside.

¹ Sentencia T-259 de 2019.

² Sentencia T-228 de 2020, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Sin embargo, para la entidad garantizar el servicio de transporte, la afectada debe de presentar unas circunstancias específicas: *“(i) que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la vida de la persona; (ii) que ni el paciente ni sus familiares cercanos tengan los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado; y (iii) que de no efectuarse la remisión se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”*³. Es evidente que los procedimientos y tratamientos ordenados por el médico tratante son necesarios según las patologías que padece la paciente. La afectada informó no contar con los recursos suficientes para el traslado, motivo por el que ha solicitado el beneficio económico. Cabe resaltar que la no realización del traslado pone en riesgo la vida de la paciente, ya que es una paciente de la tercera edad que cuenta con una discapacidad física.

Frente a la solicitud de autorización de acompañante y el cubrimiento de los gastos de estadía, la Corte también ha precisado un conjunto de condiciones que permiten hacer operativa esa garantía, las mismas destacadas por la accionada en el escrito de impugnación: *“(i) el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado.”*⁴

Según la historia clínica y lo informado en el trámite, Gumercinda Hurtado cuenta con un sin número de patologías y de tratamientos pendientes por realizar, entre ellos, se encuentran las terapias por amputación del miembro izquierdo, lo que genera condiciones especiales, como el

³ Sentencia T-228 de 2020

⁴ *Ibíd*em

Tutela segunda instancia

Accionante: Gumerinda Hurtado

Accionado: Nueva EPS

Radicado: 050453104001202200301

(N.I. TSA 2023-0123-5)

desplazamiento de manera independiente poniendo en riesgo su estado de salud, por tanto, es indispensable un acompañante que brinde la ayuda para acercarse a los diferentes centros de atención médica. Se evidencia las condiciones de fragilidad de la afectada, no solo por el padecimiento de las patologías que la aquejan, sino porque ella y su familia no tienen los recursos económicos para sufragar los gastos que demandan el transporte para acceder el tratamiento médico ordenado según las patologías que padece.

Frente a la solicitud del recobro, no es del resorte de esta Sala en sede constitucional, dirimir un conflicto de índole administrativo y económico cuya finalidad es determinar a quién le compete reconocer los gastos generados por la prestación de los servicios no incluidos en el PBS, puesto que para ello está previsto un procedimiento, que deberá agotarse por parte de quien pretende la concesión del recobro, debate que, de presentarse, se surtirá ante la respectiva jurisdicción ordinaria.

Sin necesidad de más consideraciones, esta Sala confirmará el fallo impugnado emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó Antioquia.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó Antioquia.

SEGUNDO: Una vez enteradas las partes de esta decisión, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **e81f963167619e1277251bc236a2a9380a31e171cb90a4c6b7ae1c4169ce2a2f**

Documento generado en 24/02/2023 04:51:12 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

Medellín, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés

Aprobado en Acta N° 17

El 21 de febrero de 2023 se recibió en el correo electrónico institucional, memorial suscrito por el procesado FABIO CASTAÑO VALENCIA en el cual solicita prórroga para sustentar el recurso extraordinario de casación, indicó que: *“apenas el día 20 febrero de 2023, se pudo obtener las copias del expediente, tanto escritos como audios, para efectos de sustentar el recurso de CASACIÓN, el cual será tramitado por un defensor público designado por la Defensoría del Pueblo”*. El secretario de la Sala informó que el término vence el próximo 3 de marzo de 2023 a las 17:00 horas.

El 6 de febrero de 2023 el procesado mediante memorial enviado al correo institucional del despacho solicitó copias del expediente. Mediante oficio de la misma fecha se accedió a la solicitud de copias. Una vez presentada la solicitud de prórroga se solicitó informe al Secretario de la Sala frente a la entrega de copias autorizada. Informó lo siguiente: *“el señor Fabio Castaño Valencia fue notificado personalmente el día 07 de febrero de 2023 del auto mediante el cual se autoriza la copia del expediente; es de anotar que las mismas solo pudieron ser suministradas el día 20 de febrero de 2023 en horas de la tarde, dado que el expediente cuenta con un total de 12 cuadernos, lo cual hace que la labor sea dispendiosa ya sea para la toma de copia o el proceso de escaneo del mismo”*

No obstante, una vez fue notificada la decisión de segunda instancia, el 13 de diciembre de 2022 se presentó recurso de casación donde se adjuntó poder para actuar del abogado Mauricio Caro Contreras, pero el 3 de febrero de 2023 FABIO CASTAÑO VALENCIA aportó respuesta de la defensoría pública de donde se desprende solicitó la representación de un defensor de esa entidad para presentar la demanda, y en el correo remitido informó lo siguiente: “(...)debido a mi pobreza absoluta no tengo para pagar un abogado y requiero uno de la defensoría del pueblo para demostrar mi inocencia en la Sala de Casación de la Corte”.

CONSIDERACIONES

A pesar de haberse presentado poder para actuar del doctor Mauricio Caro Contreras el pasado 13 de diciembre de 2022, se evidencia que este no realizó la demanda por problemas contractuales con el procesado. Por tanto, se puede inferir que antes de la presentación de la solicitud de copias, el procesado no contaba con la representación de un abogado, pues con la obtención de las copias del expediente apenas se completó la documentación solicitada por la Defensoría Pública para la realización de la demanda de casación.

En aplicación del principio de buena fe y dado que el procesado ha informado permanentemente sobre la situación de la sustentación de la demanda de casación, y que el término para la sustentación está próximo a vencerse, a efecto de garantizar el derecho al debido proceso según lo dispuesto en el artículo 158 de la Ley 906 de 2004,¹ se considera procedente acceder a la solicitud de prórroga realizada

¹ “ARTICULO 158. *Prórroga de términos. Los términos previstos por la ley, o en su defecto fijados por el juez, no son prorrogables. Sin embargo, de manera excepcional y con la debida justificación, cuando el fiscal el acusado o su defensor lo soliciten para lograr una mejor preparación del caso, el juez podrá acceder a la petición siempre que no exceda el doble del término otorgado*”.

por el procesado. Por tanto, se le concederá nuevamente el término de treinta (30) días hábiles, con el fin de reponer el tiempo que estuvo sin la representación jurídica, para presentar la respectiva demanda.

El término concedido, se entiende prorrogado a partir del 20 de febrero de 2023, fecha en la cual, se le realizó la entrega de las copias del expediente para que fueran entregadas a la Defensoría Pública para presentar la demanda de casación.

Se ordena que por Secretaría de la Sala se informe de manera inmediata al procesado FABIO CASTAÑO VALENCIA de la presente decisión a través del correo electrónico aportado en la solicitud.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **139fd01d21f610c2888bc9f555f74d276809abd676f009dbbc69caeb1b1c2380**

Documento generado en 27/02/2023 10:11:35 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

Medellín, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 17 de la fecha

Proceso	Auto interlocutorio Ley 906
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Prueba sobreviniente
Radicado	05-615-60-00295-2018-00197 (N.I. TSA 2023-0238-5)
Decisión	Revoca

ASUNTO

La Sala resolverá recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto que negó el decreto de prueba sobreviniente, dentro del Juzgamiento que se viene adelantando en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia, en contra de HILDE ALBERTO HERRERA ZAPATA.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Para lo que interesa a esta decisión, la fiscalía consignó en su escrito de acusación la siguiente premisa fáctica:

“El ciudadano HILDE HERRERA ZAPATA, desde finales del mes de SEPTIEMBRE de 2013 al mes de junio de 2014, como líder de tratamiento y autoridad dentro del Centro de Rehabilitación CORPORACION SEMILLAS DE FE, en la sede denominada CLINICA ESPECIALIZADA ubicada en el municipio de GUARNE (ANT), aprovechándose de superioridad administrativa y de la situación personal del menor S.A.G., que estaba recluido allí por problemas de consumo de estupefacientes, pero que era mayor de catorce (14) años de edad, con quien compartía habitación, lo manipulaba para realizarle sexo oral y tocamientos libidinosos en varias partes del cuerpo como sus piernas y pene, en contra la voluntad del mismo.”¹

En la audiencia de acusación se precisaron algunos aspectos de las conductas, entre ellos, que el lugar donde se cometió el delito está ubicado en la vereda Toldas del municipio de Guarne.²

El 13 de febrero de 2023, en el curso de la audiencia juicio oral,³ la defensa solicitó, como prueba sobreviniente, el decreto del testimonio de René Pabón, persona que, en su condición de administrador del lugar de los hechos, podría aportar información relevante sobre ellos, principalmente, si es verdad que el acusado y la víctima compartían habitación. Adujo el defensor que su representado no le dio cuenta de tal prueba antes y que solo se enteró de ella durante la práctica de los testimonios de cargo.

¹ Folio 2 del escrito de acusación, archivo “02EscritoAcusacion”.

² Audiencia de acusación del 28 de julio de 2022, cuyo registro puede ser verificado en el link que se encuentra al final del acta de la audiencia, archivo “09ActaAcusación280722”.

³ Juicio oral del 13 de febrero de 2023, cuyo registro puede ser verificado en el link que se encuentra al final del acta de la audiencia, archivo “14ActaJuicioHildecAlbertoHerrera130223”, récord 02:02:35 a 02:28:30.

La fiscalía se opuso a la solicitud porque desde la imputación fue claro el lugar de los hechos, así que su contraparte tuvo oportunidad de investigar quiénes laboraban allí.

El Juez negó el decreto del testimonio. Adujo que pudo haber sido advertido antes de audiencia preparatoria pues desde la acusación se relacionó el lugar de los hechos y que el acusado compartía habitación con la víctima, así que no se cuenta con los presupuestos para acceder a tal pretensión probatoria.

IMPUGNACIÓN

En contra de la decisión, el defensor interpuso y sustentó el recurso de apelación, con el que pretende se decrete, como prueba sobreviniente, el testimonio referido en el acápite anterior. Adujó que al negársele un medio de conocimiento significativo para su hipótesis del caso, se le generó un grave perjuicio. Sostuvo que su intención no es dilatar el proceso, que no le era previsible la prueba, la cual no era ostensible ni obvia ya que nunca tuvo conocimiento de que René Pabón fuera el administrador del lugar de los hechos, circunstancia que solo logró advertir con el testimonio de Santiago Alzate.⁴

Como no recurrente, la fiscalía demandó la confirmación de la decisión de primera instancia, por estar debidamente motivada, además, destacó que la defensa está integrada por el defensor y el procesado, de modo que las falencias comunicativas entre estos dos no pueden ser el fundamento para acceder a la prueba. Por su parte, el representante víctima manifestó su conformidad con lo resuelto por el Juez y advirtió que no halla mayor trascendencia en el testimonio de un colega del acusado.⁵

⁴ *Ibíd*em, récord 02:29:00 a 02:46:21.

⁵ *Ibíd*em, récord 02:46:25 a 02:54:25.

CONSIDERACIONES

La Sala evaluará, a la luz de los criterios legales y con referencia a las inconformidades del recurrente, si fue correcta la decisión del Juez en relación con la negativa a decretar el mencionado testigo como prueba sobreviniente. La Sala confirmará el auto impugnado por las siguientes razones:

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶ ha sostenido sobre la prueba sobreviniente que:

“Así, es evidente que la prueba sobreviniente es un instituto que tiene su esplendor en el desarrollo del juicio oral y cómo tal, tiene su propio régimen legal y jurisprudencial. Así ha dicho la Corte al respecto: (CSJ AP1083 de 04 de marzo de 2015 Rad. 44238)

«Obsérvese cómo, el trámite de descubrimiento previo al juicio en las oportunidades indicadas para esto, hace parte del debido proceso probatorio y repercute seriamente en el derecho de defensa, por ello, se reitera, la consecuencia de su inobservancia, no puede ser otra que el rechazo del medio solicitado, salvo los casos de “prueba sobreviniente”, cuyo decreto excepcional en el juicio fue concebido, no para cambiar la forma en la que se preparó la incorporación y práctica de las pruebas decretadas, ni con el fin de revivir oportunidades procesales fenecidas, sino para no privar a las partes de ofrecer el conocimiento contenido en aquel medio que siendo pertinente, conducente y útil, (i) surge en el curso del juicio, bien porque se deriva de otra prueba allí practicada y ello no era previsible, o porque en su desarrollo alguna de estas encuentra un elemento de convicción hasta ese momento desconocido; (ii) no fue descubierto oportunamente por motivo no imputable a la parte interesada en su práctica; (iii) es “muy significativo” o importante por su incidencia en el caso; y, (iv) su admisión no comporta serio perjuicio al derecho de defensa y a la integridad del juicio.»⁷”

⁶ CSJ SP, Radicado 48178 del 5 de diciembre de 2016, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

⁷ Esta decisión ratifica la posición que al respecto sentó la CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468.

Es claro entonces que, si en las oportunidades procesales previstas por la ley, no se realiza el descubrimiento y la solicitud probatoria, es extemporánea la pretensión elevada durante el debate oral.

No obstante, la ley prevé que excepcionalmente⁸ si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física *muy significativos que debería ser descubierto*, lo pondrá en conocimiento del juez, quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, *decidirá si es admisible* o si debe rechazarse esa prueba. En este evento se debe acreditar, de conformidad con lo establecido en el artículo 346 del C.P.P., que la falta de descubrimiento obedeció a causas no imputables a la parte que quiere hacer valer la prueba.⁹

A propósito, véase que la solicitud del defensor no cumple con los requisitos legales, en tanto ningún reparo hizo a los hechos de la acusación, así que no le eran ajenos, por lo tanto, tuvo oportunidad, tras reunirse con su representado y antes de la audiencia preparatoria, de definir las pruebas pertinentes que solicitaría y practicaría en juicio para refutarlos.

Como era claro el lugar de los hechos, tuvo oportunidad de advertir la eventual necesidad de presentar como testigo de descargo, a quien administraba el lugar. Nótese que esto no es un aspecto novedoso que se desprenda de otra prueba. Sin embargo, ninguna actividad investigativa realizó en punto de identificar a dicha persona, limitándose a la información aportada por el procesado. Así que el testimonio de René Pabón era un punto previsible para el abogado y el acusado, por lo tanto, no podían utilizar la prueba sobreviniente para subsanar su pasividad al respecto.

⁸ CPP. Art 344 Inciso final.

⁹ Entre otras, CSJ SP, Radicado 48178 del 5 de diciembre de 2016, M.P. Eyder Patiño Cabrera; CSJ SP 21 Feb. 2007, radicado 25920, J. Zapata.

Auto interlocutorio segunda instancia

Acusado: Hilde Alberto Herrera Zapata

Delito: Acto sexual violento

Radicado: 05-615-60-00295-2018-00197

(N.I. TSA 2023-0238-5)

Si el nombre del pretendido testigo fue dicho durante la práctica de alguna prueba de cargo, y, ello hizo advertir a la defensa de la omisión en la que había incurrido, tal particularidad no habilita la procedencia excepcional de la prueba de refutación con base en su imprevisibilidad. Por el contrario, en tales condiciones lo que subyace a tal solicitud es una desatención imputable a la defensa, material y formal, lo que impide acceder a su solicitud.

En esas condiciones, estima la Sala que es acertado el fundamento y la decisión del Juez, por lo que se confirmará el auto apelado.

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

Se estiman suficientes los argumentos expuestos, en consecuencia, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

CONFIRMAR la providencia de origen y naturaleza conocidos.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Auto interlocutorio segunda instancia
Acusado: Hilde Alberto Herrera Zapata
Delito: Acto sexual violento
Radicado: 05-615-60-00295-2018-00197
(N.I. TSA 2023-0238-5)

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: **cb4baac719314bae64f16f3246919566b607e601ab9663a3bf202eedba2a9479**

Documento generado en 27/02/2023 10:11:20 AM

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

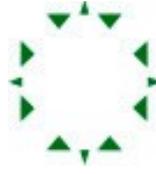
Acción de Revisión

Sentenciado: Edinson Arley Agudelo Uribe

Delitos: Secuestro extorsivo

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00080

(N.I. TSA) 2023-0269-5



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 17

Proceso	Acción de revisión
Sentenciado	Edinson Arley Agudelo Uribe
Delito	Secuestro extorsivo
Accionado	Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia
Radicado	05000-22-04-000-2023-00080 (N.I. TSA 2023-0269-5)
Decisión	Inadmite

ASUNTO

La Sala se pronuncia en relación con la admisión de la acción de revisión promovida por el sentenciado Edinson Arley Agudelo Uribe contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante la cual fue hallado penalmente responsable por el delito de secuestro extorsivo.

CONTENIDO DE LA DEMANDA

Solicita la aplicación de la causal 7ª. Afirma que en su caso era improcedente la aplicación del incremento punitivo de la Ley 890 de 2004. Pese haberse allanado a cargos en la audiencia de formulación de imputación no se le disminuyó la pena ni se le otorgó ningún beneficio. Existe jurisprudencia favorable para este tipo de conductas que representan un beneficio punitivo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

Es necesario indicar que la acción de revisión es un mecanismo de carácter excepcional que busca enmendar errores importantes de injusticia, contenidos en una sentencia debidamente ejecutoriada, al punto de hacer prevalecer el concepto de justicia material sobre el principio de la cosa juzgada, siempre que se demuestre alguna de las causales taxativas previstas en la ley.

Frente a esta clase de asuntos, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la acción de revisión es *"un instrumento de garantía que otorga el derecho a quien considere fundadamente que el fallo o la decisión definitiva que se haya emitido merece ser revisada para que, una vez ceda el principio de la cosa juzgada, pueda la misma jurisdicción ordinaria corregir el error que se pudo haber cometido, por cualquiera de las causas señaladas taxativamente en la ley"*.

En cuanto a la legitimación para presentar la acción de revisión, el

artículo 193 de la Ley 906 de 2004 establece:

*“Legitimación. La acción de revisión podrá ser promovida por el fiscal, el Ministerio Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión. **Estos últimos podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio. En los demás casos se requerirá poder especial para el efecto”.***

Entonces, es claro que la acción de revisión debe ser promovida por medio de un abogado, quien debe presentar una demanda especial que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 194 del Estatuto Procesal. Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ha referido:

*“En este orden de ideas, si bien no se discute que el sentenciado tiene legitimidad para invocar la acción de revisión, **es imperativo que acuda mediante abogado titulado que tenga poder especial para ello**, quien deberá formular una demanda ajustada a los requisitos legalmente establecidos para su admisión, dado que, se trata de un proceso distinto al que culminó en las instancias.*

Sobre el tópico, la Sala se ha pronunciado de manera pacífica y reiterada en este sentido:

“Desde ese punto de vista, la revisión es una acción judicial autónoma, dirigida contra un proceso penal concluido, y por ello la demanda debe ser presentada por un abogado titulado que tenga poder especial para hacerlo, así se trate del mismo profesional que intervino en el trámite ordinario, o de un defensor distinto.

La necesidad de acreditar poder especial no obedece a una exigencia meramente formal, sino que la legitimidad por parte activa es un requisito de procedibilidad de la acción de revisión, la cual no puede

Acción de Revisión

Sentenciado: Edinson Arley Agudelo Uribe

Delitos: Secuestro extorsivo

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00080

(N.I. TSA) 2023-0269-5

iniciarse sin la presentación de la demanda por un abogado que haya recibido poder para ese efecto, puesto que no es la continuidad del proceso penal, sino el ejercicio de un mecanismo jurídico excepcional y distinto, orientado a remover la entidad de cosa juzgada.

El poder es el instrumento a través del cual la Corte verifica la legitimidad del abogado para actuar, en el sentido de demostrar la existencia del vínculo entre el profesional y el titular del derecho para ejercer la acción de revisión”¹.

Acorde con lo anotado, se tiene que el accionante JIMMY ALBERTO FORY GONZÁLEZ no cumple con la exigencia demandada por la norma y aunque no se discute que él mismo está facultado para promover la revisión de su proceso, es imperativo que se trate de abogado titulado legalmente autorizado para ejercer la profesión, calidad que no le es predicable”².

En este asunto no se cumple con la exigencia establecida en el artículo 193 C.P.P, esto es, la legitimidad para presentar la acción de revisión, por ser el propio condenado el que presenta esta acción y no un abogado como lo dispone la norma.

Aunque para la decisión que se perfila es suficiente con lo expuesto hasta el momento, importa destacar que en esta caso tampoco se cumplen con otros de los requisitos contemplados en la citada disposición legal, la cual dispone:

“Artículo 194. INSTAURACIÓN. La acción de revisión se promoverá por medio de escrito dirigido al funcionario competente y deberá contener:

1. La determinación de la actuación procesal cuya revisión se demanda con la identificación del despacho que produjo el fallo.

¹ Autos del 8 de agosto de 2002 y 18 e abril de 2012, Radicados Nos. 18.693 y 37.252, respectivamente.

² Auto del 12 de diciembre de 2012. Radicado No. 40.363.

2. *El delito o delitos que motivaron la actuación procesal y la decisión.*
 3. *La causal que se invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud.*
 4. *La relación de las evidencias que fundamentan la petición.*
- Se acompañará copia o fotocopia de la decisión de única, primera y segunda instancias y constancias de su ejecutoria, según el caso, proferidas en la actuación cuya revisión se demanda”.*

Edinson Arley Agudelo Uribe no presentó evidencia que fundamente su petición, tampoco aportó copia de la decisión cuestionada con la constancia de ejecutoria, providencia que omitió identificar con precisión. A propósito, la Sala de Casación Penal en auto AP1027-2020 del 27 de mayo de 2020 radicado 52199, afirmó que el aporte de la constancia de la ejecutoria de la sentencia que se pretende rebatir constituye una exigencia legal inexcusable para promover la acción de revisión, toda vez que se hace necesario que exista certidumbre de su firmeza, es decir, que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

Así las cosas, las omisiones mencionadas son suficientes para inadmitir la demanda de revisión propuesta.

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

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda de revisión presentada Edinson Arley Agudelo Uribe contra el fallo condenatorio proferido en su contra por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Contra la presente decisión procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **9fdcf304672096f03898b8fff9d789dc052cd1fb69f7046bb182e25118cfbb4f**

Documento generado en 27/02/2023 10:10:47 AM

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

Tutela primera instancia

Accionante: José Gerardo Ramírez Ospina
Accionado: Estación de Policía del Municipio
de Marinilla - Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00088
(N.I. 2023-0304-5)



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, veintisiete de febrero de dos mil veintitrés

La demanda de tutela instaurada por José Gerardo Ramírez Ospina a través de apoderado en contra de la Estación de Policía del Municipio de Marinilla Antioquia **se admite** en sede de primera instancia por reunir los requisitos previstos en la ley.

Se vincula al Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia y al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses para que ejerzan su derecho de contradicción y defensa.

Se niega la medida provisional solicitada por cuanto no reúne los requisitos de necesidad y urgencia de acuerdo con el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991. No se observa que se haya solicitado al Juzgado el aplazamiento de la diligencia y que este se hubiese negado hacerlo.

Por la Secretaría, solicítesele a las autoridades accionadas que en el término de dos (2) días se pronuncien acerca de esta acción, para lo cual se les enviará copia de la misma, y en el mismo término, deberán aportar las pruebas que consideren pertinentes para ejercer su derecho de defensa.

Tutela primera instancia

Accionante: José Gerardo Ramírez Ospina
Accionado: Estación de Policía del Municipio
de Marinilla - Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00088
(N.I. 2023-0304-5)

COMÚNIQUESE Y 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: **4ae38d00d9250e4884a58fabbf0f6e792c2d34507eb9094f8a3277d6aaa6aaa6**

Documento generado en 27/02/2023 03:52:04 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 056973104001202300106 **NI:** 2023-0121-6
Accionante: ÓSCAR DAVID SUAREZ VARGAS
Accionada: ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE
PUERTO TRIUNFO (ANTIOQUIA) Y OTRO
Decisión: Revoca
Aprobado Acta No.: 31 de febrero 27 del 2023 **Sala**
No: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, febrero veintisiete del año dos mil veintitrés

VISTOS

El Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia), en providencia del día 23 de enero de 2023, resolvió la solicitud de amparo incoada por el señor Óscar David Suarez Vargas en contra del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo (Antioquia) y el Fondo Nacional de Salud PPL, declarando la carencia actual de objeto por hecho superado conforme a los servicios médicos solicitados y concediendo el tratamiento integral para la patología “*pterigión*”.

Inconforme con la determinación de primera instancia, el Fondo Nacional de Salud PPL, interpuso recurso de apelación que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de la presente acción constitucional fueron relatados por el Despacho de instancia de la siguiente manera:

“Relata el accionante que se encuentra recluido en el EPMSC de Puerto Triunfo – Antioquia, y que siempre ha cumplido con el Reglamento penitenciario.

Afirma que desde hace 3 años ha venido solicitando al Consorcio, se realice una revisión y posterior operación de las vistas, toda vez que presenta terigios, los cuales le disminuyen su capacidad visual, además de producirle dolor y molestia en su estado de salud.

Que ha sido valorado en 4 oportunidades por médico general, quien lo remitió a valoración por especialista, y requiere se programe una intervención quirúrgica del caso, la cual no ha sido posible por negligencia de las autoridades encargadas de la prestación del servicio de salud; dice que lleva esperando la cirugía desde hace 3 años, que en el último año ha presentado en 4 oportunidades peticiones verbales respetuosas, sin que se le brinde respuesta a las mismas y que cada día ve más disminuida su capacidad visual y los dolores son más frecuentes.

Acude a la acción de tutela pretendiendo el amparo de los derechos invocados como vulnerados y se ordene a las autoridades penitenciarias, realicen las acciones necesarias tendientes a prestarle el servicio de salud que requiere y le dé respuesta a las peticiones”.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Una vez admitida la acción de tutela el pasado 11 de enero del corriente año, se efectuó la notificación de las partes accionadas, esto es, al director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo, y al Consorcio Fondo de Atención en Salud a la PPL.

La apodera judicial del **Fideicomiso Fondo Nacional de Salud PPL bajo la vocería de Fiduciaria Central S.A.**, relata que carece de legitimación dado que el objeto del contrato suscrito con el fideicomitente tiene como objeto: *“ LA ADMINISTRACIÓN Y PAGOS DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE SALUD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD, DESTINADOS A LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DERIVADOS Y PAGOS NECESARIOS PARA LA*

ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD Y LA PREVENCIÓN DE LA ENFERMEDAD Y LA PROMOCIÓN DE LA SALUD A LA PPL A CARGO DEL INPEC". De acuerdo a los términos del contrato celebrado es el fondo quien debe dar cumplimiento con lo pretendido por la actora, pues estaría colocando una carga que no está legitimada en soportar.

Así las cosas, el 1 de diciembre de 2021 suscribió contrato de prestación de servicios de salud con la E.S.E. Hospital La María para la población privada de la libertad en el INPEC Puerto Triunfo. Por ende, es el Hospital La María se encuentra a cargo de la prestación de los servicios de salud a nivel intramural. Pues es obligación del INPEC y del Establecimiento Penitenciario donde se encuentre recluso, garantizar las condiciones y los medios de traslado de personas privadas de la libertad para la prestación de los servicios de salud.

Tras la validación en el aplicativo Millenium, el actor cuenta con la autorización para el servicio de *"consulta de primera vez por especialista en oftalmología"*, dirigido al operador E.S.E. Hospital La María, desconociendo los motivos por los cuales no se ha materializado el servicio autorizado o el mismo ya tiene una fecha de programación para su realización, correspondiendo al Inpec Puerto Triunfo agendar, programar y materializar el traslado del PPL en coordinación con el INPEC.

Al igual, es inexistente la vulneración al derecho fundamental de petición, pues no fue radicado derecho de petición alguno ante ese fondo. Informando que el actor presentó acción de tutela en iguales términos correspondiendo al Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Triunfo.

El representante judicial del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, señaló que esa dirección no tiene dentro de sus funciones legales el agendar, solicitar, separar citas médicas, prestar el servicio de salud, y demás de personas privadas de la libertad que se encuentran reclusas en alguno de sus centros carcelarios a cargo del Instituto. La competencia recae en la dirección del Establecimiento Penitenciario de Puerto Triunfo.

La abogada representante de la Empresa Social del Estado Hospital la María de Medellín, manifestó que relacionado al señor Oscar David, tenía programada cita de oftalmología para el día 19 de enero de 2023 a las 8:15 am, en Visión Integrados S.A.S, en Medellín. Derivado de ello, el especialista, determinará el tratamiento a seguir con el privado de la libertad. Por ende, solicitó declarar la carencia actual de objeto.

El **director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de puerto triunfo (Antioquia)**, emite respuesta al requerimiento manifestando que ese establecimiento y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec, no tienen la responsabilidad y competencia legal de agendar, solicitar, separar citas médicas, prestar el servicio de salud, pues la responsabilidad y competencia legal de la contratación supervisión, prestación del servicio de salud de las personas privadas de la libertad a cargo del INPEC es de competencia exclusiva de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios Uspec, Consorcio Fiducentral.

Por el contrario, tiene dentro de sus funciones el traslado de las personas privadas de la libertad a las diferentes dependencias al interior del Establecimiento y los desplazamientos que se deben realizar para la asistencia médica.

Finalmente solicita se desvincule a ese establecimiento del presente trámite constitucional por falta de vulneración de derechos fundamentales.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, luego el Juez *a-quo* analizó el caso en concreto.

El señor Oscar David Suarez Vargas, consideró vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, por parte de las autoridades penitenciarias, al no

prestarle los servicios de salud consistentes en valoración por especialista en oftalmología e intervención quirúrgica necesaria para el tratamiento de la patología que padece *pterigión*.

Recolectado el material probatorio, las entidades encausadas confirmaron que el actor tiene programada cita con especialista en oftalmología para el 19 de enero de 2023, en Visión Integrados S.A.S, Medellín.

Por su parte, el Área Jurídica del Establecimiento, informó que el actor fue valorado por especialista en oftalmología el 22 de diciembre de 2022, en la Clínica Oftalmológica de Laureles, quien le ordenó el procedimiento quirúrgico reclamado por el actor y para el cual tenía cita asignada el día 19 de enero de 2023, en la IPS Visión Integrados S.A.S, no obstante, la cita fue aplazada para el 25 de enero de 2023. Considerando que se configura el hecho superado.

Por otra parte, concedió el tratamiento integral requerido por el señor Oscar David Suarez Vargas para la patología "*Pterigión*" ante el Fideicomiso Fondo Nacional de Salud a la PPL, en coordinación con el área de sanidad del Establecimiento de Puerto Triunfo (Antioquia).

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, la apoderada judicial del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Fondo Nacional de Salud PPL, impugnó la misma, señalando que no es la entidad encargada para dar solución a lo requerido por el demandante, pues es el Inpec en coordinación con el Establecimiento de Puerto Triunfo los competentes para ello. Además, que el actor tiene programada la intervención quirúrgica para la *resección de pterigión*, el 10 de febrero de 2023 a la 1:00 pm, en la E.S.E. Hospital La María.

Cuestiona la orden de tratamiento integral por cuanto no es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.

Finalmente solicita modificar la orden impartida, pues el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Fondo Nacional de Salud PPL representado por Fiduciaria Central S.A., cumplió con sus obligaciones legales, trasladando la responsabilidad al Establecimiento de Puerto Triunfo y al Inpec.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicita el señor Óscar David Suarez Vargas la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por parte de la dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo (Antioquia) y el Hospital La María.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a esta Sala determinar si se encuentran vulnerados los derechos fundamentales a la salud del señor Óscar David Suarez Vargas, o por el contrario su pedido es improcedente por existir pronunciamiento anterior.

3. Cosa juzgada constitucional

Frente al tema que nos convoca la atención, la H. Corte Constitucional, se ha pronunciado por medio de la Sentencia SU027 de 2021, por medio de la cual señala lo siguiente:

“2.2. La cosa juzgada constitucional

2.2.1. *La cosa juzgada ha sido definida en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, y por la jurisprudencia como una institución que garantiza la seguridad jurídica y el respeto al derecho fundamental al debido proceso.*

De un lado, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 332, hoy artículo 303 del Código General del Proceso, establecen que << (...) la sentencia ejecutoriada proferida en proceso

contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...)>>.

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencias C-774 de 2001^[30] y T-249 de 2016^[31], definió a la cosa juzgada como una << (...) institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas (...)>>.

Como se expuso en párrafos precedentes, la presentación sucesiva o múltiple de acciones de tutela puede configurar una actuación temeraria y, además, comprometer el principio de cosa juzgada constitucional. Esto, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal constituye un ejercicio desleal y deshonesto de la acción, que compromete la capacidad judicial del Estado como también los principios de economía procesal, eficiencia y eficacia^[32].

De igual manera, ha sostenido que se predica la existencia de cosa juzgada constitucional cuando se adelanta un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de un fallo de tutela y, entre el nuevo proceso y el anterior, se presenta identidad jurídica de partes, objeto y causa^[33].

2.2.2. *Ahora bien, por regla general, un fallo de tutela queda amparado por la figura de la cosa juzgada constitucional en los eventos en los que la Corte Constitucional decide excluir de revisión un fallo o, si el mismo es seleccionado, esta se configura cuando queda ejecutoriada la providencia que expida este Tribunal.*

2.2.3. *No obstante, esta Corporación ha desvirtuado la configuración de la cosa juzgada en casos excepcionalísimos, entre ellos, los hechos nuevos. La anterior circunstancia puede dar lugar a levantar la cosa juzgada constitucional, así se verifique la identidad de partes, objeto y pretensiones.*

A continuación, se desarrollará una breve caracterización de la excepción a la cosa juzgada constitucional mencionada en precedencia.

Los hechos nuevos

2.2.3.1. *Una de las excepciones a la cosa juzgada constitucional se presenta cuando a pesar de existir un pronunciamiento anterior con la concurrencia de los elementos de identidad entre las partes, hechos y pretensiones expuestos, la parte solicitante alega la ocurrencia de un hecho nuevo.*

Específicamente, cuando se alega un hecho nuevo con base en la expedición de una sentencia judicial, la Corte en diferentes oportunidades y de manera reciente, se ha ocupado de analizar el alcance de un hecho nuevo y cuándo se configura.

Así, aclara que no cualquier pronunciamiento puede tomarse como un hecho nuevo, pues para ello se requiere, por un lado, que tenga vocación de universalidad como las sentencias de constitucionalidad y las de unificación^[34] y de otro lado que, en efecto, el nuevo fallo aborde situaciones jurídicas novedosas que no se hubiesen desarrollado con anterioridad^[35].

Bajo esta línea argumentativa, la excepción a la cosa juzgada constitucional, cuando se opone como argumento la expedición de un nuevo fallo, solo procede de manera excepcional para justificar la presentación de una acción de tutela posterior y deben concurrir los supuestos antes mencionados.

Asimismo, cabe resaltar, que esta Corporación enfatiza acerca de la importancia que tiene un hecho nuevo cuando la solicitud versa sobre el reconocimiento de prestaciones periódicas como las pensiones, lo cual, se reitera, no excluye la acreditación de los presupuestos exigidos por la jurisprudencia constitucional cuando se alega un hecho nuevo como excepción a la cosa juzgada, tal y como se expuso en párrafos anteriores. Esto es, que se trate de un fallo con efectos universales y desarrolle una ratio decidendi novedosa.

II. Temeridad en la acción de tutela^[21]

La Constitución de 1991 indica que la acción de tutela es un medio judicial residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, y en algunos casos de particulares. No obstante, existen reglas que no pueden ser desconocidas por quienes pretenden que se les reconozca el amparo a través de esta vía, una de ellas es no haber formulado con anterioridad una acción de tutela contra la misma parte, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones^[22].

Cuando una persona promueve la misma acción de tutela ante diferentes operadores judiciales, bien sea simultánea o sucesivamente, se puede configurar la temeridad, conducta que involucra un elemento volitivo negativo por parte del accionante. La jurisprudencia ha establecido ciertas reglas con el fin de identificar una posible situación constitutiva de temeridad. Sobre el particular, esta Corporación señaló^[23]:

*“La Sentencia T-045 de 2014 advirtió que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: **(i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones^[24] y (iv) la ausencia de justificación razonable^[25] en la presentación de la nueva demanda^[26] vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del demandante. En la Sentencia T-727 de 2011 se definió los siguientes elementos “(...) (i) una **identidad en el objeto**, es decir, que “las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental”^[27]; (ii) una **identidad de causa petendi**, que hace referencia a que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa^[28]; y, (iii) una **identidad de partes**, o sea que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado”^[29]. (negrilla fuera del texto original)***

En caso de que se configuren los presupuestos mencionados anteriormente, el juez constitucional no solo debe rechazar o decidir desfavorablemente las pretensiones, sino que además deberá imponer las sanciones a que haya lugar^[30].

¹ Corte Constitucional sentencia T-272/19

Asimismo, la Corte incluyó un elemento adicional a los mencionados anteriormente y afirmó que la improcedencia de la acción de tutela por temeridad debe estar fundada en el dolo y la mala fe de la parte actora. Concluyó esta Corporación que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista³¹.

4. Del caso concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

Ahora bien, se extracta de la petición constitucional que eleva el señor Óscar David Suarez, que protesta ante la dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo y el Hospital La María, con el fin de que se materialice la consulta con el médico especialista y la intervención quirúrgica denominada *resección pterigión de ambos ojos*, servicios médicos requeridos para el tratamiento de la enfermedad que padece.

En primer lugar, se debe puntualizar que por medio de sentencia de tutela N 357 del 10 de enero de 2023 el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Triunfo (Antioquia), falló solicitud de amparo constitucional la cual se identifica con la

presente acción de tutela, pues coexisten identidad de partes, identidad en el objeto pretendido y situación fáctica.

La cosa juzgada constitucional se aplica cuando en dos o más acciones constitucionales coexisten identidad de partes, identidad fáctica e identidad de pretensiones, así mismo la alta Corporación ha reseñado que no se puede prescindir de la figura de cosa juzgada constitucional cuando se presentan cambios parciales, los cuales no alteran la materia o el fin perseguido. ello trae como consecuencia que no se debe debatir nuevamente sobre controversias ya discutidas, para garantizar así la seguridad jurídica de los fallos judiciales.

Es preciso señalar que la Corte Constitucional, estableció un patrón que permite identificar cuándo se ha violado el principio de cosa juzgada, a saber: *“(i) que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia; (ii) que en el nuevo proceso exista identidad jurídica de partes; (iii) que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, o sea, sobre las mismas pretensiones; (iv) que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior, es decir, por los mismos hechos”*

En conclusión, una vez auscultadas las dos solicitudes de amparo, se vislumbran que las mismas versan sobre el mismo objeto o causa pretendida, es decir, solicita el actor la protección de su derecho a la salud, y en ese sentido se le programe y materialice cita con el médico especialista y la intervención quirúrgica ordenada por el médico tratante. Al igual que comparten idénticos hechos e identidad de partes. Es decir, coexiste identidad en el objeto pretendido, identidad de partes y situación fáctica.

Es evidente para esta Sala que el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, no debió entrar a conocer y decidir sobre los mismos hechos y pretensiones que ya habían sido debatidos por medio del fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Triunfo el 10 de enero de 2023, advirtiendo de ello el Fondo Nacional de Salud PPL en pronunciamiento desde el 11 de enero de 2023, lo que constituye en una omisión del despacho de primera instancia

por tanto su fallo es posterior lo que significa que debió despachar desfavorablemente la solicitud de amparo. Pues se encontraba en imposibilidad de pronunciarse sobre un asunto previamente resuelto.

Aunque en el presente caso no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, por cuanto, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la eventual revisión del fallo del Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Triunfo, lo cierto es que el presente asunto ya fue fallado por otra autoridad judicial.

Por otra parte, es importante resaltar que no se logró comprobar la mala fe en el actuar del señor Suarez Vargas, por cuanto no se estableció si lo ocurrido fue por desconocimiento del mismo en cuanto a la imposibilidad de interponer varias acciones de tutelas por los mismos hechos y causa pretendida, es por esto que queda descartada la figura de la actuación temeraria.

En consecuencia, no le queda otra alternativa a esta Sala que **REVOCAR** el fallo de tutela N 001 proferido por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia) del 23 de enero de 2023, y en su lugar se **DECLARA LA IMPROCEDENCIA** de la presente acción de tutela, conforme al fallo de tutela N 357 proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Triunfo el pasado 10 de enero de 2023.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de tutela del 23 de enero de 2023, proferido por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia), dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Óscar David Suarez Vargas, en contra de la dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo

(Antioquia) y el Hospital La María, y en su lugar se declara la improcedencia de la presente acción de tutela; de acuerdo a las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará por parte la secretaría de esta Sala, 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: **951eb6297795477b68072fb6def9f5280c824586da7c50bf98b7c9ee7ede8c02**

Documento generado en 27/02/2023 09:44:43 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DIRTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Proceso No: 05 761 61 00000 2021 00001 NI.: 2022-1932-6
Procesado: HUMBERTO ANTONIO JARABA HERRERA
Delito: Acceso carnal violento
Decisión: Confirma
Aprobado Acta virtual No: 25 de febrero 20 del 20223

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

Medellín, febrero veinte de dos mil veintitrés.

1. Objeto del pronunciamiento

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del pasado 1 de noviembre del 2022, emitida por el Juzgado Promiscuo de Circuito de Sopetrán.

2. Hechos.

Fueron descritos en la sentencia de primera instancia conforme a la acusación así:

“Durante el año 2015, antes del mes de noviembre, en dos oportunidades, la primera en la residencia del procesado y la segunda en la residencia de la víctima, ambas ubicadas en la vereda la miranda del municipio de Sopetrán, sujetándola por las manos, quitándole la ropa y las prendas con las que cubría su cuerpo de manera violenta, utilizando la fuerza física de su cuerpo para evitar que escapara, sin atender a las súplicas y gritos de esta para que no le hiciera daño, HUMBERTO ANTONIO JARABA HERRERA introdujo su pene

en la vagina de la menor víctima Daniela Vásquez Rojas cuando esta tenía solo 13 años de edad”

3. Sentencia de Primer Instancia.

En la sentencia de primera instancia, se hace un recuento de la prueba aportada en el juicio lo alegado por las partes, y se arriba a la conclusión de que se debe emitir una sentencia condenatoria bajo las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se hace referencia a contundencia y claridad del relato de la ofendida, quien para el momento del juicio ya es mayor de edad, y quien pese al paso de los años presenta un relato claro y detallado de los dos eventos en el que fue accedida carnalmente en forma violenta por el acusado, narrando como pese a sus suplicas, llanto y gritos fue accedida siendo sometida en forma violenta y precisando como llegó hasta el lugar de los hechos y como intervinieron para facilitar estos hechos dos personas entre ellas su progenitora.

Indicó el fallador que este relato aparece corroborado por la condena emitida en contra de MARISOL MURIEL GORDILLO y SOR VERÓNICA ROJAS, -madre de la víctima-; ciudadanas que fueron condenadas por el punible de PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD, y que demuestra que en efecto la acá ofendida fue ofrecida sexualmente al procesado.

Se ocupó igualmente de lo expuesto por la médica CLARA ELENA CHISCO TORRES, quien si bien es cierto examinó a la menor solo en el año 2017, encontró en el himen de esta rasgos de que se había presentado una desfloración lo que es compatible con el relato de la menor sobre el acceso carnal al que fue sometida.

Señaló además que conforme a lo relatado por la Comisaria de Familia GLORIA PATRICIA CHALARCA, y la trabajadora social OMAIRA DEL SOCORRO BARRIENTOS se tuvo conocimiento del proceso de intervención que se hizo con la ofendida de quien la comunidad reportaba estaba siendo utilizada para la prostitución, y este aspecto permite corroborar la narración de la menor, máxime que posteriormente se pudo establecer que la joven fue internada no por los motivos que expuso su madre de desobediencia y conducta de autolesión, sino porque esta buscaba mantener a la menor en silencio de lo ocurrido, y la presiono diciéndole que ocurrirá lo mismo con sus hermanos si contaba lo padecido, sin embargo al iniciarse el proceso con la menor, está en un proceso de resignificación y empoderamiento, pudo revelar lo que había vivido a manos de su madre, y las veces que fue abusada sexualmente.

Por último, se ocupa del testimonio del hermano e la ofendida DARWIN ANDRES LUNA quien pone de presente como el procesado visitó su casa muchas veces, como estaba pendiente de su hermana y los regalos y dadas que daba a su madre, lo que corrobora la cercanía del procesado con la ofendida, y la facilidad que tuvo entonces para perpetrar los dos eventos de acceso carnal por los que se le está llamado a responder.

Al responder a los alegatos de la defensa, se indicó en la sentencia que la misma se fundamentaría no en comentarios o rumores como lo menciona la defensa, sino en la prueba directa vertida en el juicio que parte del dicho de la ofendida, y la corroboración de sus dichos con las ya anotadas versiones del hermano de la víctima, así como lo mencionada por GLORIA PATRICIA CHALARCA, OMAIRA DEL SOCORRO BARRIENTOS, que permiten entonces arribar al grado de convencimiento necesario para la emisión de una sentencia condenatoria.

Impuso en consecuencia por el concurso de conductas punibles una pena de 194 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término

negando cualquier subrogado o beneficio, como autor del concurso de dos delitos de acceso carnal violento agravado.

4. De la Apelación.

La defensa del procesado solicita la revocatoria de la sentencia condenatoria de primera instancia por las razones que pueden resumirse así:

1. No existe corroboración periférica de la narración que la menor vierte en el juicio sobre lo ocurrido, no hay ninguna prueba que corrobore su dicho, y no es posible condenar simplemente con lo por ella narrado.
2. La sentencia no puede fundarse en rumores, o en prueba anónima las señoras GLORIA PATRICIA CHALARCA, OMAIRA DEL SOCORRO BARRIENTOS, informan en el juicio que la intervención que se hizo con DANIEL VASQUEZ ROJAS, se hizo con fundamento en un rumor, no existe prueba que corrobore que en efecto esta joven estaba siendo prostituida y los rumores, comentarios, no pueden servir para fundamentar una sentencia condenatoria.
3. Si bien es cierto hay una sentencia condenatoria en firme emitida contra las señoras MARISOL MURIEL GORDILLO y SOR VERÓNICA ROJAS, no por esto se puede tener como probado en este juicio, lo que sirvió de fundamento para la emisión de tal sentencia, debieron traer los testigos que sirvieron de fundamento para tal sentencia, si es que se pretenda probar en este juicio lo que allí se indica se acreditó.

4. ¿En relación a la declaración del hermano de la supuesta ofendida DARWIN ANDRES LUNA, que se contradice con lo narrado por DANIELA, cuestiona que no es claro si esta le conto a su hermano un mes después del primer evento? ¿O existió un solo evento? ¿O le conto inmediatamente después del primer evento? Darwin estaba presente en el segundo supuesto evento manifestado por Daniela? ¿O fue que Daniela le conto a Darwin posterior al segundo supuesto evento? ¿O será que simplemente el hecho no existió? Las inconsistencias entre lo narrado por estos dos hermanos, ponen en seria duda la credibilidad dela supuesta ocurrencia de los hechos supuestamente reportados por DANIELA.

5. Para resolver se considera.

Procede la Sala a ocuparse de los planteamientos de la defensa con los que busca se revoque la sentencia condenatoria emitida en contra de HUMBERTO ANTONIO JARABA HERRERA, como autor de un concurso de conductas punibles de acceso carnal violento agravado.

Lo primero que debe advertirse es que la única testigo presencial de los hechos como es común en este tipo de delitos es la misma víctima, quien concurre al juicio, cuando ya es mayor de edad, varios años después y narra con precisión la forma como fue accedida carnalmente por lo menos en dos oportunidades por el ahora procesado, eventos que se presentaron porque su progenitora y una dama que identifica como MARISOL, facilitaron que los mismos ocurrieran. Igualmente relató como ella por su corta edad y la presión de su progenitora, solo vino a poner de manifiesto lo ocurrido cuando se encontraba interna en la institución LUARA ACUÑA, y allí después de recibir atención psicológica, pudo develar los eventos de violencia sexual que había vivido. Este relato como se menciona en el fallo de primera instancia, aparece claro, coherente, y digno de crédito a pesar de que por el

paso del tiempo la declarante este en imposibilidad de señalar fechas exactas de la ocurrencia de los hechos, sin embargo, por los datos que suministra la premisa de la acusación, sobre la cantidad de eventos y el lapso de tiempo dentro del cual se presentaron resulta corroborado por su dicho. No debiendo llamarnos a extraño la imposibilidad de establecer fechas exactas pues cuando ella declara ya en el año 2020, ya es mayor de edad, y viene a notar eventos ocurridos cuando apenas contaba con 13 años de edad los que además resultaron altamente traumáticos visto que truca su proceso de formación sexual, y además solo se bien a develar lo corrido varios años después cuando se encuentra interna en la institución LAURA ACUÑA y allí ya después de cumplir sus quince años, es que pone de presente al persona que le presta atención psicológica lo que vivió años atrás, y la forma como su progenitora intervino para que tales hechos se presentara, eso explica entonces no precisa fechas, sino un rango de tiempo en que fue sometida a tocamientos, pero las premias fácticas de la acusación, están precisamente en ese mismo rango de tiempos, pues allí no se incluyeron días exactos, por lo tanto, el testimonio de la menor si prueba lo planteado en la acusación, así se itera ella no pueda decir en concreto que días exactamente fue accedida carnalmente, y como se ejecutó la violencia para doblegar su voluntad, pese a que ella trato por todos los medios evitar ser accedida carnalmente no lográndolo vista la condición física de su agresor, y la actitud de su progenitora que facilitó la ocurrencia de los hechos.

Ahora bien, la defensa, cuestiona que se tomen los dichos de la Comisaría de Familia Comisaria de Familia GLORIA PATRICIA CHALARCA, y la trabajadora social OMAIRA DEL SOCRRO BARRIENTOS, como de corroboración del dicho de la ofendida, pues la Comisaria de Familia narra que por comentarios que recibió en relación a que una joven estaba siendo prostituida inicio su intervención, al respecto debe precisarse que ni la Comisaria de Familia, ni la trabajadora OMAIRA DEL SOCRORRO BARRIENTOS quien atendió a la ofendida en el internado MADRE LAURA ACUÑA, presenciaron los hechos materia de investigación, ellas concurren al juicio y deponen sobre la intervención que hicieron en relación a DANIELA VASQUEZ ROJAS, y como la menor indicó que su

madre facilitaba que se presentaran los hechos de violencia sexual que padecía y la presionaba para guardar silencio al respecto, sin embargo como ellas no presenciaron lo ocurrido claro es que no puede suministrar mayor ellas no pueden arrojar mayor información sobre los hechos materia de juzgamiento, salvo la referente a la develación que finalmente la joven hizo ante la trabajadora social BARRIENTOS, pero aquí sus dichos son de referencia sobre lo ocurrido, y solamente directos sobre el proceso de develación.

Sin embargo y pese a que en efecto ellas no presenciaron nada de lo ocurrido, y sus referencias sobre los hechos sería simple prueba de referencia al narrar lo que la menor les comentó, si arrojan información valiosa para entender porque la menor tardó tanto tiempo en comentar lo ocurrido, pues solo después de un proceso en el internado en donde estaba es que la joven decide contar lo que había padecido años atrás, como fue accedida carnalmente y como su madre intervino en tal proceso, como lo narra la señora OMAIRA DEL SOCORRO BARRIENTOS, no es entonces por los rumores que pudo oír la Comisaria sobre la situación que se venía presentando con una adolescente del municipio de SOPETRAN y que al parecer estaba siendo prostituida, es que se encuentra más sólido el dicho de la menor, pues como lo resalta la defensa, imposible sería entrar a derruir la presunción de inocencia con información anónima, proveniente de rumores. Se itera, lo que permite darle mayor credibilidad al dicho de la ofendida, no son los rumores que ellas pudieran haber escuchado, es la información que dan sobre el proceso de develación de la menor, lo que permite entender porque los hechos solo se notician varios años después de ocurridos, y exponen que los mismos no se noticiaron antes precisamente por la presión que pudo ejercer la madre sobre la joven.

Ahora bien, en el fallo de primera instancia, se hacen varias referencias a una sentencia condenatoria emitida en contra de las señoras MARISOL MURIEL GORDILLO y SOR VERÓNICA ROJAS por el delito proxenetismo con menor de edad, y hasta se transcriben algunos apartes de tal sentencia, revisando lo ocurrido al respecto, se tiene que al juicio se trajo como prueba una copia de dicha providencia- concretamente la sentencia de segunda instancia emitida por esta Corporación-, esta como

documento prueba que es da cuenta de dos damas, una de la cuales, la señora SOR VERONICA ROJAS, resulta ser la madre de la ofendida, prueba, simplemente que persona fueron condenadas por dicha ilicitud, pues imposible es tomar como prueba trasladada las menciones que se pudieren hacer en dichas provincia, de las declaraciones que se rindieron en dicho proceso, las cuales además se debe resaltar buscaban establece la responsabilidad de esas dos damas en el delito de proxenetismo con menores de edad, sin que sirva de manera alguna para suplir el deber de probar otros delitos diversos que se le están imputando a una persona diversa, como lo que son materia de juzgamiento, sin embargo dicha sentencia condenatoria, si deja sentado que la madre de la menor es condenada por la ilicitud de proxenetismo con menor, por lo tanto la narración que hace la menor sobre el entorno en el que se producen los accesos carnales de los que fue víctima, si resultan creíbles, pues si es cierto que su madre se dedicaba a la actividad de prostituir menores de edad, independientemente de que en efecto imposible resulte tomar como aparente prueba trasladada, las versiones que pudieran consignar dicha sentencia, sobre declaraciones u otras pruebas que hagan referencia a los hechos que aquí se están juzgando, pues no solo dicha prueba trasladada¹ resulta inadmisibile en el proceso penal regido por la Ley 906 del 2004, sino que además la sentencia solo puede probar lo que finalmente se concluye en ella que unas persona fueron condenas por un delito cometido en determinadas circunstancias, no la responsabilidad de otra personas que eventualmente pudieren ejecutar conductas relacionada con la conducta punible por la que fueron condenada las dos damas prenombradas.

Sin embargo como se viene diciendo, la solidez y contundencia del dicho de la ofendida, se mantiene incólume, y debe aquí resaltare otro aspecto, si fuera mentira lo que la joven narra, evidente es que no había rastros en su himen de un acceso carnal ,pero la valoración que realizara la médico CLARA ELENA CHISCO TORRES, a la ofendida, si encontró un himen con desgarrar antiguo, lo que corrobora entonces la versión de la menor, ahora bien, es cierto, tal valoración se hizo años después de ocurridos los hechos, cuando la joven devela el evento ya cuando contaba con 15 años de edad, sin embargo, pese a este paso de tiempo, que podría significar que exigieran otras relaciones sexuales,

¹ Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia AP 5787 DEL 2015 precisa: *En cuanto a las pruebas practicadas en otros trámites, debe considerarse que en el sistema reglado en la Ley 906 de 2004 no opera la figura de la prueba trasladada.: Así, si una parte considera pertinentes los medios de prueba usados en otra actuación, debe agotar los trámites atinentes al debido proceso probatorio”.*

lo cierto es que como se advierte inicialmente, la existencia de un desgarro antiguo hace más creíble la versión que DANIELA rinde en el juicio.

Por último, debe indicarse que la credibilidad del dicho de la joven DANIELA, es controvertida por la defensa, al comparar lo por ella narrado con lo que menciona su hermano materno DARWIN ANDRES LUNA ROJAS, a quien ella develó inicialmente lo ocurrido, mucho antes de que comentara lo mismo a la Trabajadora social y se pusiera la respectiva denuncia. Analizando estos dos testimonios tal y como lo resalto el fallador de primera instancia, se aprecia, que el joven si corrobora en tiempo y espacio la narración de la menor, y un aspecto trascendente la indolente actitud de la madre frente a las reclamos que este le hacía, y las mociones que hace de la familiaridad que tenía su progenitora con el aquí acusado que no dudaba en darle regalos y atenciones a su madre, por lo tanto aunque evidente es que él no presencié los hechos, si corrobora el entorno de los hechos, la familiariza de su madre con el procesado, la actitud de esta cuando él le reclama por lo ocurrido a su madre que nada hace, estos aspectos indudablemente hacen más creíble el dicho de la ofendida, de porque llegó a estar con él aquí acusado, y porque prácticamente su madre y otra amiga , facilitar la ocurrencia de los dos acceso que ella Nara padeció, si hace mi creíble el dicho de DARWIN ANDRES LUNA, entonces lo arrimado por la ofendida, así este no presenciara los hechos.

Debe además resaltarse que la defensa, tomando parte de lo dicho por este joven y por la ofendida sobre cómo fue que ella le comento lo ocurrido, acomoda las dos versiones para hacer pensar que hay una evidente contradicción entre lo narrado por DARWIN y por DANIELA cuando lo cierto es que tal contradicción no existe, pues el joven no presencié los hechos, solo se enteró de los mismos después de que su hermana le develó ocurrido, y el buscó entonces reclamarle a su progenitora por lo ocurrido, no debiendo dejar de lado que el para ese momento ,como para el momento que declara en el juicio aun es menor de edad, entonces sino vio lo ocurrido, si solo narra lo que oyó, claro es que su relato no pudo coincidir exactamente con el de su hermana materna, que él no suministre toda la información que DANIELA si hace en el juicio, sobre la veces y forma de los hechos, no implica que lo que esta joven menciona no ocurre, pues como se viene diciendo este no es un

testigo presencial de tales hechos, solo de la develación de lo que el oyó decir a su consanguíneo, pero si es testigo directo de la actitud de su madre ante su reclamo y de cómo el vio al procesado frecuentar su hogar, y las dadas que le daba a su madre y este entorno con se viene diciendo si hace más creíble el dicho de la ofendida, pues precisamente concuerda con lo que ella narra rodeo la ocurrencia de los dos eventos de acceso carnal que padeció.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la declaración de quienes son víctimas de delitos sexuales especialmente cuando son menores de edad precisa:

En efecto, aunque el testimonio del niño víctima de abuso ostenta alta confiabilidad y tiene la capacidad de otorgar importantes elementos de juicio sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad del procesado, como cualquier otro medio de convicción debe ser ponderado bajo los parámetros de la sana crítica. En tal contexto, las circunstancias que rodean la declaración, así como el cotejo con los otros medios de convicción recaudados, adquieren especial relevancia.”²

Aquí contamos con el testimonio de una joven, que si bien es cierto cuando declara ya es mayor de edad, pone en evidencia eventos ocurridos cuando era menor de edad, su relato resulta coherente y claro, en desarrollo del juicio se estableció como fue el proceso de develación de los eventos de violencia sexual que padeció, y porque estos solo se noticiaron años después, así el hermano de la ofendida los conociera al poco tiempo de ocurridos, de otra parte quedó acreditado el entorno en el que se presentaron los hechos, en especial la actitud de la madre, que permitió la ocurrencia de los mismos, y que permite también explicar porque esta no conto a los demás lo ocurrido antes, igualmente no hay evidencia medica que haga inverosímil lo narrado por la menor, por lo tanto no encuentra la Sala posible entrar a revocar la sentencia condenatoria materia de impugnación visto la solidez y contundencia del relato de la menor y la corroboración de varios aspectos de su dicho que

² CSJ., SP 07 dic. 2011 Rad. 37044

se da con las prueba arrimadas al juicio, así en efecto no se cuente con ningún otro testigo presencial de lo ocurrido.

Por último debe advertirse como lo precisó el fallador de primera instancia, la prueba ofrecida por la defensa en el juicio, que da cuenta de la forma como esos testigos ven al procesado en el entorno en que se manifestó en nada hacen menos creíble el dicho de la ofendida, no debemos olvidar que estos delitos se cometen como ocurre en este caso a buen resguardo lejos de los ojos públicos, por lo tanto no puede llamarnos a extraños que estas personas no sepan nada de lo eventos de acceso carnal llevados a juicio.

En ese orden de ideas la providencia materia de impugnación deberá ser confirmada

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia materia de impugnación emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán, el pasado 1 de noviembre del 2022 en la que se condenó a HUMBERTO ANTONIO JARABE HERRERA como autor de un concurso de conductas punibles de acceso carnal violento.

SEGUNDO: Contra lo aquí resuelto procede el recurso extraordinario de casación que debe interponerse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **3f9dd7d4c7836b66156dcafe16104bfa5c6ecaefba3666324f7605a0108527e8**

Documento generado en 20/02/2023 09:36:28 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 No:058376000367201206288

NI: 2022-1579

Condenado: JHON JAMINSON CUESTA LEUDO

Delito: Lesiones personales

Motivo: Apelación sentencia incidente de reparación

Decisión: Modifica.

Aprobado por medios virtuales m acta No. 25 de febrero 20 del 2023

Sala No: 6

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

Medellín, febrero veinte del dos mil veintitrés

I. Objeto del pronunciamiento

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima contra la sentencia del pasado 2 de septiembre del 2021 del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Turbo, que puso fin al incidente de reparación integral. Dicha actuación solo arribó a esta Corporación el pasado 13 de octubre del 2022.

II. Hechos y actuación procesal relevante

Los hechos que generan la presente actuación se presentaron el pasado 12 de agosto del 2011 a las 05 y 45 de la mañana, en la vía que conduce al corregimiento de Nueva Colonia de Turbo, el conductor del vehículo de placas IYH 154, JHON JAMINSON CUESTA LEUDO que prestaba el servicio de transporte a los trabajadores de la Finca Racho Amelia, pierde el control del vehículo cayendo a un canal o zanja, resultando lesionado YEIMER MURILLO

MORENO con una incapacidad de 150 días y como secuelas una perturbación funcional del miembro inferior derecho y una perturbación funcional del órgano de la locomoción.

El pasado 8 de octubre del 2014 el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Turbo emitió sentencia condenatoria que fue confirmada por esta Corporación el pasado 22 de abril del 2015.

Por intermedio de apoderado judicial el señor YEIMER MORENO, interpone incidente de reparación integral, en el que solicita se condene a JHON JAMINSON CUESTA LEUDO como penalmente responsable, y a la empresa COOPERATIVA DE TRANSPORTE DEL DARIEN COTRANDAR- empresa a la que se encuentra afiliado el vehículo de placas IYH 154, MANUEL MOSQUERA URRUTIA – propietario del precitado vehículo y la agrícola EL RETIRO S. A.S- empresa para que la laboraba el lesionado, en calidad de terceros civilmente responsables, igualmente se llamó a responder a la COMPAÑÍA DE SEGUROS LA EQUIDAD, en virtud de póliza de responsabilidad contractual que cubría a los pasajeros del vehículo de placas IYH 154.

Las pretensiones económicas que fundamentan el incidente de reparación integral son las siguientes:

Como perjuicios materiales la suma de \$117.360.444 S.M.L.M.V por lucro cesante consolidado, \$ 214.016.458 por lucro cesante futuro. Igualmente, como perjuicios morales reclamó por daño en la salud la suma de 400 S.M.L.M.V. y como daño psicológico la suma de 800 S.M.L.M.V, igualmente deprecó se ejecuten actos de reparación simbólica dando acompañamiento a la víctima, y comprometiéndose con no repetir conductas como las ejecutadas.

El trámite incidental fue manifiestamente tortuoso en el tiempo, desde la primera audiencia tanto la compañía AGRICOLA EL RETIRO, como la compañía de seguros LA EQUIDAD,

plantearon la caducidad y prescripción de la acción, igualmente la compañía de seguros señaló que la póliza de responsabilidad contractual cubría al propietario del vehículo y este era una persona diversa a la aquí demanda, no fue posible que se lograra un acuerdo en la primera audiencia de trámite del incidente, y al inicio de la segunda audiencia de ofrecimiento de prueba, la compañía aseguradora hizo una propuesta de reparación que no fue aceptada por el abogado de la víctima, culminado el debate probatorio, después de 6 años se oyeron los alegatos de conclusión, se emitió el fallo correspondiente, quedando en los anaqueles del juzgado de primera instancia un año más la actuación hasta que fue remitida a esta Corporación.

III. Sentencia de Primera Instancia trámite incidental.

Inicia con un recuento del proceso penal, lo actuado dentro del trámite del incidente de reparación integral y un análisis de las pruebas aportadas, y lo alegado por las diferentes partes en el trámite incidental.

Inicialmente se ocupó de los planteamientos sobre la caducidad para interponer el incidente de reparación integral señalando que los mismos no tienen ningún asidero pues emitida la sentencia de segunda instancia por el Tribunal Superior de Antioquia el pasado 22 de abril del 2015, el respectivo incidente se presentó el día 29 de abril del 2015, por lo que no es de recibo lo planteado por los incidentante, que ya había caducado la oportunidad de interponer el respectivo incidente.

Igualmente, no hay lugar a decretar la prescripción alegada por el representante legal de la empresa AGRÍOLA EL RETIRO, pues no es cierto que solo fue notificado en el año 2019, sino que como consta en la actuación, tal notificación del admisorio del incidente de reparación integral se hizo el día 9 de noviembre del 2015, en ese orden de ideas, notificado el demandado se interrumpe el término de prescripción de la acción civil.

En cuanto a lo manifestado ir la representación de SEGUROS LA EQUIDAD, que la póliza en virtud de la cual son convocados a este trámite fue tomada por la señora VICTAR JULIA CAMACHO VELASQUEZ, y dicha dama no fue vinculada al incidente, advirtió que en el historial del vehículo inicialmente aparece esta señora como propietaria pero esta trasfiere el mismo a la señor MANUEL MOSQUERA URRUTIA, lo cierto es que como el demandado no es el tomador de la póliza no puede la compañía de seguros entrar a cubrir las pretensiones de la parte incidentante, pues no hay una relación sustancial que los una.

Adentrándose ya en lo referente a los montos reclamados en el incidente, señaló que es deber de la parte incidentante demostrar los perjuicios que reclama y en el presente trámite no se logró acreditar lo pretendido en el incidente de reparación, en primer lugar se ocupó de lo ocurrido con el reconocimiento final de una pensión por invalidez por enfermedad general, y el trámite previo a este, que permitió establecer que la supuesta perturbación funcional en la locomoción y pierna del incidentante, no tiene relación alguna con el accidente de tránsito, sino que es consecuencia de una enfermedad común, razón por la cual no se le reconoció ninguna prestación de pensión por accidente de trabajo, sino que finalmente se le dio una pensión por enfermedad general, en ese orden de ideas, imposible resulta entrar a tener por demostrado que en efecto existió una perturbación permanente que dé lugar a indemnización por lucro cesante.

Como las pretensiones de la parte actora no se demostraron imposible es entrar a condenar al pago de reparación alguna, en ese orden de ideas, se desestimaron las pretensiones del incidentante y se le condenó al pago de costas y agencias en derecho.

IV. Apelación

Inconforme con la sentencia de primera instancia el apoderado de las víctimas interpuso recurso de apelación que fundamenta en las siguientes premisas:

En la sentencia de primera instancia se desconoce la prueba pericial que sirvió de fundamento para la sentencia condenatoria en materia penal y que estableció cuales eran las secuelas que dejó la lesión padecida por el señor YEIMER MORENO, no es posible como se hace en el fallo del incidente de reparación integral entra a considerar las evaluaciones que se hicieron para el reconocimiento de pensiones y desconocer lo que ya es cosa juzgada sobre la magnitud de las lesiones e indicar que las secuelas no existieron y estas se deben a una enfermedad común y no a las lesiones producidas en el accidente de tránsito pues esto es ir en contra de la cosa juzgada penal, advierte que dicho tema quedó zanjado en la sentencia de segunda instancia donde se precisó que esas si eran las lesiones padecidas por su representado, se debe entonces reconocer los perjuicios materiales y morales que se ocasionaron con tales lesiones, las establecidas en el proceso penal, no las que ahora indica la falladora de primera instancia.

No se encuentra de acuerdo con la desvinculación de seguros la equidad, dicha compañía debe responder por amparar el vehículo que está involucrado en los hechos que fueron juzgados en materia penal, y con los que se cometieron las lesiones personales por las que se condenó a CUESTA LEUDO, no es de recibo que ahora no responda porque el supuesto tomador del seguro sea una persona diferente a las demandas en el incidente de reparación, el seguro debe responder por que ampara el vehículo involucrado en los hechos aquí investigados.

En el expediente virtual remitido por la primera instancia no hay constancia de pronunciamiento por parte de los no recurrentes.

V. Para resolver se considera

Procederá la Sala a ocuparse de los planteamientos del recurrente lo primero que deberemos entonces entrar a establecer es que es lo que se debe probar en un incidente

de reparación integral.

Tal y como lo ha decantado la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la finalidad probatoria del incidente de reparación integral es la siguiente:

“Si bien en principio la sentencia condenatoria sustenta la causación del daño producto del punible, configurándose así la fuente de obligación civil, no puede por este solo hecho pretenderse la indemnización de perjuicios bajo una apreciación meramente subjetiva, ausente de todo sustento probatorio, en tanto aquella debe estar soportada en una verdadera afectación, trascendiendo de una alegación enunciativa a un plano probatorio que demuestre la proporcionalidad entre el daño y la reparación.

Se trata entonces, de realizar una nueva labor probatoria, disímil a la realizada en el trámite procesal, esto si en cuenta se tiene que i) el incidente de reparación es un mecanismo accesorio al proceso penal, es decir posterior a la sentencia condenatoria, ii) no se busca declarar la responsabilidad penal del procesado sino la civil, por lo que los medios probatorios deben dirigirse a demostrar supuestos de hechos concretos que cuantifican un daño y no que definen a la responsabilidad de la conducta, y iii) se rige por las disposiciones de la normatividad civil en lo no regulado por la Ley 906 de 2004.¹

En ese orden de ideas, no es objeto del incidente de reparación integral discutir la responsabilidad del acusado o alguno de los supuestos que sirvieron para la emisión de la sentencia condenatoria, como sería para el caso que aquí nos ocupa la incapacidad que generó el mismo, las otras afectaciones en la salud que sirvieron para establecer el tipo penal, se presentaron o no pues esto ya fue discutido en el proceso penal, el objetivo del incidente de reparación integral es uno diverso, cual es el monto de los perjuicios que tales lesiones produjeron con la comisión del delito.

Por lo tanto no resulta acertado pretender como finalmente se hizo en el incidente de reparación, reabrir un debate ya cerrado sobre si en efecto consecuencia de las lesiones padecidas por YEIMER MORENO el pasado 12 de agosto del 2011, después de que el vehículo en el que viajaba y era pilotado por CUESTA LEUDO, le acarrearon o no una

¹ SP 663 DEL 2017

perturbación funcional del miembro inferior derecho y una perturbación funcional del órgano de la locomoción, pues se itera esto ya fue definido dentro del proceso penal, debiéndose advertir como lo resalta el impugnante, que precisamente uno de los motivos de inconformidad de la defensa con la sentencia penal de primera instancia, lo fue si en efecto las lesiones padecidas por YEIMER MORENO, era producto del accidente de tránsito o tenía una causa diversa, y tal controversia se sanó finamente al emitirse la sentencia penal de segunda instancia el pasado 22 de abril del 2015, donde se reafirmó que la incapacidad era la establecida por el Instituto de Medicina Legal, por lo tanto se itera imposible es ahora reabrir un debate ya cerrado sobre cuál es la magnitud de la incapacidad y perturbaciones que generó las lesiones padecidas por YEMIER MORENO.

Aclarado este punto, debemos ocuparnos entonces de lo que se probó como perjuicios, y en consecuencia si hay o no lugar a disponer el pago de estos, que el incidentante fijó como lucro cesante consolidado y futuro, además de daño en la salud y daño psicológico.

Inicialmente nos ocuparemos del el lucro cesante, que consistiría en los ingresos que dejó de percibir YEIMER MORENO consecuencia de la incapacidad de 150 días y de las secuelas consistentes en perturbación funcional del miembro inferior derecho y una perturbación funcional del órgano de la locomoción.

Revisado el acervo probatorio llevado al juicio, tenemos que se acreditó la vinculación laboral de YEIMER MORENO con la agrícola el RETIRO, igualmente se demostró que durante el tiempo inicial de incapacidad del señor MORENO, recibió la cobertura de la seguridad social por un accidente de trabajo, reconociéndose diversas incapacidades por la EPS COOMEVA² y la ARL POSITIVA³- como consta en los documentos presentados por los

² Documento de pago de incapacidades y proceso de reconocimiento de pensión por AFP HORIZONTE, visibles en el archivo 46 del expediente virtual bajo el nombre COOMEVA REMITE.

³ Documento proceso de calificación de la incapacidad y tramites posteriores en POSITIVA ARL, visibles en

incidentados al concurrir a la audiencia de pruebas dentro del trámite del incidente de reparación integral, y visto que presentaba unas afectaciones permanentes como las que afectaban su locomoción y la perturbación funcional del miembro inferior, después de varias evaluaciones de la pérdida de su capacidad laboral, con la Junta de Evaluación y un trámite al interior de la ARL POSIRIVA que consideró que las secuelas que presentaba el señor MORENO no era consecuencia de un accidente de trabajo sino una enfermedad común, lo que generaba la pérdida de sus funciones de locomoción, se le reconoció una pensión enfermedad general, pensión que le reconoció el sistema de seguridad social, tal y como se acreditó con las certificaciones aportadas en el trámite incidental donde como consecuencia del reconocimiento de una pérdida de capacidad laboral del 54.55 %, que dio origen a que finalmente la administradora del fondo de pensiones a la que estaba afiliado el señor MORENO le reconociera el pago de una pensión, visto que no se acreditó que tal pérdida tuviera origen en un accidente de trabajo sino que se catalogó como consecuencia de una enfermedad común.

Evidente es entonces independientemente de que se considere accidente de trabajo o consecuencia de una enfermedad común, los padecimientos sufridos consecuencia de las lesiones padecidas el pasado 12 de agosto del 2011, el lucro cesante, que no es otra cosa que la pérdida de su salario, si fue cubierto por el reconocimiento de las incapacidades y posteriormente por el reconocimiento de una pensión por invalidez, por lo tanto, no se puede ahora pretender se condene nuevamente al pago de lo reconocido en tales incapacidades y en la pensión por la pérdida de la capacidad laboral en favor de quien estuvo incapacitado pues estaría recibiendo un doble pago por un mismo hecho, pues no se puede una indemnización concomitante con el reconocimiento que se hizo de la incapacidad laboral.

Ahora bien, que la pensión que finalmente se le reconociera al señor MORENO, no sea del

100% de sus ingresos como empleado de la empresa para la que laboraba al momento de sufrir sus lesiones, no implica de manera alguna que deba reconocerse una diferencia con la pensión otorgada que parte de una incapacidad del 55.55%, pues precisamente esta fue la merma en la capacidad laboral que generó sus lesiones, por lo tanto no se puede predicar que se le deba reconocer como lucro cesante futuro una suma adicional, por todos los años de vida probable, pues ya está recibiendo una pensión acorde a la limitación que finalmente se generó en su salud.

Aquí la Sala debe advertir que las partes y la falladora de primera instancia, se enfrascaron en una discusión sobre si las lesiones padecidas por el señor MORENO, era producto de un accidente de trabajo o de enfermedad general, situación que es ajena al trámite de este incidente donde lo que se busca es establecer si hay o no lugar a reconocer una indemnización por los perjuicios ocasionados con el accidente, no que esta sea o no un accidente de trabajo, como el sistema de seguridad social pagó los días de incapacidad laboral que tuvo el señor MORENO consecuencia de las lesiones padecidas por los hechos ocurridos el 12 de agosto del 2011, y de una pensión por las limitaciones que se encontraron en la capacidad de laboral del señor MORENO, no en cuenta la Sala como se viene diciendo motivo para reconocer una reparación paralela por tal motivo.

De otra parte se debe advertir, que nunca la parte incidentante demostró cual era el monto de los ingresos del señor MORENO en las ocupaciones adicionales a su trabajo en la finca-Rancho Amelia con la empresa AGRICOLA EL RETIRO como para considerar que exista algún lucro cesante adicional que deba ser reconocido por no estar cubierto en lo que el sistema de seguridad social ya le cubrió al incidentante, y aun a la actuación se allegaron las declaraciones de las señoras MARIA ESTELLA MURILLO Y YESICA MURILLO donde informaban las diversas ocupaciones que tenía YEIMER MORENO, nunca en sus dichos establecieron cuales eran sus ingresos por tales actividades, imposible entonces resulta ahora sin probarse cuál era el monto de esos ingresos adicionales se entre a establecer una indemnización sin que la parte que lo reclama hubiere aportado elementos de prueba que

así lo acrediten, por lo que como lo concluyó la falladora de primera instancia en este punto no resulta posible reconocer una indemnización por este concepto.

Los otros perjuicios que se reclaman en el incidente de reparación integral son los morales que el incidentante denomina daño en la salud y perjuicios psicológicos. Sobre el primer tipo de perjuicio solicitado se debe advertir, que el daño en la salud, es un concepto propio de la responsabilidad del estado, adoptado por el Consejo de Estado que al respecto señala: *“el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona, y de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada⁴”*. Preciado, el alto tribunal que, al tasar el mencionado perjuicio, la forma de su liquidación es de 10 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV); sin embargo, en casos excepcionales y de extrema gravedad se podrá incrementar hasta 400 SMLMV, siempre que se pruebe por interés de parte con base a la naturaleza y gravedad de la lesión.

Este tipo de perjuicios, al igual que el denominado por el incidentante daño psicológico, en materia de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito, se engloban en los denominados perjuicios morales, los cuales a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción contencioso-administrativa tienen una denominación y una forma diversa de reconocerse al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisa:

“El daño moral comporta el menoscabo a la dimensión afectiva, los sentimientos, el amor en la familia, la parte social, los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; por lo mismo, no puede establecerse a partir de métodos matemáticos como acontece con los perjuicios materiales. Varios criterios ha desarrollado la jurisprudencia para calcularlos: “Dada la inasible naturaleza del daño no patrimonial, debe buscarse, ‘con ayuda del buen sentido (...) y con apoyo en hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de los damnificados reclamantes, una relativa satisfacción para

⁴ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 25000232600020030086301 (33302), Ago. 26/2015

estos últimos proporcionándoles de ordinario una suma de dinero que no deje incólume la agresión, pero que tampoco represente un lucro injustificado que acabe por desvirtuar la función institucional que prestaciones de ese linaje están llamadas a cumplir' (sentencia de 25 de noviembre de 1992. Expo. 3382); consideraciones éstas que aun cuando se expresaron con relación al daño moral, resultan perfectamente aplicables a toda clase de perjuicio extrapatrimonial, incluido el daño a la vida de relación. A diferencia de la estimación de los perjuicios patrimoniales, para los que existen en la mayoría de las ocasiones datos objetivos que sirven de apoyo para su cuantificación, el perjuicio extrapatrimonial ha estado y seguirá estando confiado al discreto arbitrio de los funcionarios judiciales, lo que no 'equivale a abrirle paso a antojadizas intuiciones pergeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas, sino que a dichos funcionarios les impone el deber de actuar con prudencia, evitando en primer lugar servirse de pautas apriorísticas...'. (Resaltado fuera de texto) No pueden, por tanto, fijarse o establecerse parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio, pues cada caso concreto ofrece particularidades que deberán ser apreciadas por el juez al momento de hacer la correspondiente tasación". Igualmente, se ha diferenciado entre el daño moral subjetivo y el objetivado: "Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de él en forma concreta, determinada y determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados e indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación. (...) La injuria al sentimiento del amor filial o al del honor puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y perjuicios morales objetivados. El hijo de un hombre que muere en un accidente experimenta el dolor o la pena natural a la privación del afecto de su progenitor, pena subjetiva, síquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado aflictivo o depresivo, una merma o disminución en sus facultades o aptitudes para el trabajo que reduzcan su esfuerzo y afecten consecuentemente su patrimonio material. El comerciante que pierde su reputación sufre una pena síquica por la misma causa, daño inestimable pecuniariamente, y puede también recibir un daño moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimientos de su negocio, debidos a su inhibición para el trabajo, que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas, porque la pérdida del crédito le trastorna el negocio. '(...) El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio, por la pérdida de su crédito, causada por la difamación; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretarle en cifras numéricas. Pero no puede decir lo propio del daño moral no objetivado. (G.J. LVI, 672; LXXX, 657; CLII1, 142, entre otras)". En lo que respecta al cálculo de los perjuicios de esta naturaleza opera el principio de arbitrio judicial, esto es, que el juez puede tasarlos teniendo en cuenta criterios como la experiencia, la calidad del reclamante y en general las particularidades de cada caso, con la claridad de que tales criterios aplican únicamente en tratándose del daño moral subjetivo.⁵"

⁵ SP 6029 del 2017

Repasando lo probado en desarrollo del trámite incidental, no encuentra la Sala ningún elemento que permita establecer cuáles sería el monto de los perjuicios morales objetivados sufridos por el señor MORENO, ninguna de las pruebas traídas por el abogado incidentante lo acredita, y aquí no es posible recurrir al arbitrio judicial para su tasación, contrario ocurre con los denominados perjuicios morales subjetivados, pues aquí evidente es que una lesión como la padecida por el señor MORENO, que finalmente le causó una afectación permanente en su vida, si repercute *per se* en su psiquis, su sentimientos de vida, y tendrá que soportar toda su existencia con las consecuencias de tal hecho, por lo tanto posible si es recurriendo al arbitrio judicial fijar una indemnización al respecto, la cual la Sala encuentra acertada en ese orden de ideas, fijar acorde a la magnitud de las lesiones padecidas, a que estas generan una incapacidad permanente que afectara toda la vida del procesado en la suma de 50 S.M. L.M. V.

En ese orden de ideas, la sentencia de primera instancia en lo que respecta al reconocimiento de los perjuicios derivados del incidente de reparación integral debe modificarse en el sentido de señalar que por los únicos perjuicios que resulta posible condenar, visto que estos se fijan por arbitrio judicial, son los morales subjetivados, no siendo posible establecer indemnización por los otros perjuicios reclamados pues los mismos no fueron debidamente probados, por lo que en este punto debe ser modificada la sentencia de primera instancia.

Aclarado tal punto debemos entonces ocuparnos del otro expuesto por el apelante, esto es su inconformidad por la determinación de primera instancia, de considerar que se debía desvincular del incidente de reparación integral a la compañía de seguros que amparaba el vehículo de placas IYH 154 involucrado en estos hechos que era conducido por el condenado CUESTA LEUDO, pues el tomador de la póliza de responsabilidad civil derivada del contrato de transporte, lo era una persona distinta al dueño del vehículo para el día 12 de agosto del año 2011.

Si bien es cierto para acreditar quien era el dueño del vehículo para el momento del accidente la juez de primera instancia ordenó una prueba de oficio- obtener el registro del RUNT- lo cierto es que al revisar los documentos que se exhibieron en el trámite incidental aparece la copia de la Póliza número AA009063, que cubre por responsabilidad civil contractual por contrato de transporte expedida el día 11 de enero del año 2011 y con vigencia hasta el día 12 de enero del 2012- en la que aparece que la propietaria del vehículo es la señora VICTAR JULIA CAMACHO VELASQUEZ y el tomador es la COOPEATIVA DE TRANSPORTADORES DEL DARIEN COTRANDAR-, en dicho documento expresamente se consigna que *“el asegurado es tanto el propietario del vehículo como la entidad tomadora porque son solidariamente responsables”*⁶, precisándose que el vehículo cobijado es el de placas IYH 154.

En ese orden de ideas, aunque efectivamente en la póliza se consigna que el propietario del rodante es la señora VICTAR JULIA CAMACHO VELASQUEZ, y esta persona es distinta al aquí demandado como propietario MANUEL MOSQUERA URRUTIA, lo cierto es que también en dicha póliza, se indica que se cubre al tomador, y si el tomador es la empresa COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DEL DARIEN -COTRANDAR-, y tal compañía igualmente fue vinculada en el presente incidente de reparación integral – al ser la empresa a la que se encuentra afiliado el vehículo de placas IYH 154 no le asistía razón alguna a la falladora de primera instancia para considerar que la compañía de seguros la EQUIDAD, no podía ser llamada en este incidente de reparación integral pues como se viene diciendo dicha compañía de seguros con su póliza cubría también a la cooperativa a la que estaba afiliada el vehículo involucrado en los hechos, y por lo tanto podía ser convocada al trámite del incidente de reparación integral, para que respondiera conforme a la póliza de seguros que había suscrito con la compañía transportadora a la que estaba afiliado el vehículo conducido por JHON JAMINSON CUESTA LEUDO, al momento de ocurrir el delito de lesiones

⁶ Este documento no militaba en la carpeta originalmente remitida, pero se hacía mención en los registros de audio de la audiencia de pruebas por lo tanto se requirió al Juzgado de Primera Instancia al respecto y lo remitió- obra en la carpeta de actuación de segunda instancia- archivo 005.

personales dolosas por el que se le condenó penalmente.

Ahora bien, en el trámite del incidente de reparación y en sus alegatos finales el abogado apoderado de la COMPAÑÍA DE SEGUROS LA EQUIDAD, indicó que como estaba siendo llamada su representada en virtud de un seguro de responsabilidad por contrato de transporte, existía un término preciso de dos años, y cuando fueron convocados al incidente de reparación integral, tal lapso de tiempo ya se había superado.

Efectivamente el Código de Comercio en su artículo artículo 1081. Establece :

“ La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.”.

La compañía de SEGUROS LA EQUIDAD, fue convocada a este proceso cuando se presentó el incidente de reparación integral en el año 2015-hay constancia que se le notificó del mismo el día 29 de septiembre del 2015⁷, y aunque el siniestro que cubre ocurrió en el año 2011, no se puede considerar que para el presente caso operara la prescripción, pues dicha compañía no esta demanda como responsable directo- sino en virtud del contrato de seguro que cubría al vehículo involucrado, y tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en tales caso, el término de prescripción empieza a contarse desde que se le plantea la petición judicial o extrajudicial de indemnización por la situación o circunstancia lesiva al tercero, no antes ni después de uno de tales acontecimiento, al respecto dicha Corporación señala⁸:

⁷ Notificación visible a folio 35 del archivo 21- AUTO FIJA FECHA NOTIFICA- del expediente virtual remitido por el Juzgado de Primera instancia.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia STC-139482019 (11001020300020190276400), 11/10/19

“El artículo 1131 del Código de Comercio, sobre configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil, prevé un cómputo especial del término prescriptivo de las acciones que puede desplegar el asegurado contra la aseguradora, tratándose de esta clase de seguros.

En efecto, si bien la norma dispone que en el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que ocurra el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima, agrega que frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.”

Así las cosas, precisó la Corte Suprema de Justicia, en los seguros de responsabilidad civil subsisten dos subreglas así:

- i. “El término de prescripción de las acciones que puede ejercer el agredido contra el ofensor corre desde la ocurrencia del riesgo asegurado (siniestro).*
- ii. Para la aseguradora dicho término inicia su conteo a partir de que se le plantea la petición judicial o extrajudicial de indemnización por la situación o circunstancia lesiva al tercero, no antes ni después de uno de tales acontecimientos.”*

En este orden de ideas, no se tiene en cuenta el momento de la ocurrencia del siniestro para contabilizar el término de prescripción sino el de la reclamación, que en el presente caso se hizo en el año 2015 y en ese mismo año se vinculó a la compañía de seguros por ende no opera la prescripción alegada.

Ahora bien, durante el trámite del incidente de reparación el abogado representante de la AGRICOLA EL RETIRO, expuso que no podía ser llamado a responder dentro del trámite del incidente de reparación integral, pues dicha empresa no tenía la calidad de tercero civilmente responsable, al no tener ningún vínculo que genere dicha responsabilidad con el penalmente responsable, y en su sentir de una manera indebida, se pretendía ventilar asuntos propios de la jurisdicción laboral como considerar que si se estaba en presencia de un accidente de trabajo en la jurisdicción penal, al interior de un trámite de incidente de reparación- dicha pretensión no fue resuelta de fondo en la providencia materia de impugnación, al considerarse, que como no había perjuicios probados no era necesarios

más pronunciamientos, pues las pretensiones de la parte incidentante no estaban probados, sin embargo la Sala debe advertir que ahora que se modifica el fallo de primera instancia, y se dispone que por lo menos si procede la condena al pago de los perjuicios morales subjetivados- evidente es que se debe establecer si en efecto todos los demandados en el incidente de reparación integral están llamados responder civilmente.

Sobre la calidad de tercero civilmente responsable la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia señala:

“ La obligación indemnizatoria respecto de terceros tiene su origen en la legislación civil y obedece a diversas fuentes. Así, sin desconocer que la responsabilidad civil del tercero puede ser directa, según lo establece el artículo 2341 del Código Civil, de conformidad con los artículos 2347 y 2349 de la normativa en mención aquél también puede incurrir en responsabilidad indirecta o refleja de otro, conforme a la cual la ley presume que una persona debe responder patrimonialmente por el hecho ajeno, respecto de aquellos que tuviere bajo su cuidado... La responsabilidad, en uno y otro caso, surge de la presunción de que quien tiene a su cargo al causante directo del daño, no ejerce en forma adecuada el deber de vigilancia y control, luego subordinación y vigilancia son elementos propios de esta forma de responsabilidad civil. De igual forma, existe tal presunción para el “guardián” de ciertas actividades consideradas como peligrosas y para el “custodio” del instrumento mediante el cual éstas se realizan, debido al riesgo que entraña para terceros la utilización de determinados bienes en su ejecución, como acontece por ejemplo en la conducción de vehículos automotores; responsabilidad consagrada en el artículo 2356 de la Codificación Sustantiva Civil. La guarda, vale decir, el poder de mando sobre la cosa, que se materializa tanto en la capacidad de dirección, manejo y control, como cuando de ella se obtiene lucro o provecho económico, de la cual deriva la presunción de responsabilidad civil, puede ser material o jurídica, sin que resulte relevante si se es o no propietario del bien sobre el que aquella se ejerce. Luego, en orden a demostrar la responsabilidad patrimonial del tercero, es necesario probar (i) el daño, (ii) la relación causal entre éste y la actividad peligrosa desarrollada y (iii) su condición de guardián de dicha actividad o de custodio del instrumento con el cual se realiza” [...] Visto el alcance de la figura del “guardián” de la cosa, es inocultable que en razón del contrato de arrendamiento financiero celebrado entre [...] y CAS U, el citado establecimiento de crédito adquirió a nombre propio el tracto camión con el que se causó el daño, mas también es incontrastable que cedió su uso y goce a SU. Esto último se constata con lo señalado por la parte incidentante en la demanda y el dicho del abogado CHDF, quienes concuerdan en señalar que CASU era el único que ejercía el uso y goce del tracto camión con el que se causó el daño, de donde se sigue que éste era su guardián mas no [...]. Igualmente, es del caso agregar que la actividad peligrosa de conducir

vehículos es ajena al objeto social de la compañía de [...], pues legalmente no está habilitada para ello, conforme lo preceptúa el artículo 24 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), lo cual confluente a recalcar que no está llamada a responder como tercero civilmente responsable. Adicionalmente, no se debe olvidar que en punto de la responsabilidad civil por actividades peligrosas de que trata el artículo 2356 del Código Civil, a la cual se ajusta la conducción de vehículos, el criterio dominante es que la referida especie de responsabilidad recae sobre quien al momento de ocurrir el daño tiene la condición de guardián del bien con el que se cumple aquella, calidad que se predica de la persona natural o jurídica que, sea o no su dueño, tiene potestad, uso, mando, control o aprovechamiento efectivo del instrumento generador del daño mediante el cual se realiza la actividad peligrosa y, si bien la categoría de guardián pueden ostentarla en forma concurrente aquellas personas que tengan la calidad de propietario, poseedor o tenedor del bien utilizado en la actividad peligrosa, en el asunto de la especie, es claro que uno era el propietario [...] y otro el poseedor, según se ha dejado expuesto e incluso, reitérese, lo reconoció desde el principio la parte incidentante.”⁹

Bajo los parámetros establecidos por la jurisprudencia claro es que quienes tiene la posición de guardián sobre el vehículo involucrado en la comisión del delito culposo, deben responder civilmente y para este caso indiscutiblemente lo son tanto el propietario del referido automotor como la empresa transportadora a la que el mismo esta afiliado, y si alguno de ellos- para el presente caso la empresa transportadora- era la tomadora de un seguro que cubría los perjuicios ocasionados con dicho vehículo en razón de uso para los fines que le eran propio- transporte de pasajeros- este también debe responder en virtud del referido contrato de seguro.

Por lo tanto indiscutiblemente es que aquí el señor CUESTA LEUDO como penalmente responsable es también civilmente responsable, y debe responder por los perjuicios que aquí se han señalado resulta procedente reconocer, y también lo son solidariamente responsables, como terceros civilmente responsables la COOPERATIVA DE TRANSPORTE DEL DARIEN – COTRANDAR - empresa a la que se encuentra afiliado el vehículo de placas IYH 154, y MANUEL MOSQUERA URRUTIA – propietario del precitado vehículo, circunstancia que fue debidamente acreditada con el respectivo RUNT dentro del debate probatorio y

⁹ Sentencia SP 7462 del 2016.

como se viene diciendo también debe responder la compañía de SEGUROS LA EQUIDAD, que amparaba a la empresa la que estaba afiliado el vehículo IYH 154, por los siniestros que sufrieran los pasajeros de tal rodante.

Sin embargo, no encuentra la Sala que se hubiere demostrado en momento alguno que la empresa AGRICOLA EL RETIRO, fuere guardián del vehículo involucrado en los hechos materia de juzgamiento o que tuviere directamente alguna relación con el penalmente responsable- CUESTA LEUDO-, es cierto esta empresa contrato el transporte de sus trabajadores con la empresa COOPERATIVA DE TRNSPORTE DEL DARIEN COTRANDAR, y finalmente YEIMER MORENO, resulta lesionado como pasajeros de un vehículo afiliado a dicha empresa, cuando viajaba en el mismo para ser trasportado desde su trabajo, sin embargo por esto no se puede deducir que en efecto se hubiere acreditado que la empresa para la que laborara tuviera la calidad e custodia sobre el vehículo conducido por el penalmente responsable, de otra parte el pretender establecer si el patrono debe responder por las lesiones que sufre uno de sus trabajadores al resultar lesionado en un accidente de tránsito cuando viajaba desde su trabajo- es un tema a resolver a interior de la justicia laboral, no al interior de un incidente de reparación integral, por lo tanto imposible es considerar a la empresa AGRICOLA EL RETIRO como un tercero civilmente responsable .

En ese orden de ideas, la obligación solidaria de pagar la suma que ahora se fija como perjuicios morales subjetivados de 50 S.M.L.M.V. lo serán el penalmente responsable JHON JAMINSON CUESTA LEUDO, - MANUEL MOSQUERA URRUTIA del propietario del vehículo IYH 154, la COOPERATIVA DE TRNSPORTE DEL DARIEN- COTRANDAR- a la que estaba afiliado dicho vehículo, y la compañía de SEGUROS LA EQUIDAD, con quien la COOPERATIVA DE TRANSPORTE CONTRADAR, había tomado una póliza para cubrir los siniestros que sufrieran los pasajeros del vehículo de placas IYH 154. En este sentido debe entonces modificarse la sentencia de primera instancia.

Ahora en cuanto a la condena en costas que se le impuso a la víctima como parte incidentante en el fallo de primera instancia, por no probar sus pretensiones, no encuentra razón alguna la Sala para mantenerla, pues tal y como lo estableció la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia STP781-2019¹⁰, al incidentante solo se le condena en

¹⁰ *"En cuanto a la normatividad que ha de aplicarse en el incidente de reparación integral, lo cual admite, según lo viene reiterando la Sala, la imposición de costas procesales y agencias en derecho, se ha precisado que la Ley 906 de 2004 establece las pautas generales en tanto que el procedimiento civil será el que regule aquellos asuntos no contemplados en la norma especial. De ahí que debe recurrirse a la vía integrativa regulada en el artículo 25 de la Ley 906 de 2004, en cuanto reza:*

"En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal."

....Es así, que al remitirnos al contenido del artículo 104 de la Ley 906 de 2004, encontramos que allí se consagra de manera puntual la circunstancia que daría lugar a la condena en costas al finalizar el trámite incidental, en tanto advierte que "la ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas", situación que no aconteció en el caso objeto de la acción.

Sobre el particular, la Sala destacó:

"Fácil se advierte, entonces, que sea por la vía general de las preceptivas propias de la indemnización judicial, o por la específica de la Ley 906 de 2004, es ineludible la condena en costas, cuando estas efectivamente han sido causadas.

Ello porque no puede dudarse la evidente simbiosis que con el tema indemnizatorio y, particularmente con las formas civiles de dirimir conflictos, tiene el trámite del incidente de reparación integral, pues, en primer lugar, suficientemente se conoce que el delito se constituye en fuente de obligaciones, por la vía de la responsabilidad civil extracontractual, acorde con lo dispuesto por los artículos 1494 y 2341 del Código Civil.

(...)

Una lectura contextualizada de ese apartado normativo claramente permite inferir cómo se parte de la base general de que la parte condenada en el incidente debe pagar, además, las costas del proceso. Y, si el promotor del incidente se abstiene de concurrir, será él quien responda por ellos. (CSJ SP sent. casación del 13/04/2011, Rad. 34145)."

Para concluir, si bien uno de los principios rectores del sistema penal es el de gratuidad (art. 13 Ley 906 de 2004), no así puede desconocerse que este se refiere a los costos de la función pública de administrar justicia, lo que no incluye por tanto los gastos de la pretensión indemnizatoria, de ahí que surge como excepción a dicho principio, la condena en costas y agencias en derecho dentro del incidente de reparación integral que le sigue a la sentencia condenatoria proferida dentro del proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004, cuya imposición no puede obedecer estrictamente a criterios objetivos como los que gobiernan el proceso civil, porque de hacerlo se desconocería que el origen de tal petición de reparación es precisamente la declaratoria de responsabilidad penal.

costas si no concurre a la audiencia de conciliación, y aquí esta parte si lo hizo, por lo tanto, dicha condena deberá ser revocada, ahora como se está condenado a JHON JAMINSON CUESTA LEUDO, MANUEL MOSQUERA URRUTIA del propietario del vehículo IYH 154, la COOPERATIVA DE TRNSPORTE DEL DARIEN- COTRANDAR- a la que estaba afiliado dicho vehículo, y la compañía de SEGUROS LA EQUIDAD, con quien la COOPERATIVA DE TRASNORTE CONTRADAR, había tomado una póliza para cubrir los siniestros que sufrieran los pasajeros del vehículo de placas IYH 154, en contra de ellos si procede como incidentados la condena en costas y agencias en derecho por lo que el fallo de primera instancia deberá ser modificado en tal sentido.

Por último la Sala no puede pasar silente frente a la protuberante mora en el trámite de este incidente de reparación integral, que tardó más de 6 años, y solo fue impulsado una vez la parte incidentante interpuso acción de tutela por la mora en el trámite de la misma, y pese a esto una vez se emitió la sentencia de primera instancia, pasó un año para que la actuación se remitiera a esta Corporación, para estar la apelación, razón por la cual se dispone la compulsa de copias con destino a la Comisión de Disciplina Judicial de Antioquia, para que se establezcan posibles responsabilidades disciplinarias al respecto.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

Por lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

Así, en virtud de la integración normativa ha de acudirse a las normas del procedimiento civil para complementar aquello que no está expresamente contemplado en la Ley 906 de 2004 sobre la materia. Es por ello, que de la aplicación sistemática de las normas, y en particular, del contenido del artículo 104 citado, se parte de la base general de que quien resulte condenado en el incidente debe pagar, además, las costas del proceso. Y, si el promotor del incidente se abstiene de concurrir, será él quien responda por ellos, todo lo cual permite concluir que el legislador no quiso dejar al arbitrio del juez la condena por dichos conceptos, pues no de otra forma se entendería que haya contemplado de manera expresa la situación que da lugar a ello."

RESUELVE

PRIMERO: Modificar la sentencia emitida el pasado 22 de septiembre del 2021, en el sentido de señalar que, si están probados los perjuicios morales subjetivados derivados de la conducta punible por la que se condenó a JHON JAMINSON CUESTA LEUDO. En ese orden de ideas, los destinatarios de cubrir la obligación solidaria de pagar la suma que ahora se fija como perjuicios morales subjetivados de 50 S.M.L.M.V. lo serán el penalmente responsable JHON JAMINSON CUESTA LEUDO, -MANUEL MOSQUERA URRUTIA del propietario del vehículo IYH 154, la COOPERATIVA DE TRANSPORTE DEL DARIEN-COTRANDAR- a la que estaba afiliado dicho vehículo, y la compañía de SEGUROS LA EQUIDAD, con quien la COOPERATIVA DE TRANSPORTE CONTRADAR, había tomado una póliza para cubrir los siniestros que sufrieran los pasajeros del vehículo de placas IYH 154

SEGUNDO: Se confirma la sentencia de primera instancia, en relación a la no demostración de las demás pretensiones del incidentante.

TERCERO. Se revoca la condena en costas impuesta a la parte incidentante y en su lugar se condena en costas a JHON JAMINSON CUESTA LEUDO, MANUEL MOSQUERA URRUTIA, LA COOPERATIVA DE TRANSPORTES DEL DARIEN -COTRANDAR- y la COMPAÑÍA DE SEGUROS LA EQUIDAD. La liquidación de las misma se hará en el despacho de primera instancia.

CUARTO: Compulsar copias a la Comisión de Disciplina Judicial de Antioquia, para que se investigue la mora en el trámite de la actuación de primera instancia y en él envió de la presente actuación para desatar el recurso de apelación.

QUINTO: Contra la presente determinación no procede el recurso extraordinario de casación, vista las cuantías de la Condena al pago de perjuicios conforme a lo señalado en el artículo 338 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **6a3620d880c885bacb8496be0f1c928b6211b830d9f410701950cd6f8c5a330d**

Documento generado en 20/02/2023 09:36:16 AM

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

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

CUI: 05 3186000362200800083 NI: 2022-1654

PROCESADO: Lubin de Jesús Marín Marín

DELITO: Acceso Carnal en persona puesta en incapacidad de resistir

DECISION: Anula

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
ANTIOQUIA SALA DE DECISIÓN PENAL**

RADICADO: 0531860003622008 00083

NI: 2022-1654

PROCESADO: LUBIN DE JESUS MARIN MARIN

DELITO: ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN CAPACIDAD DE RESISTIR

DECISION: ANULA

Acta de Aprobación Virtual No. 26 de febrero 20 del 2023.

Sala No. 6

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

Medellín, febrero veinte de dos mil veintitrés

1. Objeto del pronunciamiento.

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del pasado 25 de mayo del 2022, emitida por el Juzgado 3 Penal del Circuito de Rionegro, actuación que arriba a esta Corporación el 25 de octubre del año inmediatamente anterior.

2. Hechos y Actuación Procesal relevante.

En la audiencia de formulación de imputación el pasado 1 de julio del 2020 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Concepción, la Fiscalía General de la Nación sobre los hechos jurídicamente relevantes se indicó como se aprecia a partir del registro de audio del minuto 31:24 lo siguiente:

“ Del año 2004 al 2008 en el municipio de Concepción vereda La Cejita el señor LUBIN DE JESUS MARIN MARIN ejecutó acceso carnal a la menor YULIANA TATIANA OSORIO FRANCO, la cual para la época contaba con 15 años y tenía retardo mental leve, ello de acuerdo a una certificación médica, además de tener 15 años, sufría de una inferioridad psíquica, este acceso sexual fue violento además por las amenazas- y además se agrava.....se interrumpe la grabación

por una llamada telefónica... como la menor sufre de un retardo mental leve, y además que este acceso carnal fue violento, puesto que usted amenazaba a YULI TATIANA y no la amenazaba solo a ella sino a su sobrina VALENTINA FRANCO HENAO, también, estos actos sexuales que usted realizó desde que la menor tenía 12 años hasta los 15 años, que la dejó embarazada, es que esta delegada le formula imputación por acceso carnal con incapaz de resistir por lo que se agrava la conducta del artículo 207 con respecto al artículo 201 del Código Penal, esto es en concreto esto es un acceso carnal con incapaz de resistir, conducta sancionada con un pena de 12 a 20 años de prisión al que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconciencia o en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, para el caso en concreto es un acceso carnal con un incapaz de resistir, ya le digo se tiene un certificado médico, pena que se aumenta porque usted a esta adolescente la dejó en embarazo y en ese acceso carnal violento, que tenía esa incapacidad psíquica y que además usted la amenazaba, esa violencia que usted ejerció se agrava conforme el artículo 211 del Código Penal, numeral 6 así: "Las penas descritas para los delitos anteriores se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando se produjere embarazo."

En él es escrito de acusación que se presentara ante los Juzgados Penales del Circuito de Rionegro el día 15 de julio del 2020, acusación que fue leída en su integridad en la audiencia de acusación el pasado 2 de febrero del 2021 se indicó la siguiente relación fáctica:

"En la vereda la Cejita del Municipio de Concepción. El señor LUBIN DE JESUS MARIN MARIN, Entre los años 2004 a 2008 realizó en varias oportunidades acceso carnal en la menor Y. T. O F., quien producto de esos accesos quedó en embarazo cuando contaba con 15 años de edad. El acceso carnal además fue violento debido a las constantes amenazas de muerte que este le hacía a su víctima y a la familia. Dichos Accesos se realizaron en persona en condiciones de inferioridad psíquica, ya que de acuerdo con la certificación médica YULIANA padece de un retardo mental leve. LUBIN DE JESUS MARIN MARIN, sabía que acceder carnalmente a una menor de edad es contrario a la ley y sin embargo quiso hacerlo. El señor MARIN MARIN, lesionó de manera efectiva el bien jurídico protegido de la LIBERTAD Y FORMACION SEXUAL de YULIANA TATIANA OSORIO FRANCO y lo hizo sin justa causa. LUBIN DE JESUS MARIN MARIN, tenía capacidad para comprender que acceder a una menor de edad a la fuerza, amenazada y además con discapacidad psíquica era ilícito, pues MARIN MARIN estaba en capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Pues el hoy acusado era consciente que esos accesos sexuales que hacía con la menor son contrarios al ordenamiento jurídico, tal es así que la amenazaba de muerte para que no contara."

Y más adelante agregó:

“A partir de entonces puede afirmarse, con probabilidad de verdad, que el señor LUBIN DE JESUS MARIN MARIN es AUTOR probable responsable del ilícito que a continuación se relaciona: ACCESO CARNAL O ACTOS SEXUAL EN PERSONA INCAPAZ DE RESISTIR (Artículos 207). Descrito en el TITULO IV DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES, procediendo a dar lectura al artículo 207 del Código Penal, así “el que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento iceria en prisión de doce a veinte años. En circunstancias de agravación punitiva descritas en el artículo 211 Cp. N° 6°.,

3. Sentencia de Primer Instancia.

En la sentencia de primera instancia, se hace un recuento de la prueba aportada en el juicio y lo estipulado, señalando en primer lugar que se tiene la plena identidad del acusado, y prueba suficiente para la emisión de una sentencia condenatoria, que, si bien es cierto la ofendida, tiene limitaciones en el lenguaje, expone de forma clara precisa y coherente como fue accedida carnalmente por parte del aquí procesado, y consecuencia de eso cuando tenía quince años de edad quedo embarazada.

Precisa igualmente que aunque no se trajo una perito que precisara que en efecto YULI TATIANA sufre de un trastorno mental leve como lo predica la defensa, lo cierto es que tal condición aparece debidamente acreditada con el dicho de la médica LICENIA ISABEL CABAÑERO GRANADOS, quien para los años 2007 a 2009 laboró en el Hospital de Concepción quien al valorar a YULI TATIANA evidenció tal situación, la que también fue advertida por la enfermera ELIZABETH JARAMILLO CASTAÑO de dicho hospital que participó de la atención del embarazo de YULI, y por la psicóloga PAULA ANDREA LUNA NOREÑA quien desde la Comisaría de Familia de Concepción entrevistó a la menor, y pudo percatarse de su condición mental.

Consideró entonces que las relaciones sexuales sostenidas por YULI TATIANA y LUBIN MARIN, cuando esta contaba con 15 años de edad, no fueron consentidas, pues vista la condición mental que padecía, no podía emitir un consentimiento válido para las mismas, igualmente aunque no se allegó prueba de ADN al menor hijo de ofendida , lo cierto es que tal y como se pudo verificar en el proceso,

YULI TATIANA, si recibió atención médica por embarazo y el mismo se produce en fechas que corresponde a meses posteriores del acceso carnal que reporta fue víctima, por parte del acusado, lo que permite entonces tener por proada la causal de agravación.

Indica igualmente que, aunque YULI TATIANA relató que los hechos se presentaron por lo menos en 4 oportunidades, él último cuando tenía 15 años de edad, y para lograr accederla carnalmente LUBIN, ejerció violencia sobre ella y se aprovechó de su condición mental, no se acusó por un concurso de delitos ni se consideró por el Ente acusador otros delitos sino que se hizo la imputación por el de carnal de persona puesta en incapacidad de resistir, por lo tanto, siendo fiel a la congruencia entre acusación y condena y al no haber adición alguna al respecto será por tal conducta que se emitió sentencia condenatoria.

Impuso en consecuencia una pena de 192 meses de prisión, y señaló que pese a que el señor LUBIN tiene 81 años de edad y algunas condiciones médicas por las prohibiciones legales no hay lugar a conceder subrogado alguno por lo que dispuso el cumplimiento de la pena de manera intramuros señalando que debía librarse orden de captura para tal fin al momento de la ejecutoria de la sentencia.

4. Motivos de la apelación.

La defensa del procesado solicita la revocatoria de la sentencia condenatoria de primera instancia, por las razones que pueden resumirse así:

1. No existe peritación o prueba médica, psicológica o científica alguna que demuestre que la supuesta ofendida padece en efecto un trastorno mental leve u otro quebranto mental que limite su capacidad de decisión, para considerar que ella es entonces una persona en incapacidad de resistir, visto que se mencionan en la acusación que los hechos ocurrieron cuando ella tenía 15 años de edad.

2. No existe prueba de ADN, que permita establecer que en efecto el menor que procreo la supuesta ofendida, es hijo del acusado, por lo tanto, imposible es verificar que en efecto producto de las supuestas relaciones sexuales esta quedó en embarazo y por lo tanto corrobora no solo su dicho sobre las acusaciones que lanza contra su representado sino en especial para poder tener acreditada la causal de agravación que se impuso de que producto de la conducta enrostrada se produjo el embarazo.
3. El testimonio único de YULI TATIANA OSORIO FRANCO no es suficiente para sustentar una sentencia condenatoria, no hay prueba de corroboración de sus dichos, ahora si el juez considera que en efecto hay un trastorno mental leve, no se entiende entonces porque se dice que ella estaba en capacidad de declarar. En la acusación no se dice cuántas veces se presentaron los abusos, solo se da un rango de años lo que impide el cabal ejercicio del derecho de defensa.
4. Llama la atención sobre las inconsistencias en relación a la ubicación jurídica de la conducta, y la falta de consonancia en relación al tipo penal por el que se imputó acceso carnal o acto abusivo con incapaz de resistir, y la conducta por la que se acusó y finalmente se condenó acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, el que de manera alguna se configura conforme lo acusado, lo que genera nulidad a la luz de lo establecido en el artículo 457 de la Ley 906 del 2004.

5. Para resolver se considera

Procede la Sala a ocuparse de los planteamientos de la defensa con los que busca se revoque la sentencia de primera instancia, debiendo advertir de entrada que existen graves yerros en la acusación que afectan la validez de la actuación.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en relación a la presentación de los hechos jurídicamente relevantes¹, ha trazado una amplia línea jurisprudencial en la que indica que en la formulación de las premisas fácticas de una acusación se deben presentar de forma clara precisa y comprensibles los hechos jurídicamente relevantes, los cuales permiten configurar la conducta punible por la que se acusa, y de contera fija el tema a probar, pues de su demostración o no es que

¹ en efecto en la Sentencia SP3168 del 2017, con ponencia de la Magistrada PATRICIA SALAZAR CUELLAR, se indica:

“Es frecuente que en la imputación y/o en la acusación la Fiscalía entremezcle los hechos que encajan en la descripción normativa, con los datos a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, e incluso con el contenido de los medios de prueba. De hecho, es común ver acusaciones en las que se transcriben las denuncias, los informes ejecutivos presentados por los investigadores, entre otros. También suele suceder que en el acápite de “hechos jurídicamente relevantes” sólo se relacionen “hechos indicadores”, o se haga una relación deshilvanada de estos y del contenido de los medios de prueba. Estas prácticas inadecuadas generan un impacto negativo para la administración de justicia, según se indicará más adelante. [...] Sí, como suele suceder, en la imputación y/o la acusación la Fiscalía se limita a exponer los medios de prueba del hecho jurídicamente relevante, o los medios de prueba de los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, equivale a que hiciera el siguiente planteamiento: “lo acuso de que María asegura haberlo visto salir corriendo del lugar de los hechos, y de que un policía judicial dice que le encontró un arma, etcétera”. Lo anterior no implica que los datos o “hechos indicadores” carezcan de importancia. Lo que se quiere resaltar es la responsabilidad que tiene la fiscalía general de la Nación de precisar cuáles son los hechos que pueden subsumirse en el respectivo modelo normativo, lo que implica definir las circunstancias de tiempo y lugar, la conducta (acción u omisión) que se le endilga al procesado; los elementos estructurales del tipo penal, etcétera. Tampoco debe entenderse que las evidencias y, en general, la información que sirve de respaldo a la hipótesis de la Fiscalía sea irrelevantes. Lo que resulta inadmisibles es que se confundan los hechos jurídicamente relevantes con la información que sirve de sustento a la respectiva hipótesis [...]. [...] Errores como los descritos en páginas precedentes no sólo desconocen lo dispuesto en los artículos 288 y 337, en el sentido de que los hechos jurídicamente relevantes deben expresarse de manera sucinta y clara, sino que además generan situaciones que afectan severamente la celeridad y eficacia de la justicia. Lo anterior sucede en eventos como los siguientes: (i) se relacionen de forma deshilvanada “hechos indicadores” y/o el contenido de los medios de prueba, pero no se estructura una hipótesis completa de hechos jurídicamente relevantes; (ii) la falta de claridad en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía, impide delimitar el tema de prueba; (iii) en la audiencia de acusación se le proporciona información al Juez, que sólo debería conocer en el juicio oral, con apego al debido proceso probatorio; (iv) las audiencias de imputación y acusación se extienden innecesariamente, y suelen tornarse farragosas; (v) la falta de claridad de la imputación y la acusación puede privar al procesado de la posibilidad de ejercer adecuadamente su defensa; (vi) las omisiones en la imputación o la acusación puede generar impunidad, como cuando se dejan de relacionar hechos jurídicamente relevantes a pesar de que los mismos pueden ser demostrados (elementos estructurales del tipo penal, circunstancias de mayor punibilidad, etcétera)».

la pretensión de la Fiscalía puede o no salir avante, y además, de esta forma se garantiza un cabal derecho de defensa, pues la persona que es llamada a responder en un juicio, conoce con precisión porque hechos y que conductas punibles es que se le está llamado a responder penalmente.

Tal precisión y claridad, predica igualmente el Alto Tribunal debe venir desde la misma audiencia de imputación pues indispensable es que exista plena concordancia entre la imputación fáctica inicial y la contenida en la acusación no siendo posible adicionar hechos o circunstancias nuevas como se precisa en la sentencia del Magistrado EUGENIO FERNANDEZ CARLIER, del pasado 14 octubre del 2020 radicación 55440².

² “La Corte de tiempo atrás ha insistido en los requisitos objetivos mínimos con que debe contar la Fiscalía al momento de formular tanto la imputación, como la acusación, así como la coherencia que en ese sentido se debe mantener a lo largo del diligenciamiento. En principio, para que a través del juez de control de garantías le comunique a una persona la calidad de imputada al estar siendo investigada por su posible participación en una conducta punible, el artículo 288 de la Ley 906 de 2004 tiene como exigencias el expresar oralmente la concreta individualización, identificación y ubicación del imputado, así como hacer una «relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes.

Aunque en ese estadio no es necesario descubrir los elementos materiales probatorios ni la evidencia física, sí debe el representante del ente investigador ofrecerle al juez de control de garantías elementos de juicio tendientes a acreditar la índole penal del comportamiento y la relación del imputado con el mismo, a fin de que pueda inferir razonablemente la autoría o participación en el delito que se investiga, tal y como lo dispone el artículo 287 de la normativa en comento. Por ello, se ha enfatizado en que la formulación de imputación ha de ser fáctica y jurídica, fase embrionaria ubicada en los terrenos de posibilidad, que luego, en virtud del principio de progresividad, permitirá allegar elementos materiales probatorios y evidencia con miras a sustentar la formulación de acusación con un grado de probabilidad de verdad, momento culminante de la investigación que la reviste de un halo definitivo delimitando así el marco factual y jurídico dentro del cual habrá de surtir el debate oral. Bajo esa perspectiva, la formulación de imputación se constituye en un condicionante fáctico de la acusación —o del allanamiento o del preacuerdo—, sin que los hechos puedan ser modificados, estableciéndose así una correspondencia desde la arista factual, lo cual implica respetar el núcleo de los hechos, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.

Esa precisión que debe tener la Fiscalía desde la formulación de imputación de informar al imputado de los hechos y circunstancias, con las consecuencias jurídicas que aparejan, habilita el ejercicio pleno de derecho de defensa a fin de planear la estrategia tendiente a morigerar el poder punitivo estatal, al punto que le permite optar de manera libre, consciente y voluntaria por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra. Pero cuando surgen nuevas aristas fácticas que conllevan la configuración de otras hipótesis delictivas será necesario ampliar la formulación de imputación o incluso practicar otra diligencia de esa índole a fin de no sorprender al inculcado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que, si bien el Fiscal puede corregir la acusación, no está facultado para alterar el aspecto fáctico. El límite, entonces, son los hechos registrados en la imputación, sin que se puedan considerar supuestos fácticos no incluidos en ella,

Al repasar tanto lo ocurrido en la formulación de imputación como en la acusación, se aprecia que la representante de la Fiscalía, en unas partes hace mención a que el delito que se configura es el de acceso carnal con persona en incapacidad de resistir, luego procede a dar lectura a un tipo penal diverso, esto es el contemplado en el artículo 207 del Código Penal, el de acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir, conducta que reitera es la que se configura al presentar la acusación.

Salta entonces a la vista en primer lugar, que hay una confusión en el Ente Instructor con relación a los delitos descritos en los artículos 207 y 210 del Código Penal conductas respecto de las cuales la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia hace tales precisiones:

“Tal ilicitud- refiriéndose a la del artículo 207 del Código Penal - se configura cuando el sujeto activo accede carnalmente a una persona colocándola en alguno de estos tres estados: i) en incapacidad de resistir, ii) en estado de inconsciencia o, iii) en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento. Situaciones que son creadas por el actor con el propósito de «menoscabar la capacidad de autodeterminación de la víctima ora porque no alcanza a comprender la relación o no tiene capacidad cognitiva para asentir libremente en su realización

De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional, y siguiendo la línea trazada por esta Corporación, en el sujeto pasivo que se encuentra en incapacidad de resistir «su voluntad (...) se halla dominada por la fuerza irresistible o por la insuperable coacción que le ha sido impuesta por el sujeto agresor» 65. Voluntad doblegada a partir de acciones creadas por el victimario, pues cuando se trata de un estado inmanente al sujeto pasivo, que es aprovechado por el sujeto activo para la satisfacción de sus deseos lúbricos, el legislador previó un escenario diferente. Así lo ha precisado esta Corte: Desde el punto de vista legal, la limitación violenta o abusiva de la libertad sexual, tratándose de adultos, se manifiesta, según el artículo 207 del Código Penal, cuando el agente accede o realiza un acto sexual diverso en persona a la cual ha puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica, que le impiden comprender la relación sexual o dar su consentimiento. Por su parte, el artículo 210 del mismo estatuto, sanciona a quien accede o realiza actos sexuales, con persona que se encuentra en

máxime cuando tal modificación agrava la situación jurídica del inculcado. Esto significa que tales modificaciones serán posibles si se adelanta una audiencia de garantías adicional a la imputación para tales efectos y se realiza antes de la presentación del susodicho escrito.”

*estado de inconsciencia, o que padece trastorno mental o que está en incapacidad de resistir. En el primer caso el autor crea la situación (violencia), en el segundo, aprovecha de ella (abuso)*³.

Repasando la relación fáctica que hace la Fiscalía tanto en la imputación como en la acusación , en la que pone en evidencia que la presunta víctima padece un trastorno mental leve, y en la que se indica que el procesado tuvo relaciones sexuales y la accedió pese a tal condición, en aparte alguno de lo señalado en la imputación o en la acusación, se menciona como el señor LUBIN, puso supuestamente a la menor de 15 años para ese época YULIANA en una condición de inferioridad, en una incapacidad de resistir o en un estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad psíquica, por el contrario lo que se resalta es que el el señor LUBIN, se aprovechó de la condición mental de YULIANA, por lo tanto como lo resalta el recurrente hay una evidente inconsistencia entre la imputación fáctica y la imputación jurídica.

De otra parte, aunque una y otra vez se menciona que el señor LUBIN, ejerció violencia no solo contra YULIANA sino contra otra consanguínea de esta, y se dice que se está frente a un acceso carnal violento, nunca se tiene en cuenta tal aspecto en la adecuación jurídica que posteriormente se hace como ya se indicó en el artículo 207 del Código Penal, de otra parte aunque se indica que la conducta se presenta varias veces en un lapso de tiempo comprendido entre los años 2004 a 2008, nunca se hace mención a un eventual concurso de conductas punibles, y que ocurre entonces con los eventos de acceso carnal acaecidos cuando la supuesta ofendida era menor de 14 años.

Evidente es entonces, que si al momento de presentarse la acusación, se apreciaba que no estaba claro si se estaba acusando por el delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir o en el de acceso carnal con incapaz de resistir, sino que además aunque se mencionaba otra circunstancias como la ejecución violenta de la conducta, la descripción fáctica no concurría con la jurídica, era deber del juez en ese momento como director del proceso entrar a advertir las inconsistencias que se evidenciaban, para que entonces quien por ley tiene la facultad legal de ejercer la acción pena hiciera las aclaraciones o correcciones que fueran pertinentes, pues evidente

³ SP2211-2022

es que no solo hay una confusión entre el tipo penal que inicialmente se menciona en la imputación y en la acusación, visto que la fiscalía alternativamente habla de acceso carnal con incapaz de resistir, y acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir, sino que además, la relación fáctica presentada nunca corresponde a la hipótesis del artículo 207 del Código Penal que es la norma por la que finalmente se acusa, y luego se pide condena y se emite la sentencia que ahora se estudia por vía de apelación, y de otra parte aunque se menciona una y otra vez fue un acceso carnal violento, nunca se ubica tal acto en el tipo penal que corresponde, o se precisa porque se considera que tal conducta se subsume en otra diversa, o mucho menos se hace consideración jurídica alguno de lo ocurrido en los años que YULIANA tenía menos de 14 años de edad, frente a otro eventual tipo penal.

Es cierto que la judicatura no es la que fija la imputación jurídica, pues esta es de resorte del ente instructor, y sus posibilidades de censura sobre tal acto de parte están seriamente limitadas⁴ pero como se viene diciendo en el presente caso hay una evidente inconsistencia entre lo expuesto como imputación fáctica, y su adecuación en la imputación jurídica, la que amerita entonces que la judicatura pida al ente instructor en el escenario legamente establecido que es el de la acusación, haga las precisiones y aclaraciones pertinentes, pues de lo contrario se llega a situaciones como las que finalmente reconoce el juez de primera instancia, que aunque se prueba una conducta diversa conforme a los hechos plasmado en la acusación, se termine condenado conforme al tipo penal incluido en la acusación que no es el realmente se presenta, lo que no resulta acertado, pues debe existir plena consonancia fáctica y jurídica entre la acusación, el pedimento de condena y la sentencia, con lo que se soslayan derechos fundamentales del mismo procesado que no sabe en últimas porque se le está llamado a responder penalmente, lo que nos obliga entonces a recurrir al remedio extremo de la nulidad, para que se rehaga la audiencia de acusación, y allí la judicatura pida a la fiscalía las precisiones y aclaraciones necesarias sobre cuál es el tipo penal en el que va adecuar su imputación jurídica, conforme a las premisas fácticas, expuestas, pues se itera la que presentó la Fiscalía, tanto en la imitación y la acusación, no resultan debidamente adecuadas, y finalmente no sabemos si se está llamado a responder penalmente por un acceso carnal violento, o

⁴ CSJ SP, 6 de febrero de 2013, casación 39892.

uno de persona en incapacidad de resistir o mucho el que sacia cuando se pone a la persona en incapacidad de resistir.

De tiempo atrás ha precisado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“La Corte igual ha decantado que el numen iuris de la imputación compete a la fiscalía, respecto del cual no existe control alguno, salvo la posibilidad de formular las observaciones aludidas, de tal forma que de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo. La tipificación de la conducta es una atribución de la fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado. “[...] La ley y la jurisprudencia han decantado igualmente que, a modo de única excepción, al juez, bien oficiosamente, bien a solicitud de parte, le es permitido adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando se trata de violaciones a derechos fundamentales. “Es claro que esa permisión excepcional parte del deber judicial de ejercer un control constitucional que ampare las garantías fundamentales”⁵

En ese orden de ideas, para salvaguardar en debida forma no solo el derecho del acusado a conocer en debida forma cuales son los cargos por los que debe responder, sino también en el de las víctimas par que se garantice el derecho a la verdad , justicia y reparación evidente es que aquí se debe proceder a decretar la nulidad de la actuación, hasta el acto de acusación, para que allí, el juez haga las observaciones pertinentes a la Fiscalía, sobre las inconsistencias detectadas en el proceso de adecuación jurídica, y pueda entonces el Ente instructor hacer las aclaraciones , o correcciones que resulten pertinentes.

En este orden de ideas, se decreta la nulidad de la actuación desde la audiencia de formulación de acusación, para que se regaña la misma conforme a lo señalado en este provisto.

Como el procesado se encuentra en libertad, y no se libró orden de captura en su contra no hay lugar a tomar determinación alguna sobre su libertad.

Por último, debe advertirse que sin que obre explicación alguna en la carpeta virtual de la actuación se aprecian más de 4 meses de mora en el envió del expediente virtual al Tribunal para desatar el

⁵ SP14191-2016

recurso de apelación, por lo que se exhorta al señor Juez de Primera Instancia tome los correctivos necesarios para que tal situación no se repita.

De otra parte, como obra que el nuevo defensor designado por la Defensoría del Pueblo en esta actuación es el doctor EDGAR EUGENIO YASIN, se le reconoce personería jurídica para que obre en esta actuación.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Decretarla nulidad desde la audiencia de formulación de acusación de conformidad a lo señalado en el cuerpo motivo de este proveído.

SEGUNDO: Regrese la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

TERCERO: Reconózcase personería al doctor EDGAR EUGENIO YASIN para que obre como defensor en la presente actuación vista la designación que hace la defensoría pública, como nuevo defensor del procesado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

CUI: 05 3186000362200800083 **NI:** 2022-1654

PROCESADO: Lubin de Jesús Marín Marín

DELITO: Acceso Carnal en persona puesta en incapacidad de resistir

DECISION: Anula

Salvamento de voto

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
Firma Con Salvamento De Voto

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: **d467e5ceaac040c478d55937082a1506e3b5c0506808943e040908b34bae18d1**

Documento generado en 20/02/2023 05:01:17 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

Medellín, lunes 20 de febrero de 2023

SALVAMENTO DE VOTO

RADICADO: 0531860003622008 00083
INTERNO: 2022-1654-6
DELITO: ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN
INCAPACIDAD DE RESISTIR
PROCESADO: LUBÍN DE JESÚS MARÍN MARÍN

Con mi respeto acostumbrado me veo obligada a salvar el voto en el proceso de la referencia, aun cuando comparto la decisión tomada, me separo de las motivaciones allí efectuadas en cuanto a decretar la nulidad de lo actuado desde la formulación de acusación, por cuanto es uno de esos eventos en donde la presentación de los hechos jurídicamente relevantes desde la audiencia de formulación de imputación no comportaron claridad y suficiencia en la descripción del comportamiento específico que nutre en lo típico el delito objeto de imputación.

Para el efecto, de acuerdo con el artículo 8, literal H, de la Ley 906 de 2004, que desarrolla el derecho de defensa, el procesado **tiene derecho a conocer los cargos** que le sean imputados, **expresados en términos que sean comprensibles**, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los

fundamentan, de ahí que, entre otras normas procesales, el artículo 288.2 ídem, que trae los presupuestos de la formulación de imputación, señala que en ese acto de parte, **la Fiscalía debe expresar oralmente una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes**, en lenguaje comprensible. Negrilla fuera de texto.

El concepto de hechos jurídicamente relevantes fue desarrollado y precisado por la Sala de Casación Penal, sin variaciones, a partir de la providencia dictada el 8 Marzo de 2017, en el radicado 44599, en la cual se colige que: “(...) son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales”, sin que sea dado entremezclarlos con hechos indicadores y medios de prueba.

Luego en la SP 3329 de 9 de septiembre de 2020, esa alta Corporación, explicitó que: “Uno de los contenidos medulares de ese acto [formulación de Imputación], es la «relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes en lenguaje comprensible...» (art. 288.2 ibidem), **es decir, de los supuestos fácticos atribuidos y que se corresponden con los elementos de un específico tipo penal**”. Negrilla fuera de texto.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que ni el Juez, ni la defensa, deben realizar control material a la formulación de imputación o a la acusación, sobreponiendo su criterio, pues usurparían actividades que no les conciernen; empero, el funcionario judicial sí debe velar por los derechos fundamentales de las partes, como sería el debido

proceso, contradicción y defensa (SP4792-2018, radicado 52.507; SP del 7 de noviembre de 2018, dentro del radicado 52507, citada a su vez, en AP3453-2019, radicado 55.470, entre otras); **de lo contrario, podría conducir a la nulidad, inclusive, de la imputación** (SP4045-2019, radicado 49386). Negrillas fuera de texto

Es más, en la SP 3329 de 9 de septiembre de 2020, se sintetizó como deberes de los jueces con función de control de garantías (sin que ello conlleve un control material):

“(i) velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004; (ii) evitar que el fiscal realice el “juicio de imputación” en medio de la audiencia; (iii) igualmente, debe intervenir para que no se incluyan los contenidos de los medios de prueba, u otros aspectos ajenos a la diligencia; (iv) evitar debates impertinentes sobre esta actuación de la Fiscalía General de la Nación; (v) ejercer prioritariamente la dirección temprana de la audiencia, para evitar que su objetivo se distorsione o se generen dilaciones injustificadas; y (vi) de esta manera, la diligencia de imputación debe ser esencialmente corta, **pues se limita a la identificación de los imputados, la relación sucinta y clara de los hechos jurídicamente relevantes** y la información acerca de la posibilidad de allanarse a los cargos, en los términos previstos en la ley. (Negrillas fuera del texto original)”.

Y en cuanto a los fines de la formulación de imputación, se recordaron: “(i) garantizar el ejercicio del derecho de defensa, (ii) sentar las bases para el análisis de la detención preventiva y otras medidas cautelares, y (iii) delimitar los cargos para viabilizar el allanamiento a los mismos -o preacuerdos- con respeto de las garantías fundamentales. La necesaria claridad, precisión y univocidad de los hechos jurídicamente relevantes conlleva a que la Fiscalía no pueda imputar «cargos alternativos»”.

También se ha dicho que en los tipos penales que contienen ingredientes valorativos o normativos, se deben explicitar, como hechos jurídicamente relevantes, las premisas que darían pie a su análisis (CSJ SP067–2018, 31 en. 2018, rad. 49688; SP2972–2020 Radicación n.º 57144, 12 de agosto de 2020 y SP4792-2018, radicado N.º. 52507 del 7 de noviembre de 2018).

Sobre esa misma línea, vale la pena recordar la providencia de 5 de junio de 2019, bajo el radicado 51.007, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de Patricia Salazar Cuellar, la cual es enfática en sostener que **en la formulación de imputación se socializan los hechos jurídicamente relevantes, los cuales constituyen una forma de materializar el ejercicio del derecho de la defensa y del debido proceso, por cuando le permiten a la persona procesada conocer desde ese momento la situación fáctica y cargos por los cuales formalmente se le vincula al proceso penal**, y de esa manera tener la posibilidad de preparar su estrategia defensiva, lo cual implica, a su vez, que en el acto complejo de la acusación no se vaya a variar el núcleo fáctico de la formulación de imputación, el cual precisamente quedó enmarcado en los hechos jurídicamente relevantes que se presentaron por el titular de la acción penal.

También explicó la Jurisprudencia, en decisión SP741-2021. Rad. 54658:

Sobre este último punto, esto es, la correspondencia factual que debe existir entre la imputación, la acusación y la sentencia, y la imposibilidad de acusar y condenar a una

persona por hechos jurídicamente relevantes que no le fueron comunicados en la audiencia de formulación de imputación, la Corte, en la decisión CSJ SP14792-2018, Rad. 52507, señaló lo siguiente:

«Pero, además, la Corte ha detallado que la obligación de conservar el núcleo central del apartado fáctico opera desde la formulación de imputación, esto es, que dicha delimitación se torna invariable a partir de este hito procesal, hasta que es emitida la sentencia, lo que reclama concluir que cualquier desarmonía sustancial entre estos estados -imputación, acusación y sentencia- resulta violatoria del debido proceso. (...) Ahora bien, si se entiende que el principio de congruencia comporta dos aristas básicas: (i) derecho a conocer de manera clara y suficiente los cargos por los cuales se acusa a la persona; y (ii) concordancia entre los cargos consignados en la acusación y aquellos objeto de sentencia –absoluta en lo fáctico, relativa en lo jurídico-; es dable concluir que la violación del principio puede obedecer a una fuente distinta y, desde luego, ocasionar un daño diferente.

A este efecto, la Sala debe resaltar el carácter estructural de los hechos jurídicamente relevantes, pues, no solo representan una garantía de defensa para el imputado o acusado, en el entendido que este debe conocer por qué se le está investigando o es llamado a juicio, sino que, en razón a su carácter inmutable, se erigen en bastión insustituible de las audiencias de formulación de imputación y acusación, de cara al soporte fáctico del fallo. En otras palabras, cuando el numeral segundo del artículo 288 de la Ley 906 de 2004, advierte que dentro de la imputación se ofrece obligatorio para el Fiscal efectuar una “Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible”; y, a su turno, el artículo 337 ibídem, reitera que la acusación debe consignar este mismo tópico; no solamente está referenciando una garantía para el procesado, sino que verifica inconcuso un elemento consustancial a dichas diligencias, a la manera de entender que sin el requisito en cuestión el acto procesal se despoja de su esencia y deviene, en consecuencia, nulo.

Ello se entiende mejor al examinar la naturaleza y finalidades de ambos institutos procesales, en tanto, si se

considera que la imputación emerge como el acto comunicacional a través del cual el Fiscal informa al imputado los hechos por los cuales lo investiga; y, a su turno, la acusación representa el momento en el que ese funcionario formula cargos al procesado, de manera que solo en torno de estos puede girar el juicio, elemental surge que consustancial a ambos trámites se erige la definición de cuáles son, de manera clara y completa, los hechos o cargos que los gobiernan.

Entonces, si la imputación y la acusación no contienen de forma suficiente ese elemento toral, apenas puede concluirse que no cumplió con su cometido y, así, el debido proceso en toda su extensión ha sido afectado, reclamando de condigna invalidez, única forma de restañar el daño causado en el asunto que se examina. A este respecto, la Corte no puede dejar de llamar la atención acerca de la necesidad de intervención del juez en este tipo de temas, pues, si se ha advertido que la esencia de las audiencias de formulación de imputación y acusación, reclama de adecuada y suficiente definición de los hechos jurídicamente relevantes, al punto que de no hacerse ello genera afectación profunda de la estructura del proceso y consecuente nulidad, la labor del funcionario judicial no puede erigirse pasiva, al amparo de una mal entendida imparcialidad.

En efecto, si se entiende que el juez se alza como fiel de la balanza que garantiza derechos y posibilita la adecuada tramitación del proceso, no puede él permanecer impávido cuando advierte que la diligencia no cumple su cometido central, independientemente del tipo de acción u omisión que conduce a ello.

Así las cosas, siendo requisito sustancial de las audiencias de formulación de imputación y de acusación, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, es deber del juez de control de garantías y el de conocimiento, velar porque ese presupuesto se cumpla. Desde luego, no se trata de que el funcionario judicial reemplace a la parte o le imponga su particular visión de los hechos o su denominación jurídica, sino apenas exigir de ella que cumpla con el requisito legal, vale decir, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente

relevantes, en el entendido que la exigencia se representa necesaria para soportar la validez de la diligencia, dentro de los presupuestos que gobiernan la estructura del proceso; máxime cuando, cabe anotar, al amparo del principio antecedente – consecuente, que signa el proceso penal, no es posible acceder al próximo momento procesal si el anterior no se ha adelantado de manera completa y correcta. De esta manera se evita que, a futuro, con el consecuente desgaste para la administración de justicia, la ausencia del requisito esencial conduzca a invalidar gran parte de lo actuado».

En conclusión, si en las audiencias de formulación de imputación y de acusación, el fiscal no define de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes, a tal punto que el indiciado o imputado no haya tenido la posibilidad de conocer por qué hechos se le vincula no está siendo investigado, se vulnera de manera flagrante el debido proceso – congruencia y defensa-, y el único remedio posible es la nulidad de la actuación.

Posición que volvió a reiterar en las decisiones SP3420-2021. Rad. 55947 y SP3433-2021. Rad. 57266 y en la más reciente SP893-2022, Rad. 58277. Respetuosamente, considero que la Sala mayoritaria, desconoce la sólida línea jurisprudencia que, sobre el particular, ha establecido la Corte Suprema de Justicia.

En el caso que se puso en consideración de la Sala, en la diligencia de formulación de imputación, se verbalizaron los fundamentos del delegado del ente acusador, el cual se produjo en los siguientes términos:

“Del año 2004 al 2008 en el municipio de Concepción vereda La Cejita el señor LUBIN DE JESUS MARIN MARIN ejecutó acceso carnal a la menor YULIANA TATIANA OSORIO FRANCO, la cual para la época contaba con 15 años y tenía retardo mental leve, ello de acuerdo a una certificación médica, además de tener 15 años, sufría de una inferioridad psíquica, este acceso sexual fue violento además por las amenazas- y además se agrava.....se interrumpe la grabación por una llamada telefónica... como la menor sufre de un retardo mental leve, y además que este acceso carnal fue violento,

puesto que usted amenazaba a YULI TATIANA y no la amenazaba solo a ella sino a su sobrina VALENTINA FRANCO HENAO, también, estos actos sexuales que usted realizó desde que la menor tenía 12 años hasta los 15 años, que la dejó embarazada, es que esta delegada le formula imputación por acceso carnal con incapaz de resistir por lo que se agrava la conducta del artículo 207 con respecto al artículo 2011 del Código Penal, esto es en concreto esto es un acceso carnal con incapaz de resistir, conducta sancionada con un pena de 12 a 20 años de prisión al que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconciencia o en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, para el caso en concreto es un acceso carnal con un incapaz de resistir, ya le digo se tiene un certificado médico, pena que se aumenta porque usted a esta adolescente la dejó en embarazo y en ese acceso carnal violento, que tenía esa incapacidad psíquica y que además usted la amenazaba, esa violencia que usted ejerció se agrava conforme el artículo 211 del Código Penal, numeral 6 así: " Las penas descritas para los delitos anteriores se aumentaran de una tercera parte a la mitad cuando se produjere embarazo."

En estas condiciones, para la suscrita es claro que los hechos jurídicamente relevantes, en su aspecto medular y no apenas circunstancial o de contexto, advierten un atentado contra la libertad, integridad y formación sexual de una menor de edad, no obstante, la conducta endilgada se encuentra difusamente referida, al punto que: (i) para determinar la supuesta conducta punible, rememoró de manera indistinta otros tipos penales hasta determinar la que consideró demostrada, esto es, acceso carnal de persona puesta en incapacidad de resistir (ii) no se señala de manera clara la conducta endilgada frente a la víctima, pues de manera genérica, y quedándose corto frente al supuesto fáctico se enuncian de manera indiscriminada los punibles de actos sexuales, acceso carnal violento y acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir; (iii) se hace referencia confusamente a que otra menor fue víctima de vejámenes sexuales por parte del procesado.

Seguidamente, en la diligencia de formulación de acusación solo se dio lectura al escrito de acusación, indicándose:

“En la vereda la Cejita del Municipio de Concepción. El señor LUBIN DE JESUS MARIN MARIN, Entre los años 2004 a 2008 realizó en varias oportunidades acceso carnal en la menor Y. T. O F., quien producto de esos accesos quedó en embarazo cuando contaba con 15 años de edad. El acceso carnal además fue violento debido a las constantes amenazas de muerte que este le hacía a su víctima y a la familia. Dichos Accesos se realizaron en persona en condiciones de inferioridad psíquica, ya que de acuerdo con la certificación médica YULIANA padece de un retardo mental leve. LUBIN DE JESUS MARIN MARIN, sabía que acceder carnalmente a una menor de edad es contrario a la ley y sin embargo quiso hacerlo. El señor MARIN MARIN, lesionó de manera efectiva el bien jurídico protegido de la LIBERTAD Y FORMACION SEXUAL de YULIANA TATIANA OSORIO FRANCO y lo hizo sin justa causa. LUBIN DE JESUS MARIN MARIN, tenía capacidad para comprender que acceder a una menor de edad a la fuerza, amenazada y además con discapacidad psíquica era ilícito, pues MARIN MARIN estaba en capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Pues el hoy acusado era consciente que esos accesos sexuales que hacía con la menor es contrario al ordenamiento jurídico, tal es así que la amenazaba de muerte para que no contara.”

Con lo anterior, se advierte que el delegado del ente persecutor entremezcló de manera indistinta varias conductas delictivas, además de agregar un elemento normativo adicional de un tipo penal específico, esto es, el retardo mental que padecía la menor víctima, lo que de suyo, lo encasilla en el punible de acceso carnal o acto sexual abusivo en persona puesta en incapacidad de resistir.

Además de ello, explicita el elemento violencia, con lo cual el sujeto agente doblegó la voluntad del sujeto pasivo, vulnerando ese derecho a determinarse de manera voluntaria con relación a cómo y con quién disponer de su cuerpo con fines erótico sexuales, valoración que no trae el tipo penal por el que fuera acusado y sancionado, pues el punible de acceso carnal o acto sexual en

persona puesta en incapacidad de resistir, el sujeto adquiere características especiales, ya que se exige que sea la persona puesta en incapacidad de resistir o en estado de inconciencia, o en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, lo que valga decir, no se evidenció de lo expuesto en las mentadas diligencias.

La secuela anotada tuvo su génesis en una imputación indeterminada, con lo cual la Fiscalía transgredió la garantía consagrada a favor del procesado por el artículo 8-h del Código de Procedimiento Penal¹, por inobservancia de los dictados del artículo 337-2 ibidem, cuya significación ha sido recalcada por la Corte Suprema de Justicia indicando que es carga de la Fiscalía que la acusación *"(...) exprese la determinación fáctica y jurídica de la conducta penalmente relevante, señalándose en forma clara, precisa, comprensible, los elementos que estructuran el tipo penal, además de las circunstancias específicas de mayor gravedad y/o las que tienen incidencia en la dosificación punitiva"*²

La gestión que puedan adelantar el acusado y su apoderado en ejercicio del derecho de defensa se erige, de manera dialéctica, en una reacción a la imputación, y si aquella es indeterminada, la defensa no puede ser eficaz.

Junto con lo anotado, es patente la violación del principio de congruencia por cuanto los hechos jurídicamente relevantes verbalizados en la formulación de imputación, no comportaron

¹ "Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan; (...)".

² CSJ SP401-2021, 17 feb., rad. 55833.

claridad y suficiencia en la descripción del comportamiento específico que nutren en lo típico el delito objeto de imputación.

Así las cosas, en el presente caso se comprobaron yerros en la fijación y comunicación de los hechos jurídicamente relevantes desde la audiencia de formulación de imputación, por manera, que debe imponerse la anulación del trámite desde esa etapa por economía procesal³, y no desde la formulación de la acusación, como lo consideran las mayorías, dejando de lado, además, la consistente línea jurisprudencial que ha decantado nuestro máximo órgano de cierre sobre el particular.

Lo anterior dicho con el más absoluto respeto por la posición de la Sala mayoritaria.

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

³ De vieja data por la Corte Constitucional (Sent. C-037/98), este principio rector del ordenamiento jurídico y con alcance en la jurisdicción penal ha sido definido como aquel que consiste en alcanzar el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Aplicando este principio, se persigue la celeridad en la solución de los litigios, de otra manera, que se imparta pronta y cumplida justicia.

Firmado Por:
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: **1b1a2e52c6785a10b932ac91fbbdbc124a63f8172e325c103b7aff22f65cc82a**

Documento generado en 20/02/2023 01:21:13 PM

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