

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 057

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
2018-1271-1	auto ley 906	HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA	JORGE ALBERTO MEJIA BARBOSA Y OTROS	Declara desierto recurso de casación	Marzo 31 de 2023
2023-0498-1	Tutela 1ª instancia	BREINER GUERRERO FRANCO	JUZGADO 1º PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS	Rechaza acción de tutela	Marzo 31 de 2023
2023-0429-1	Tutela 2ª instancia	AMPARO DEL SOCORRO RESTREPO DE ZAPATA	NUEVA EPS Y OTROS	Confirma fallo de 1ª instancia	Marzo 31 de 2023
2021-1625-2	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	LUIS EDUARDO CARMONA ESQUIVEL	Concede recurso de casación	Marzo 31 de 2023
2023-0347-2	Tutela 2ª instancia	CARLOS ARTURO MENDOZA ÚSUGA	EPS FAMILIAR DE COLOMBIA	modifica fallo de 1ª instancia	Marzo 31 de 2023
2023-0380-2	Tutela 2ª instancia	MIRYAM ADELAIDA MARTÍNEZ GUARÍN	COLPENSIONES	Confirma fallo de 1ª instancia	Marzo 31 de 2023
2023-0499-2	Consulta a desacato	LUZ MARINA AGUDELO TOBÓN	NUEVA EPS Y OTROS	Revoca sanción impuesta	Marzo 31 de 2023
2023-0433-4	Tutela 1ª instancia	MARTÍN ANTONIO RUÍZ LADINO	JUZGADO 2º DE E.P.M.S. DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Marzo 31 de 2023
2023-0438-4	Tutela 1ª instancia	YENIFER SURANI PAYARES GRANDA	JUZGADO 3º PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Marzo 31 de 2023
2023-0475-4	Tutela 1ª instancia	DIANA YANET SILVA RAMÍREZ	FISCALÍA 27 SECCIONAL DE SANTA BARBARA ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por hecho superado	Marzo 31 de 2023
2023-0467-4	Tutela 1ª instancia	ADRIANA PATRICIA VÉLEZ CARMONA	FISCALIA 01 UNIDAD DE VIDA ZIPAQUIRA	Niega por hecho superado	Marzo 31 de 2023

2023-0247-5	auto ley 906	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	GERMÁN ALIRIO OCHOA CABALLERO	Decreta nulidad	Marzo 31 de 2023
2023-0348-5	Tutela 2° instancia	ÁNGELA CRISTINA BERNAL PINEDA	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA	Confirma fallo de 1° instancia	Marzo 31 de 2023
2023-0337-5	Tutela 2° instancia	HENRY PASTRANA PRIETO	CENTRO DE INNOVACIÓN LA AGROINDUSTRIA Y LA AVOCACIÓN –SENA	Decreta nulidad	Marzo 31 de 2023
2023-0462-5	Tutela 1ª instancia	JAIME WITHER SÁNCHEZ POSADA	JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO DE SOPETRAN ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Marzo 31 de 2023
2023-0437-5	Tutela 1ª instancia	JUAN GUILLERMO ECHAVARRÍA BLANDÓN	JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE PUERTO BERRIO ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Marzo 31 de 2023
2023-0446-5	Auto ley 906	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	JEFFERSON DAVID HERNÁNDEZ EUSSE	confirma auto de 1° Instancia	Marzo 31 de 2023
2022-2041-5	Auto ley 906	PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS	CRISTIAN ALEJANDRO DAZA GALLEGU	Revoca auto de 1° instancia	Marzo 31 de 2023
2023-0509-5	Auto ley 906	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	SERGIO ANTONIO AGUDELO MARTÍNEZ	confirma auto de 1° Instancia	Marzo 31 de 2023
2023-0549-5	Auto ley 906	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	SANTIAGO MUÑOZ ARENAS	se abstiene de resolver impedimento	Marzo 31 de 2023
2023-0341-6	Tutela 2° instancia	YOLIMA MORENO CASTRILLÓN	UARIV	Confirma fallo de 1° instancia	Marzo 31 de 2023
2023-0447-6	Tutela 1ª instancia	SEBASTIÁN ARBELÁEZ PÉREZ	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Marzo 31 de 2023
2023-0403-6	Tutela 2° instancia	IVÁN DE JESÚS ROJAS CANO	NUEVA EPS Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Marzo 31 de 2023
2023-0391-6	Tutela 2° instancia	BELÉN PIEDAD SALAZAR RAMÍREZ	UARIV	Confirma fallo de 1° instancia	Marzo 31 de 2023
2023-0381-6	Tutela 2° instancia	JAIRO DE JESÚS GIRALDO GIRALDO	COLPENSIONES	Confirma fallo de 1° instancia	Marzo 31 de 2023
2023-0363-6	Tutela 2° instancia	GILBERTO MORENO VALOYES	NUEVA EPS Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Marzo 31 de 2023
2023-0400-6	Tutela 2° instancia	ADIANYS MARÍA HERNÁNDEZ POLO	NUEVA EPS Y OTROS	Decreta nulidad	Marzo 31 de 2023
2023-0461-6	Tutela 1ª instancia	LUIS ENRIQUE ISAZA QUINTERO	FISCALÍA 120 SECCIONAL DE SONSON ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Marzo 31 de 2023
2023-0117-5	Sentencia 2ª instancia	Lesiones personales	Leidy Milena Garzón Arias	Revoca sentencia de 1 instancia	Marzo 31 de 2023
2022-1981-5	Sentencia 2ª instancia	Hurto calificado y agravado	Gildardo Andrethy Pérez y otros	modifica sentencia de 1° instancia	Marzo 31 de 2023

2022-1802-5	Sentencia 2º instancia	HOMICIDIO AGRAVADO Y O	Yefri Estiven Pineda Santamaría y otros	Revoca sentencia de 1 instancia	Marzo 31 de 2023
2023-0026-5	Sentencia 2º instancia	trafico, fabricación o porte de estupefacientes	Mario Javier Osorio Velásquez	Confirma sentencia de 1º Instancia	Marzo 31 de 2023
2023-0088-6	Sentencia 2º instancia	trafico, fabricación o porte de estupefacientes	JAVIER DE JESUS CHANCI CHANCI	Confirma sentencia de 1º Instancia	Marzo 31 de 2023

FIJADO, HOY 10 DE ABRIL DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 061

PROCESO: *05000 31 07 002 2015 00533 (2018-1271-1)*
DELITO: *HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA*
CONCIERTO PARA DELINQUIR
ACUSADOS: *JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA*
HORTENCIA ARDILA MENCO
PROVIDENCIA: *DECLARA DESIERTO RECURSO CASACIÓN*

Mediante sentencia proferida el 09 de marzo de 2018 el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, condenó a los señores JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA y HORTENCIA ARDILA MENCO por encontrarlos penalmente responsables del delito de concierto para Delinquir Agravado que le fueron formulados por la Fiscalía General de la Nación.

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

La Sala resolvió el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía y la defensa del procesado; en decisión del 15 de diciembre de 2022 resolvió confirmar la sentencia de primera instancia.

El 16 de enero de 2023 la defensa del señor JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA, informa que interpone el recurso extraordinario de Casación.

Según constancia de la Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación, el

PROCESO: 05000 31 07 002 2015 00533 (2018-1271-1)
DELITO: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA
CONCIERTO PARA DELINQUIR
ACUSADOS: JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA
HORTENCIA ARDILA MENCO

día 20 de enero de 2023 comenzó a correr el término de traslado para la interposición del recurso de casación el cual vencía el 09 de febrero de 2023.

Se dispuso correr el traslado legal para presentar la demanda de Casación, los cuales iniciaron el 10 de febrero de 2023 y finalizaban el 24 de marzo de 2023, a las 5:00 P.M.

El secretario de la Sala informa que corrió el término para sustentar el recurso de casación hasta el 24 de marzo de 2023 a las 5 pm., sin que se allegara por parte del Defensor, escrito alguno que dé cuenta de la sustentación del recurso que en su momento oportuno fuera interpuesto, por lo anterior la Sala deberá declarar desierto el recurso interpuesto.

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

RESUELVE

Declarar **DESIERTO** el recurso de casación interpuesto por el apoderado del señor JORGE ALBERTO MEJÍA BARBOSA en contra de la sentencia de segunda instancia dictada en este proceso.

Contra la presente decisión procede el recurso de reposición.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(EN PERMISO)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **715fe351b9fd7039f304738f06a9a536266078afd57fd25baf270e5912a996ac**

Documento generado en 31/03/2023 03:35:32 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, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 061

PROCESO	: 05000-22-04-000-2023-00134 (2023 -0498- 1)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	: JASMITH ADRIANA GUERRERO FRANCO
AFECTADO	: BREINER GUERRERO FRANCO
ACCIONADO	: JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA
PROVIDENCIA	: RECHAZA DEMANDA

ASUNTO

Llega a la Sala la acción de tutela interpuesta por la señora **JHASMITH ADRIANA GUERRERO FRANCO**, en contra del **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA**, con el objeto de que sean respetados los derechos fundamentales que le asisten al señor **BREINER GUERRERO FRANCO**, quien se encuentra privado de la libertad en el Establecimiento Penitenciario de Apartadó, Antioquia, solicitó la libertad condicional la cual fue negada y apelada por el procesado, sin que se haya pronunciado el Juzgado.

Conforme a lo anterior, se requirió a la parte actora para que en el término de tres días justificara por qué motivo el señor BREINER no interpuso la acción de tutela directamente, a pesar de haber enviado la notificación al correo electrónico jahasaguefra_13@hotmail.com; correo que fue del mismo que se entregó la acción de tutela, no acusaron recibido y aunque enviaron una respuesta indicando que: “ ya que soy hermana del interno Breiner Guerrero Franco; el cual esta privado de la libertad en

el centro de reclusión de mediana seguridad carcelaria del municipio de apartado - Antioquía y dicha acción de tutela se hizo, señor magistrado ponente Edilberto Antonio Arenas Correa Con la finalidad de que el juzgado fallador le dé la debida respuesta sobre la apelación que el interpuso cuando el juzgado vigilador le negó el beneficio de libertad condicional. Entonces al ver que él ya tiene todos y cada uno de los requisitos Exigidos en parte objetiva y subjetiva para lograr el beneficio y pasa el tiempo y no le dan ningún tipo de respuesta, Optamos por ayudarlo por medio de este mecanismo a ver si así se logra el reencuentro con nosotros sus familiares y llevar una vida digna, sana, justa y en paz con el resto de la sociedad.

De otro lado se le hace saber que se actuó por medios personales. Ya que en el centro de reclusión donde él se encuentra el área de jurídica son con todo respeto muy atrasados para tramitar cualquier tipo de documento de los PPL que allí se encuentran.

Es por ello que lo hicimos por medio de esta vía de correo electrónico y de manera propia..." sin poder demostrar la agencia oficiosa.

CONSIDERACIONES

Sería del caso que la Sala entrara a resolver lo pertinente frente a la presente acción de tutela, si no fuera porque la persona que la invocó no se encuentra legitimada para ello.

Como bien se conoce, la acción de tutela es un procedimiento preferente y sumario, confiado al juez, que se encuentra al alcance de toda persona, ya sea natural o jurídica y que está destinado a la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando éstos sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular y siempre que no exista otro mecanismo de defensa judicial o se esté ante un perjuicio irremediable, evento último en el cual procede la tutela como mecanismo transitorio.

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, se

caracteriza por la subsidiariedad y la inmediatez. El primero por cuanto tan sólo resulta procedente instaurarla cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que lo pretendido sea evitar un perjuicio irremediable (art. 86, inc. 3, C.P.). En cuanto al segundo, toda vez que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

Dicha acción se contrae a la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales que están siendo afectados de modo actual e inminente, y conduce a la expedición de una decisión judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

Según lo dispone el artículo 86 de nuestra Constitución, la tutela puede ser instaurada por cualquier persona que considere vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales, independientemente de si es ciudadano o no. De manera que pueden interponerla los nacionales, los extranjeros, **los que se encuentran privados de su libertad**, los indígenas e inclusive los menores de edad. No hay diferenciación por aspectos tales como raza, sexo o condición social, lo que indica que todo ser humano que se halle en territorio colombiano puede ejercer la acción, o, en el evento en que no se encuentre allí, cuando la autoridad o particular con cuya acción u omisión se vulnera el derecho fundamental se halle en Colombia.

Respecto a la legitimidad e interés para interponerla, hay que decir que la acción puede interponerse directamente por la persona afectada o por quien actúe en su nombre.

En efecto, la persona que considere se le ha vulnerado o amenazado

un derecho fundamental y desee instaurar una acción de tutela no requiere ser abogado, ni tener conocimientos jurídicos, ni mucho menos saber escribir, es decir, la Constitución y la ley no exigen calidad alguna para el sujeto activo de la acción. Inclusive, no es requisito esencial presentarla por escrito, la ley consagra la posibilidad de que la misma se pueda incoar verbalmente en casos de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad.

El carácter informal de la acción posibilita al sujeto, ante su falta de preparación, para que acuda a la firma a ruego, a imprimir su huella dactilar, a acudir a la agencia oficiosa, o simplemente a concurrir ante el juez y manifestar verbalmente las circunstancias de hecho que motivaron la violación o amenaza de sus derechos y el señalamiento de los mismos. Lo importante es que exponga la situación al funcionario judicial, que lo ponga en alerta sobre la afectación de la cual está siendo objeto para que éste, a su vez, esclarezca los hechos y adopte una decisión de mérito.

Ahora bien, cuando la persona no ejerce directamente la acción, puede ser representada por otro, bien en ejercicio de representación legal (por ejemplo su representante legal tratándose de una persona jurídica o por los padres en virtud de la Patria Potestad) o en desarrollo de una agencia oficiosa, cuando el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa, caso en el cual es menester que esa circunstancia se manifieste en la solicitud, o acudir a los estrados a través de un abogado titulado.

Así el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que se pueden agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia

ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”

Respecto a los requisitos exigidos para que proceda la agencia oficiosa, la H. Corte Constitucional ha establecido que¹:

“...Tercera. Requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para que proceda la agencia oficiosa.

El inciso 2° del artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, señala que se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa, situación que “deberá manifestarse en la solicitud” respectiva...”

En esos términos, la Corte ha señalado que, en principio, los elementos de tal agencia en materia de tutela son: i) la necesidad de que el agente oficioso indique que está actuando como tal, y ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condición de actuar por sí mismo.

Así, el juez está en la obligación de respetar la autonomía personal de quien ha de acudir en defensa de sus propios derechos; no puede ser automático que alguien actúe a nombre del que puede valerse por sí mismo, pues podría suscitarse un desplazamiento abusivo de alguien que no esté de acuerdo con la presentación de la demanda, así presuntamente sea de su interés.

Así se ha manifestado esta corporación²:

“... la exigencia de la legitimidad por activa no es un capricho del legislador, por el contrario, obedece al mismo reconocimiento dado por el constituyente primario a la dignidad, la cual según jurisprudencia de esta corporación, se logra con el pleno ejercicio de la libertad individual, y se define en la posibilidad de elegir el propio destino³. **No obstante, las buenas intenciones de**

¹ **Sentencia T-248 de 2010.**

² T-608 de septiembre 1° de 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En similar sentido T-551 de julio 13 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³ Sentencia T-881 de 17 de octubre de 2002, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett: “la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como

terceros, quien decide la puesta en marcha de los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona idónea para hacerlo.”

Es decir, para que proceda la agencia oficiosa ha de expresarse que se actúa en tal gestión y que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de promover su propia defensa, sea por circunstancias físicas, como una enfermedad incapacitante, o por razones síquicas, o ante un estado de indefensión. En todo caso, cuando tal circunstancia ocurra, deberá acreditarse en la respectiva solicitud.

En sentencia T-573 de junio 4 de 2008 (M. P Humberto Antonio Sierra Porto), se recordó:

“... la Corte ha flexibilizado su posición en torno a la necesidad de manifestar expresamente que se actúa como agente oficial (sic) y de enunciar las razones por las cuales el titular del derecho no puede ejercer la acción por sí mismo y, **ha dispuesto que en aquellos casos en los que por razones físicas, mentales y síquicas, éste no pueda actuar por sí mismo y no se ponga de presente ese hecho así como, el de actuar como agente oficioso, el juez de tutela tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción en nombre de otro.**

Así en sentencia T-1012 de 1999, la Corte aclaró: ‘(...) son dos los requisitos exigidos para la prosperidad de la agencia oficiosa: la manifestación de que se actúa como agente oficioso de otra persona y, la imposibilidad de ésta de promover directamente la acción constitucional. ¿Pero que sucede si en el escrito de tutela no se manifiesta en forma expresa que se están agenciando derechos de personas que se encuentran imposibilitadas para acudir a un proceso que afecta sus derechos, circunstancia ésta que se encuentra debidamente acreditada en el caso sub examine, pero, del contenido mismo de la demanda de tutela, se concluye que se actúa en nombre de otro?’

En este orden de ideas, le corresponde al juez constitucional valorar las circunstancias del caso y determinar si es procedente o no la acción de tutela cuando no es el titular del derecho quien la ejerce sino un tercero determinado o indeterminado en su nombre, más aún cuando se trata de personas

ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo ‘dignidad humana’, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo”.

enfermas de la tercera edad.⁴ En esos casos, la realidad debe primar sobre las formas⁵ y, el juez de tutela debe propender por garantizar los derechos de ese grupo poblacional que se encuentra en una 'debilidad manifiesta', pues tal como lo ha expresado esta Corte, la figura de la agencia oficiosa 'es suficientemente comprensiva y guarda relación con hechos de cualquier naturaleza o con situaciones que imposibilitan la comparecencia directa del interesado'; razón por la que, 'no puede elaborarse de antemano una lista de circunstancias justificantes de la forma en que se ha llegado a los estrados. Empero, en el marco normativo encajan todas las eventualidades que limitan a quien se considera afectado para acudir ante el juez'."

En conclusión, a lo expresado, corresponde al juez de tutela analizar y determinar si una persona está legitimada para que mediante la acción de tutela actúe en agencia de derechos de un tercero. **Dicho análisis debe hacerse siempre atendiendo las situaciones particulares del caso e identificando fehacientemente la imposibilidad del agenciado para interponer la acción, y sin desconocer derechos personales.**

En el presente caso, la señora JASMITH ADRIANA GUERRERO FRANCO no manifiesta las razones por las cuales actúa en nombre del señor BREINER GUERRERO FRANCO, y por el contrario indica que actúa en nombre propio, sin cumplir los requisitos esenciales del presente trámite pretende que se le tutele a este el derecho fundamental de petición, ordenando al **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA**, emitir una decisión con respecto al recurso interpuesto frente a la negativa de conceder la libertad condicional.

Se le requirió por parte de la Sala para que explicara las razones por las cuales el afectado no podía presentar la demanda por él mismo, pero a pesar de haber enviado la notificación del requerimiento al correo

⁴ "Corte Constitucional. Sentencias T- 095 de 2005 y T- 843 de 2005."

⁵ "Corte Constitucional. Sentencia T-299 de 2007."

electrónico jahasaguefra_13@hotmail.com, solo se limitó a indicar que actuaba en nombre propio.

De otro lado, para la Sala es claro que las personas privadas de la libertad cuentan con la posibilidad de interponer las demandas de tutelas por ellos mismos, contando con la prestación del servicio de la Oficina Jurídica del Establecimiento Penitenciario quien tiene el deber de remitir las demandas de tutelas presentadas por ese grupo poblacional a la judicatura para que las mismas sean tramitadas.

Así, no existiendo claridad sobre la imposibilidad que pueda tener el señor BREINER GUERRERO FRANCO, para interponer la demanda por sí solo, pues la accionante se limitó a señalar que brindando la ayuda al PPL, que se encuentra privado de la libertad. No hay explicación de por qué el señor Breiner no pudo realizar la presentación de la acción de tutela. En consecuencia, a la Corporación no le queda más remedio que rechazar la presente demanda.

Es que la Corte Constitucional en sentencia T-899 de agosto 23 de 2001 señaló:

“... la exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo.”

Como ya lo ha dicho esta Sala en otras oportunidades, si la **persona es capaz** para interponer la acción de tutela, no es aceptable que otra persona lo haga, al punto que ni siquiera sus padres se encuentran habilitados para ello, pues no se estaría reflejando la autonomía de la voluntad y el interés que tiene en hacer valer sus derechos.

Sobre este aspecto, la Corte en sentencia T-294 de 2000 dijo:

"... Los padres en relación con sus hijos mayores de edad, al no tener la representación de éstos, sólo podrán interponer acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de aquéllos, cuando el hijo se encuentre en la imposibilidad de interponer ésta directamente. En estos casos, el padre actuará como un agente oficioso y no como su representante..."

"... En esta materia, el juez ha de ser absolutamente estricto, pues ampliar la posibilidad de representación de los padres a los hijos mayores de edad, puede convertirse en la negación de su personalidad, de su libre albedrío, etc. Por medio de este amplificador de legitimidad, por llamarlo de alguna manera, basado en el lazo familiar o en el amor filial, podría llegar el padre a obtener por parte del juez de tutela órdenes contrarias a los derechos del hijo, y, específicamente su voluntad, desconociendo, principalmente, su autonomía. Por tanto, **el exigir que el interesado sea quien directamente reclame por sus derechos no puede considerarse como un mero formalismo, pues lo que está en juego, en estos casos, es la libertad de cada sujeto para autodeterminarse y disponer de sus derechos.**

"... Es claro, entonces, que los únicos eventos en que el padre de un mayor de edad puede ejercer la defensa directa de los derechos fundamentales de éste, es cuando el hijo, mayor de edad, se encuentre en imposibilidad ejercer directamente su defensa, **hecho que tendrá que ponerse en conocimiento del juez al momento de instaurarse la acción de tutela, o en el trámite de la misma.** Se acepta que el padre puede actuar como agente oficioso de su hijo mayor de edad, más no como su representante." (Se subraya)

Así, en numerosas oportunidades la Corte Constitucional ha examinado la legitimidad del agente oficioso y ha señalado que sólo se admite en la forma y en los eventos previstos en la ley, **o si se prueba la anuencia posterior del afectado.** Entre muchas otras providencias se pueden citar las sentencias T-503 de 1998; T-498 de 1994; SU-707 de 1996; T-1749 de 2000; T-315 de 2000; T-787 de 2001; T-1012 de 2001.

En este caso, no se precisó el por qué el afectado no instauró la tutela en nombre propio, ni tampoco cuenta la Corporación con el consentimiento de ciudadano BREINER GUERRERO FRANCO para adelantar el trámite, por lo que se reitera, lo que se impone es el rechazo

de la petición de amparo.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR la acción de tutela que, a favor de BREINER GUERRERO FRANCO, interpusiera la señora JASMITH ADRIANA GUERRERO FRANCO.

SEGUNDO: Si la providencia no es impugnada se remitirá lo actuado ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme con su jurisprudencia evidenciada en varias decisiones como en la T-313/2018.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(EN PERMISO)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **fd86f70e17548a093dd3a0308aaeb83a831adde5803c891f05c2cf9cfed1a929**

Documento generado en 31/03/2023 03:35:40 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, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 061

PROCESO	: 05615 31 04 003 2023 00028 (2023-0429-1)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	: AMPARO DEL SOCORRO RESTREPO DE ZAPATA
AFECTADO	: MARCO TULIO RESTREPO ZULUAGA
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 07 de marzo de 2023, a través de la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, decidió conceder el tratamiento integral invocado por el señor MARCO TULIO RESTREPO ZULUAGA.

LA DEMANDA

Sostuvo la accionante que el señor Marco Tulio es un hombre de 91 años y se encuentra actualmente afiliado a la Nueva EPS, presentando un diagnóstico de TUMOR MALIGNO DE LA PIEL DE OTRAS PARTES NO ESPECIFICADAS DE LA CARA, tuvo una atención en el mes de octubre con dermatología, en el que ordenaron dos procedimientos denominados ESTUDIO DE COLORACIÓN

BÁSICA EN BIOPSIA, y BIOPSIA INCISIONAL O ESCISIONAL DE PIEL TEJIDO CELULAR SUBCUTÁNEO O MUCOSA (con sutura), ello con la finalidad de determinar el tratamiento de salud, no obstante, aún no ha sido posible su materialización.

Solicitó que se ordene a Nueva EPS que se materialice los procedimientos denominados ESTUDIO DE COLORACIÓN BÁSICA EN BIOPSIA, y BIOPSIA INCISIONAL O ESCISIONAL DE PIEL TEJIDO CELULAR SUBCUTÁNEO O MUCOSA (con sutura), y sea concedido el tratamiento integral para la patología TUMOR MALIGNO DE LA PIEL DE OTRAS PARTES NO ESPECIFICADAS DE LA CARA.

LA RESPUESTA

La NUEVA EPS indicó que se encuentra en revisión del caso con el área encargada para determinar las presuntas demoras en el trámite de validación y que una vez se emita el concepto lo estarían remitiendo al despacho por medio de respuesta complementaria junto con los respectivos soportes.

Agregó que las EPS tienen plena libertad de conformar su red de servicios, para lo cual cuentan con la facultad de contratar o de celebrar convenios con las IPS que lo consideren pertinente, con la obligación de brindarle una asistencia integral y de calidad de salud a los afiliados.

Puntualizando que, esa entidad, no ha vulnerado derecho fundamental alguno del accionante, dando a conocer cómo funciona el modelo de atención de NUEVA EPS.

Informó que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares. Determinarlo de esa manera es presumir la mala actuación de esa institución por adelantado. No puede presumir el fallador que en el momento en que el usuario requiera servicios no les serán autorizados, pues, el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración de los derechos y protegerlos a futuro.

Solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela, y en consecuencia se deniegue; asimismo, pidió ordenar al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra Nueva EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de ese tipo de servicios.

EL FALLO IMPUGNADO

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

“...En el caso sometido a estudio de esta judicatura, se tiene que el señor MARCO TULIO RESTREPO ZULUAGA, quien cuenta con 91 años de edad, a través de su agente oficiosa, invoca la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud y dignidad humana, ello como quiera que la NUEVA EPS no le ha materializado los procedimientos denominados ESTUDIO DE COLORACIÓN BÁSICA EN BIOPSIA y BIOPSIA INCISIONAL O ESCISIONAL DE PIEL TEJIDO CELULAR SUBCUTÁNEO O MUCOSA pese a la orden dada por su médico tratante desde el mes de octubre de 2022. Asimismo, solicita la concesión del tratamiento integral para tratar sus patologías de TUMOR MALIGNO DE LA PIEL DE OTRAS PARTES NO ESPECIFICADAS DE LA CARA.

Vinculada al contradictorio la NUEVA EPS, indicó que el caso estaba siendo estudiado por el área encargada, no obstante, no allegó pronunciamiento

complementario alguno. Asimismo, se opuso a la concesión del tratamiento integral y solicitó conceder el reembolso ante el ADRES por los servicios prestados.

Así entonces, tenemos que, desde el 15 de octubre de 2022, al señor MARCO TULIO RESTREPO ZULUAGA le fueron prescritas la orden para CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN DERMATOLOGÍA, no obstante, pese a que ha transcurrido tiempo más que suficiente, NUEVA EPS no ha materializado el servicio médico requerido, lo cual ha venido desmejorando las condiciones de salud del afectado e impidiendo que se emplee un tratamiento adecuado para sus patologías, pues, recuérdese que los procedimientos médicos son precisamente para determinar ese tratamiento que habrá de rehabilitar la salud del señor MARCO TULIO.

(...)

Tenemos igualmente, que, existe una orden médica que respalda las pretensiones del afectado, esta es, la prescrita por el médico tratante desde el 15 de octubre de 2022, debiéndose en este punto, recordarse a NUEVA EPS que el sistema de salud debe ser oportuno y eficaz en la prestación del servicio a sus pacientes, no pudiéndose valer mediante barreras que impiden un acceso efectivo del usuario que busca la recuperación de su salud, tratándose además de un afectado que hace parte de la población adulto mayor, quienes tienen una protección constitucional reforzada por su condición de debilidad manifiesta.

Bajo este escenario, habrá de decirse que, de ninguna manera puede privarse al señor MARCO TULIO RESTREPO ZULUAGA del acceso efectivo a los servicios médicos que requiere para las patologías que padece actualmente TUMOR MALIGNO DE LA PIEL DE OTRAS PARTES NO ESPECIFICADAS DE LA CARA, pues, resulta evidente, que la provisión de dicho servicio por parte de la NUEVA EPS para rehabilitar la salud del afectado, no se ha efectuado de manera cabal y ninguno de los argumentos esgrimidos por dicha entidad para librar su responsabilidad son de recibo para este Despacho, por el contrario, son esos mismos argumentos los que permiten, con mayor claridad, llegar a la conclusión de que, efectivamente, por parte del EPS aquí accionada se está presentado una vulneración a los derechos fundamentales invocados. (...)

Finalmente, frente a la concesión del tratamiento integral, conviene precisar que la jurisprudencia Constitucional ha sostenido que, en virtud del principio de integralidad del servicio de salud y con el fin de superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida de los pacientes, su integridad y su dignidad, se deben orientar todos los esfuerzos para que de manera pronta, eficaz y efectiva, el paciente reciba todos los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible; en esa medida se deben suministrar todos los elementos y tratamientos necesarios para optimizar sus habilidades funcionales, mentales y sociales.

Así entonces, las entidades encargadas de la prestación de los servicios en salud, deben prestar todos los implementos, accesorios, servicios, insumos y tratamientos que requiera el afectado para superar su patología, la cual, para el caso concreto, ha sido determinada por un médico tratante y que consiste en TUMOR MALIGNO DE LA PIEL DE OTRAS PARTES NO ESPECIFICADAS DE LA CARA.

Así las cosas, demostrada la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y la vida, se concederá la protección invocada. y, en consecuencia, se ordenará a la NUEVA EPS, a través de su representante legal, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, si aún no lo ha hecho, disponga lo necesario para materializar los procedimientos denominados ESTUDIO DE COLORACIÓN BÁSICA EN BIOPSIA y BIOPSIA INCISIONAL O ESCISIONAL DE PIEL TEJIDO CELULAR SUBCUTÁNEO O MUCOSA dispuesta por el médico tratante del señor MARCO TULIO RESTREPO ZULUAGA.

Además, la NUEVA EPS, deberá brindarle al señor MARCO TULIO RESTREPO ZULUAGA todas las atenciones, procedimientos o suministro de medicamentos (tratamiento integral) que le sean ordenados por los médicos tratantes en virtud de su diagnóstico TUMOR MALIGNO DE LA PIEL DE OTRAS PARTES NO ESPECIFICADAS DE LA CARA..."

LA IMPUGNACIÓN

La Apoderada 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.

Expresó que, en tal sentido, 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.

Afirmó 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.

Aseguró que los servicios de salud que son ordenados al usuario por parte de los médicos de la red de Nueva EPS son y serán cubiertos

con base en la normatividad vigente, incluyendo el acceso al Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC de que habla la Resolución N° 2292 de 2021, de acuerdo con lo establecido en el mismo acerca de los procedimientos y requisitos para ello.

Adujo que no observa ningún soporte probatorio donde se evidencie que el accionante requiera otro tipo de medicamentos o procedimientos a los solicitados, por lo que no es posible que el Juez Constitucional imparta una orden futura e incierta que indetermina el alcance del fallo de tutela.

Aseveró que los recursos del Sistema de Salud son finitos, tal como lo define la Corte Constitucional en Sentencia T-760 de 2008, recursos que deben ser destinados exclusivamente a la prestación de tales servicios debidamente determinados y señalados por el médico tratante del paciente, por lo tanto, se reitera, no puede ordenarse la autorización de servicios eventuales, lo que puede generar una demanda desmedida por parte del actor.

Por último, pidió 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 esta manera es presumir la mala actuación de esa institución por adelantado. 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

¹ Ver Sentencia T-289 de 2013

servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico sin que 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 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

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).

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).

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 señor MARCO TULIO RESTREPO ZULUAGA, para el diagnóstico “TUMOR MALIGNO DE LA PIEL DE OTRAS PARTES NO ESPECIFICADAS DE LA CARA”.

Conforme con la impugnación, se discute la concesión del tratamiento integral respecto de la patología de “TUMOR MALIGNO DE LA PIEL DE OTRAS PARTES NO ESPECIFICADAS DE LA CARA”, en tanto, no se pueden tutelar hechos futuros e inciertos.

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 MARCO TULIO RESTREPO ZULUAGA, 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 al afectado, buscando con ello una

integralidad en el tratamiento que requiere.

Conforme con la impugnación, se discute la concesión del tratamiento integral para la patología que actualmente presenta el señor MARCO TULIO RESTREPO ZULUAGA, para lo cual la EPS refiere que dicha obligación no es procedente toda vez que se trata de un hecho futuro.

Es de anotar que, frente al tratamiento integral, no es cierto que la orden sea para hechos futuros e inciertos, pues está claro que el afectado padece actualmente "TUMOR MALIGNO DE LA PIEL DE OTRAS PARTES NO ESPECIFICADAS DE LA CARA", que es un paciente que requiere de atención prioritaria y no puede estar supeditado 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 "TUMOR MALIGNO DE LA PIEL DE OTRAS PARTES NO ESPECIFICADAS DE LA CARA" 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, el 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.

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

(EN PERMISO)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **27936b13047ea79499e000b5fad4fff83e0af13613a6b805d3e7005229edfe8d**

Documento generado en 31/03/2023 03:35:48 PM

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

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

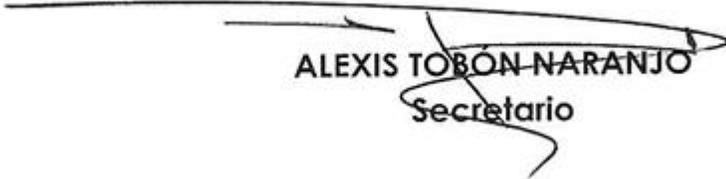
RADICADO:05 001 60 00000 2020 00661 **(N.I. 2021-1625-2)**
DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTROS
ACUSADO: LUIS EDUARDO CARMONA ESQUIVEL

Pongo en conocimiento proceso de la referencia, significándole H. Magistrada a que el **Doctor Sidilfredo Hernández Urango** en calidad de apoderado del señor Luis Eduardo Carmona Esquivel, dentro del término de ley sustentó el recurso extraordinario de CASACIÓN¹ mismo que fue interpuesto oportunamente² frente a la decisión emitida dentro del proceso arriba referido.

Es de anotar que dicho término expiró el día veintiocho (28) de marzo del año en curso (2023) siendo las 05:00 p.m.³.

Lo anterior para su conocimiento y demás fines.

Medellín, marzo treinta (30) dos mil veintitrés (2023)


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivo 15-16

² Archivo 12-13

³ Archivo 14

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, marzo treinta (30) de 2023.

RADICADO:05 00160 00000 2020 00661 (N.I. 2021-1625-2)
DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTROS
ACUSADO: LUIS EDUARDO CARMONA ESQUIVEL

En atención a la constancia Secretarial que antecede, y como quiera que el apoderado del señor Luis Eduardo Carmona Esquivel, sustentó oportunamente el **recurso extraordinario de casación** debidamente interpuesto, se ordena remitir ante la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal a través de la Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación, las presentes diligencias a fin de que se imprima el trámite pertinente por parte de la Alta Corporación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

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: **ca8bcab12f5e5cc34eaace32dd7c9cc475a4cadcbf394838272ac5ca306628c4**

Documento generado en 31/03/2023 10:51:32 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



Radicado: 050453104002202300032
050453104002202300042

Rdo. Interno: 2023-0347-2

Accionante: Carlos Arturo Mendoza Úsuga

Afectada: Nancy de Jesús Úsuga González

Accionado: EPS Familiar de Colombia

Vinculado: Asociación Indígena del Cauca AIC-EP

Actuación: Fallo tutela de 2ª Instancia No. 015

Decisión: Se Modifica

Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado según acta No. 033

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación interpuesto por la DRA. ERIKA JANNETH AHUMADA RODRIGUEZ, representante legal de EPS FAMILIAR DE COLOMBIA, frente al fallo de tutela proferido el día 10 de febrero de 2023, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartado, Antioquia, mediante el cual se concedió el amparo a los derechos

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

fundamentales invocados por el agente oficioso de la señora Nancy de Jesús Úsuga González.

2. LA DEMANDA

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

“Expuso el accionante, que su madre desde el 08 de octubre de 2022 hasta la fecha, está siendo atendida en la CLÍNICA PANAMERICANA, lugar donde se ha venido presentando con una periodicidad de 3 veces (martes, jueves y sábado) a la semana durante 4 horas para que le realicen su proceso de HEMODIALISIS a raíz del diagnóstico N185 - ENFERMEDAD RENAL CRONICA ETAPA 5.

Que desde el mes de noviembre de 2022 le ha solicitado a la AIC - EPS I ASOCIACIÓN INDIGENA DEL CAUCA, que se le reconozca los gastos generados por TRANSPORTE URBANO O SERVICIO DE TAXI /TRAMO APARTADO - CLINICA PANAMERICANA); y, Además, lo correspondiente a gastos de ALOJAMIENTO Y ALIMENTACIÓN por estar en un municipio que no corresponde al de ellos DOMICILIO (SAN PEDRO DE URABÁ).

Indicó el accionante que, en repetidas ocasiones se ha dirigido a las instalaciones de AIC – EPS I ASOCIACIÓN INDIGENA DEL CAUCA UBICADO EN EL BARRIO OBRERO DE APARTADO con el fin de lograr que se nos reconozca los gastos generados por concepto de: TRANSPORTE URBANO, ALOJAMIENTO, ALIMENTACIÓN de manera Urgente pero lo único que le indican es que debe esperar que AIC – EPS I ASOCIACIÓN INDIGENA DEL CAUCA autorice la entrega de estos recursos, y hasta la fecha aún no han recibido respuesta.

Alude el accionante, que en lo que va corrido de noviembre al mes de enero de 2023 LA AIC - EPS I ASOCIACIÓN INDIGENA DEL CAUCA ubicada en el Barrio OBRERO DE APARTADO sólo le han respondido por los gastos de transporte de los meses de octubre y noviembre DE

2022(400 000 \$), Sin embargo, esto ha sido insuficiente por lo que se han visto en la obligación de conseguir con sus propios recursos una habitación (700.000 \$mensual) donde poder permanecer en el municipio de Apartado mientras su madre avanza con su tratamiento, sumado a los gastos de alimentación que corresponden a (\$ 480.000 mensual).

Por último, indicó el accionante que, el MÉDICO INTERNISTA de la CLÍNICA PANAMERICANA les ha manifestado la IMPORTANCIA de tener a su madre cerca del lugar de dónde se hace dicho tratamiento, con finalidad de que pueda garantizar un proceso sin interrupción y el cual es de por vida de no hacerse acarrearía su muerte.

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de Primera Instancia con fundamento en los elementos de prueba allegados a la actuación, de las normas legales y fundamentos constitucionales, concedió el amparo deprecado por la accionante al considerar que:

(...) “Revisado el plenario, se tiene que, la señora Nancy de Jesús Úsuga cuenta con 63 años de edad, presenta diagnóstico de N185 - ENFERMEDAD RENAL CRONICA ETAPA 5, y debe asistir 3 veces (martes, jueves y sábado) a la semana durante 4 horas para que le realicen su proceso de HEMODIALISIS en la Clínica Panamericana.

Teniendo en cuenta lo anterior, y con el propósito de no entorpecer el derecho a la salud de la accionante, se ordenará a la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA SAS, otorgar a la afectada y a su acompañante, viáticos, hospedaje, alimentación, transporte urbano, para asistir a los procedimientos médicos, citas y demás procedimientos médicos necesarios que requiera la señora Nancy de Jesús Úsuga como consecuencia de la patología que presenta; “N185 - ENFERMEDAD RENAL CRONICA ETAPA 5”.

Ahora bien, respecto al tratamiento integral, tenemos que se reconoce cuando: "(ii) el usuario es un sujeto de especial protección constitucional; o (iii) con aquellas personas que exhiben condiciones de salud extremadamente precarias o indignas. En estos casos se debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto al accionante y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Ello en consideración que no resulta posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer prestaciones futuras e inciertas; lo contrario implicaría presumir la mala fe de la EPS en relación con el cumplimiento de sus deberes y las obligaciones con sus afiliados, en contradicción del artículo 83 Superior.

En el libelo se encuentran acreditados los requisitos jurisprudenciales para conceder el tratamiento integral dado que existe "la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante", siendo estas, "N185 - ENFERMEDAD RENAL CRONICA ETAPA 5", por lo tanto, se concederá el tratamiento integral solicitado y dado su estado de salud, referente a los cuidados médicos, hospitalarios, medicamentos, insumos, exámenes especializados y demás procedimientos médicos necesarios que requiera la señora Nancy de Jesús Úsuga como consecuencia de la patología que presenta; "N185 - ENFERMEDAD RENAL CRONICA ETAPA 5."

Finalmente, en cuanto a la solicitud que hace el accionante referente a que ordene la devolución de viáticos del mes de diciembre por motivo de diálisis a la clínica panamericana y el mes de enero, se tiene que el inciso 3º del artículo 86 de nuestra Constitución, en concordancia con los artículos 6º y 8º del Decreto 2591 de 1991, indican que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual que no procede cuando al accionante le asiste otro mecanismo judicial, salvo que se logre evidenciar dentro de la petición que este último resultaría ineficaz y poco idóneo frente a la afectación de los derechos interpelados, o que se invoca como mecanismo de protección transitoria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que a quien acude a su reclamo le asiste otro medio de defensa administrativo o judicial, pues ello

materializa el carácter subsidiario de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de las garantías fundamentales, porque aun cuando lo que se invoca son derechos de tal raigambre, no podemos perder de vista que todas las herramientas, acciones o mecanismos judiciales estatuidos en la Rama Judicial, así como en las actuaciones administrativas y las de las entidades de esta naturaleza que cumplen funciones jurisdiccionales, deben propender por la protección de los derechos mínimos de quienes en estas intervienen, por alguna razón la Carta Constitucional es la norma base de todo el ordenamiento, la cual debe ser considerada sin discriminar el tipo de procedimiento que se adelante.

Según ese norte, la acción de tutela es una herramienta diseñada o pensada para llenar los vacíos que pudiera ofrecer la ley para la resolución de los conflictos, de allí, como se indicó en párrafos precedentes, su procedencia está condicionada a la no existencia de otra herramienta, o al riesgo de padecer un perjuicio irremediable que viabilice la intervención del juez de tutela, aunque fuere de manera transitoria, posibilidad que desde luego, debe ser analizada según los aspectos concretos y puntuales del caso bajo estudio.

(...)

En ese sentido, el Despacho no encuentra una razón válida para que el accionante pueda valerse del mecanismo de amparo como vía alternativa para acceder a sus aspiraciones, pues lo que debe hacer es acudir a las instancias consagradas en la legislación para la defensa de sus derechos.”

EN VIRTUD DE LO ANTERIOR, RESOLVIÓ:

“PRIMERO: CONCEDE PARCIALMENTE amparo constitucional, los derechos constitucionales fundamentales a la salud, invocados por el señor CARLOS ARTUTO MENDOZA ÚSUGA identificado con cedula de ciudadanía 8.329.676, como agente oficioso de la señora NANCY DE JESÚS ÚSUGA GONZÁLEZ identificada con cedula de ciudadanía N° 32.252.325, en contra de EPS DE COLOMBIA SAS y ASOCIACIÓN

INDÍGENA DEL CAUCA AIC-EPS, por las razones señaladas en la parte motiva de este proveído.”.

“SEGUNDO: ORDENAR a la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA SAS a través de su representante legal, otorgar a la afectada y a su acompañante, viáticos, hospedaje, alimentación, transporte urbano, para asistir a los procedimientos médicos, citas y demás procedimientos médicos necesarios, que requiera la señora Nancy de Jesús Úsuga González, como consecuencia de la patología que presenta; “N185 - ENFERMEDAD RENAL CRONICA ETAPA 5”, por las razones señaladas en la parte motiva de este proveído.:.”.

“TERCERO: CONCEDER el tratamiento integral a favor de la señora NANCY DE JESÚS ÚSUGA GONZÁLEZ, referente a los cuidados médicos, hospitalarios, medicamentos, insumos, exámenes especializados y demás procedimientos médicos necesarios que requiera la señora Nancy de Jesús Úsuga como consecuencia de la patología que presenta; “N185 - ENFERMEDAD RENAL CRONICA ETAPA 5”,, tratamiento que deberá ser suministrado por parte de la entidad a la que se encuentra afiliada la afectada, esto es EPS FAMILIAR DE COLOMBIA SAS.

“CUARTO: NEGAR POR IMPROCEDENTE amparo constitucional, la acción constitucional invocada por el señor CARLOS ARTURO MENDOZA ÚSUGA, frente a la solicitud de devolución de viáticos del mes de diciembre por motivo de diálisis a la clínica panamericana y el mes de enero, por las razones señaladas en la parte motiva de este proveído...”

4. DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La EPS Familiar de Colombia S.A.S., impugnó la sentencia de primera instancia al estar en desacuerdo con la protección a su cargo de los derechos fundamentales en favor de la señora Nancy de Jesús Úsuga González, al considerar que:

“Revisado la base actualizada del CONSORCIO ADRES, se constata que el usuario pertenece y se encuentra ACTIVO en la ASOCIACION INDIGENA DEL CAUCA AIC EPSI, se aporta certificación de fecha 13 de febrero de 2023, para sus fines pertinentes.

En ese sentido no se le puede imponer una carga a la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA SAS, de un usuario o usurarios que no están afiliados a nuestra entidad, en ese sentido, se debe transferir la carga a la EPS donde se encuentra ACTIVA. De esta forma estamos en presencia de una falta de legitimación de la causa por pasiva.

De esa manera, para que sea pertinente instaurar una acción de tutela es necesario que por lo menos exista un motivo relacionado con los derechos fundamentales de las personas puestos en peligro o vulnerados de manera que la orden judicial sea medio adecuado para amparar al peticionario garantizándole el disfrute de aquellos.

Es decir, que es indispensable la proporcionalidad entre los hechos alegados por el accionante y la protección judicial que solicita. Así pues, no todo conflicto debe ser resuelto a través de la acción de tutela como único mecanismo de solución si la misma naturaleza de la relación de que se trata ofrece diversas opciones o posibilidades suficientes para determinar cómo poner fin a la controversia. Ha sido criterio de esta Corte, como así lo ha venido expresando en diversas providencias, que la judicialización de todo problema suscitado entre individuos o colectividades no conduce a nada distinto de la innecesaria congestión de los tribunales con el consiguiente bloqueo a las causas que en verdad requieren la intervención del juez, lo cual además perjudica en grado sumo el normal funcionamiento de las instituciones en cuanto distrae sin objeto la atención y el esfuerzo de las autoridades judiciales.

Así las cosas, Sr. Juez, al no existir vulneración de derecho fundamental alguno, esta tutela carece de motivos para su interposición, y prosperidad dentro de nuestro sistema judicial.”

En virtud de lo anterior, solicita que se declare IMPROCEDENTE la acción de tutela contra la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA SAS.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

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

5.2 Problema jurídico

El problema jurídico que debe decidir la Sala se contrae a resolver si en este caso resulta procedente la modificación del fallo de primer grado, al no ser posible por parte de la EPS Familiar de Colombia S.A.S dar cumplimiento a éste al no encontrarse la accionante afiliada a esa EPS.

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

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

En punto del derecho a la salud y la integralidad en la prestación de los servicios médicos, señaló el Alto Tribunal Constitucional², lo siguiente:

El derecho a la salud y los principios de accesibilidad e integralidad^[22]

26. En la actualidad, el carácter fundamental que el ordenamiento constitucional le reconoce al derecho a la salud resulta indiscutible. Si bien, en un principio, la Corte protegió este derecho vía tutela en casos en que encontró que tenía conexidad con otros derechos reconocidos expresamente como fundamentales, tales como la vida o la dignidad humana,^[23] con la Sentencia T-760 de 2008^[24] se consolidó su reconocimiento como un derecho fundamental autónomo. La Ley 1751 de 2015^[25] desarrolló su naturaleza y, para ello, estableció reglas sobre el ejercicio, protección y garantía del derecho. Así, según su artículo 2, “[e]l derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y lo colectivo.” A continuación, la Sala reitera algunos puntos de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, que resultan pertinentes para solucionar el problema jurídico planteado, en concreto, relacionado con los principios de accesibilidad e integralidad.

27. En efecto, la Ley 1751 de 2015 contempla en su artículo 6 el principio de accesibilidad en la salud al establecer que “[l]os servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad (...).” Dicho principio comprende la accesibilidad económica, sobre el cual se ha pronunciado esta Corporación al precisar que: “[...] los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos.”^[26]

28. Por su parte, con base en el principio de integralidad, conforme al artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, los servicios y tecnologías en salud que requieren los usuarios del Sistema de Salud deben proveerse “de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador.”^[27]

29. Como consecuencia de este principio, la Corte Constitucional^[28] ha interpretado que el servicio de salud debe ser prestado de manera eficiente,^[29] con calidad^[30] y de manera oportuna,^[31] antes, durante y después de la recuperación del estado de salud de la persona.^[32]

30. También ha sostenido esta Corte que el principio de integralidad no puede entenderse como un mandato abstracto, sino como un imperativo que se traduce en obligaciones concretas para los prestadores de salud, verificables por el juez de tutela, cuyas órdenes de atención o tratamiento “se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, [...] se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante.”^[33]

² T-277 de 2022

31. De otra parte, y en conexión con el principio de integralidad, el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 se refiere a la prestación integral de los servicios y tecnologías y define criterios para determinar aquellos que no se encuentran incluidos para ser cubiertos con recursos del Estado, también llamadas exclusiones. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta disposición,^[34] al considerar que el Legislador estableció un sistema de inclusión general en el Plan Obligatorio de Salud con el fin de determinar que los servicios excluidos expresamente, constituyen la excepción. Dicho de otra manera, por regla general, todos los servicios de salud que no se encuentren expresamente excluidos del conjunto de servicios y tecnologías a los que tienen derecho los usuarios del Sistema de Salud se entienden incluidos.

32. Ahora bien, como el carácter fundamental del derecho a la salud quedó reconocido en la Ley 1751 de 2015, por lo cual es viable su protección a través de la acción de tutela, es importante señalar que la fuente de financiación de los servicios de salud, no puede ser una barrera para su acceso. De hecho, con la finalidad de garantizar la prestación del servicio de forma efectiva y eficiente a los usuarios, su artículo 11 precisó que la atención en salud no deberá estar restringida por barreras de tipo administrativo o económico, de manera particular cuando aquellos son sujetos de especial protección constitucional.

33. Como lo ha sostenido este Tribunal “[l]as EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; no depende de decisiones de jueces de tutela. Al advertir esta situación, la Sala no desconoce la importancia del criterio de sostenibilidad financiera en el Sistema de Salud. Para que este funcione en condiciones óptimas, es necesario que el Estado garantice un flujo adecuado, suficiente y oportuno de los recursos a las entidades a cargo de suministrar los servicios y tecnologías que los usuarios requieren.”

(...)

Reglas jurisprudenciales para el acceso al transporte intramunicipal - dentro del municipio de residencia- como medio para la atención en salud

34. Bajo ese contexto, la Corte Constitucional ha precisado que el transporte no es una prestación del servicio de salud en sí mismo. Es un mecanismo para acceder a aquel. Luego, su falta de suministro puede desconocer la faceta de accesibilidad al Sistema de Salud en los términos del literal c) del artículo 6º de la Ley 1751 de 2015^[36] y, de ese modo, conllevar una vulneración a los derechos fundamentales del paciente.

35. De hecho, el servicio de transporte de pacientes fue incluido en el Plan de Beneficios en Salud -PBS- bajo unas condiciones específicas. En particular, los artículos 121 y 122 de la Resolución 2481 de 2020 -normativa aplicable al caso concreto en razón del momento de presentación de la acción de tutela que ocupa la atención de la Sala- regulan las circunstancias específicas en las cuales las EPS están obligadas expresamente a prestar el servicio de transporte a sus afiliados.

36. Sobre el punto, este Tribunal ha diferenciado entre las nociones de transporte intermunicipal (traslado entre municipios) y transporte intramunicipal (traslados dentro del mismo municipio).^[37] En general, el servicio de transporte para el caso de pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS y debe ser autorizado por la EPS cuando sea necesario que el paciente se traslade a un municipio distinto al de su residencia (intermunicipal), con el fin de acceder a un servicio médico que también se encuentre incluido en el PBS.

37. En consecuencia, en principio, el transporte fuera de los eventos contemplados por el PBS, como es el caso del transporte intramunicipal, corresponde a un servicio que debe ser sufragado, por regla general, por el paciente y/o su núcleo familiar o red de apoyo. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la ausencia del servicio de transporte puede constituir, en ciertas circunstancias, una barrera de acceso a los servicios de salud, y que existen situaciones en las que los usuarios del sistema requieren de servicio de transporte que no está cubierto expresamente por el PBS para acceder efectivamente a los procedimientos médicos asistenciales ordenados para su tratamiento.

38. En estos casos, la Corte ha establecido que las EPS deben brindar dicho servicio de transporte no cubierto de manera expresa por el PBS, específicamente, cuando "(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario."^[38]

39. Asimismo, esta Corporación no solo ha previsto la necesidad de reconocer el servicio transporte para el usuario sino también para un acompañante en la medida en que el PBS con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación [UPC] no contempla esa posibilidad. Para tal fin, ha establecido que se debe corroborar que el paciente "(i) dependa totalmente de un tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero."^[39]

40. Las reglas previstas en los párrafos anteriores constituyen las razones de decisión empleadas en aquellos casos en los cuales diversas Salas de Revisión han estudiado expresamente la viabilidad de ordenar a una EPS que se encargue de sufragar el servicio de transporte para personas que requieren, algunas veces con acompañante, del servicio de diálisis dentro de su mismo municipio de residencia.^[40]

41. Así mismo, en referencia a la capacidad económica del usuario, la Corte ha determinado que las entidades prestadoras de salud tienen el deber de indagar en su base de datos sobre la información socioeconómica del paciente, para concluir si este puede o no cubrir los costos de los servicios que el paciente reclama.^[41]

42. En ese orden de ideas, en relación con el requisito sobre la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos de transporte para un acompañante, la Corte precisó que la ausencia de capacidad financiera puede constatarse con los elementos allegados al expediente, pero, cuando el paciente afirme la ausencia de recursos, la carga de la prueba

se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho.^[42] De ese modo, en caso de que la EPS guarde silencio, la afirmación del paciente sobre su condición económica se entiende probada.^[43] Por ejemplo, dicha incapacidad económica se presume en el caso de quienes han sido clasificados en el nivel más bajo del Sisbén y/o quienes se encuentran afiliados al régimen subsidiado en salud.

43. Así las cosas, conforme con la jurisprudencia de esta Corporación, se concluye que es posible adjudicar la responsabilidad de la prestación del servicio de transporte intramunicipal a la EPS cuando se determine la dificultad económica y física del paciente para desplazarse hasta el centro de salud en un servicio de transporte público, bien sea colectivo o masivo. Más aún cuando ello sea indispensable para el desarrollo de un tratamiento médico del que dependa su vida." NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO .

En lo que atañe a la legitimación por pasiva en la acción de tutela, indicó la Corte Constitucional³ que:

La legitimación pasiva en la acción de tutela **hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental.**^[2] En la medida que refleja la calidad subjetiva de la parte demandada "en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso"^[3], la misma, en principio, no se predica del funcionario que comparece o es citado al proceso, sino de la entidad accionada, quien finalmente será la llamada a responder por la vulneración del derecho fundamental, en caso de que haya lugar a ello.

Lo anterior, fue reiterado en la decisión T-210 de 2010:

"La legitimación por pasiva se entiende como la aptitud procesal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y **quien está llamada a responder por la vulneración o la amenaza del derecho fundamental, cuando alguna resulte demostrada.**" NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO

³ Sentencia T-1015 de 2006

De cara a la impugnación presentada por la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA S.A.S, en la que aduce la imposibilidad de cumplir el fallo de primer grado frente a la prestación del servicio de salud requerido, toda vez que la señora Nancy de Jesús Úsuga González, se encuentra desde el 13 de febrero de 2023 activa en la ASOCIACION INDIGENA DEL CAUSA IAC EPSI, debiéndose transferir esa carga a esa EPS y no a la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA S.A.S, quien no se encuentra legitimada por pasiva.

Dada la situación anterior, se procedió a verificar con el accionante, la información brindada por el impugnante, informando al señor el señor Carlos Arturo Mendoza Úsuga que el día 1 de febrero de 2023 la señora Nancy de Jesús Úsuga González fue afiliada a la EPS Familiar de Colombia, y transcurrida una semana la desafiliaron, para afiliarla nuevamente a la Asociación Indígena del Cauca AIC EPSI, desconociendo los motivos de ese cambio.

En aras de dilucidar lo sucedido con el traslado de EPS de la señora Nancy de Jesús Úsuga González, se requirió a la Asociación Indígena del Cauca AIC EPSI y a la EPS Familiar de Colombia, para que informaran el trámite acaecido con la afiliación al Sistema de Salud de la usuaria. Recibiendo respuesta de la **Dra. Erika Janneth Ahumada Rodríguez, representante legal de la EPS Familiar de Colombia**, quien al respecto indicó:

“Mediante Resolución No. 2022310000000415-6 del 9 de febrero de 2022, la Superintendencia de Salud aprobó el plan de reorganización institucional presentado por la Caja de Compensación Familiar de Sucre, en donde, el programa de salud

de la caja de compensación fue escindido y, por consiguiente, se creó la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA S.A.S, la cual recibió a todos los afiliados de la EPS COMFASUCRE a partir de su entrada en operación el día 1° de mayo de 2022.

Desde la entrada en operación de la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA SAS, se inicia un proceso de expansión en el Territorio Nacional, ofreciendo un servicio con calidad, oportunidad e integralidad, por lo que en el día de hoy, tenemos presencia no solo en el Departamento de Sucre, sino en los Departamentos de la Guajira, Córdoba, Atlántico y Cesar, entre otros, contando hoy con una población que supera los DOSCIETOS MIL afiliados.

En los procesos de afiliación que abanderamos se encuentra Guajira, con una población especial indígena, que hoy por hoy disfruta de una atención oportuna con pleno apego a las exigencias normativas y una especial vigilancia por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

Con base en la experiencia que nos caracteriza en el aseguramiento en salud de la población indígena, fuimos convocados por parte de las Autoridades indígenas de Antioquia, con la intención de iniciar el proceso de afiliación en sus comunidades; quienes a su vez manifestaron que vienen haciendo un seguimiento a la EPS, en la forma y modelo de atención integral a dichas poblaciones especiales.

De acuerdo a lo mencionado se tiene que esta institución cumple en debida forma con las exigencias requeridas a fin de entrar en operación como asegurador en el Departamento de Antioquia, es decir, que cumple fielmente con el ritual normativo; es así, que se tiene traza del proceso surtido en el Departamento de todas las solicitudes radicadas a las entidades territoriales y Secretarías de salud, informando que la EPS Familiar tiene la intención de operar como asegurador en una parte de dicho departamento.

El día 17 de enero de 2023, recibimos al señor WILLIAM ANTONIO PERTUZ BALTAZAR, en calidad de representante legal de la

ASOCIACIÓN DE CABILDOS INDIGENAS Y DE AUTORIDADES TRADICIONALES DE ANTIOQUIA-O.I.A, para el periodo comprendido entre el 01 de diciembre de 2022 al 31 de diciembre de 2024, y conforme a las competencias que le fueron delegadas y como cabeza de los cabildos indígenas del Departamento de Antioquia, la manifestación de elegir a la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA SAS, como la EPS de su elección, a fin de seguir con el aseguramiento en salud de la población indígena.

Así las cosas, con la manifestación de la voluntad de escoger de manera libre a la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA SAS, como la entidad que brindara el aseguramiento en salud de la población indígena de una parte del departamento de Antioquia, no solo estaba en cabeza del presidente de la asociación de cabildos indígenas, sino de los caciques de los Municipios de Arboletes, Mutatá, Dabeiba entre otros, donde de manera libre y espontánea, quienes igualmente manifestaron la voluntad de tener a la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA SAS, como su EPS, con el fin de salvaguardar los derechos de salud de forma oportuna, integral y sin ninguna clase de barreras o impedimentos.

Aunado a lo mencionado, se tiene que la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA SAS, en conjunto con la Secretaria de Salud de Antioquia, se reúnen el 1° de febrero de 2023, en la que no se cuestionó el proceso de afiliación, por el contrario, dentro de su intervención el ente territorial impartió directrices y recomendaciones, dentro de las cuales se resalta, REUNIÓN DE CAPACITACIÓN, para llevar a cabo el proceso de traslados colectivos de las poblaciones indígenas según la normatividad vigente y reunión con los entes de control y gobernantes en compañía de la Supersalud.

Finalmente, y descendiendo en el caso que nos ocupa, es importante manifestarle a Usted, a través de esta comunicación, que el actuar de la EPS Familiar de Colombia, frente al proceso de afiliación de las comunidades indígenas en el departamento de

Antioquia, han sido con el rigor y el pleno apego a las normas establecidas para estos fines, procurando como único fin el aseguramiento en salud de sus afiliados en consonancia con los principios rectores de oportunidad, accesibilidad e integridad.

*A pesar de ello, **existieron cabildos con inconformidades y en procura de solucionar las diferencias en coordinación con la secretaria de Salud de Antioquia, se procede a revertir las afiliaciones, es por ello que al día de hoy los accionantes no aparecen con la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA SAS, sino que son usuarios activos en la ASOCIACION INDEGENA DEL CAUCA.***

La Dra. Leidy Paola Potosi Tombé, en calidad de apoderada de la Asociación Indígena del Cauca, atendió al requerimiento y confirmó que actualmente la señora Nancy de Jesús Úsuga está afiliada en la asociación Indígena del Cauca.

Bajo este panorama y de cara a lo expuesto por la entidad accionada al sustentar la impugnación, advierte la Sala en primer lugar que, en la presente actuación se acumularon dos acciones de tutela, la primera de ellas dirigida en contra de la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA y la segunda, en contra de la ASOCIACIÓN INDÍGENA DEL CAUCA AIC-EP, resolviendo finalmente el juez de primer grado, conceder el amparo deprecado y ordenando la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA S.A.S. el tratamiento integral requerido por la señora Úsuga González en virtud de la patología “ **ENFERMEDAD RENAL CRÓNICA ETAPA 5**”, incluido lo concerniente a los viáticos, hospedaje, alimentación, transporte urbano, para asistir a los procedimientos médicos para la afectada y un acompañante, ello como quiera que, para ese momento se encontraba afiliada en esa entidad.

Ahora, explicó la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA S.A.S., que en virtud de solicitud representante legal de la ASOCIACIÓN DE CABILDOS INDÍGENAS Y DE AUTORIDADES TRADICIONALES DE ANTIOQUIA-O.I.A, de afiliar esa comunidad a FAMILIAR DE COLOMBIA S.A.S. con el fin de continuar con el aseguramiento de la población indígena en el departamento de Antioquia, sin embargo, señaló que existieron cabildos con inconformidades y en procura de solucionar las diferencias en coordinación con la Secretaría de Salud de Antioquia, procedieron a **reversar las afiliaciones**, y esa es la razón por cual la afectada no aparece con la EPS FAMILIAR DE COLOMBIA SAS, sino que es usuaria activa en la ASOCIACIÓN INDÍGENA DEL CAUCA.

Corolario de lo dicho en precedencia y verificado en el ADRES que a la fecha señora **Nancy de Jesús Úsuga González** continúa afiliada **ASOCIACIÓN INDÍGENA DEL CAUCA AIC-EPS**, es evidente que, es esa EPS la llamada a cumplir el fallo de primer grado, como quiera tiene a cargo la prestación de los servicios médicos requeridos por la accionante.

En este orden de ideas, se **MODIFICARÁ** los numerales segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido que, corresponde a la **ASOCIACIÓN INDÍGENA DEL CAUCA AIC-EPS**, prestar a la afectada y a su acompañante, viáticos, hospedaje, alimentación, transporte urbano, para asistir a los procedimientos médicos, citas y demás procedimientos médicos necesarios, que requiera la señora Nancy de Jesús Úsuga González, como consecuencia de la patología que presenta; "N185 - ENFERMEDAD RENAL CRONICA ETAPA 5" como el tratamiento integral derivado de éste.

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

6. RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido que, corresponde a la **ASOCIACIÓN INDÍGENA DEL CAUCA AIC-EPS,** prestar a la afectada y a su acompañante, viáticos, hospedaje, alimentación, transporte urbano, para asistir a los procedimientos médicos, citas y demás procedimientos médicos necesarios, que requiera la señora Nancy de Jesús Úsuga González, como consecuencia de la patología que presenta; "N185 - ENFERMEDAD RENAL CRONICA ETAPA 5" como el tratamiento integral derivado de éste.

SEGUNDO: En lo demás se **CONFIRMA** el fallo de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

(En Permiso)
MARIA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA

PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **ddb72a05f40f81ecfaaed41d1fec441f0279bef1fccd6d1a81bdd85d7f6f7731**

Documento generado en 30/03/2023 04:41:36 PM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 054403104001202300028

Rdo. Interno: 2023-0380-2

Accionante: Miryam Adelaida Martínez Guarín

Accionados: Colpensiones, ICBF, Ministerio de
Protección Social

Actuación: Fallo tutela de 2ª Instancia No.014

Decisión: Se confirma

Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado según acta No. 033

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación interpuesto por la señora MIRYAM ADELAIDA MARTÍNEZ GUARÍN, frente al fallo de tutela proferido el día 24 de febrero de 2023, por el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE MARINILLA, ANTIOQUIA, mediante el cual se concedió el amparo a los derechos fundamentales invocados por la impugnante

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

2. LA DEMANDA

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

“Refiere la actora que desde el mes de noviembre de 1991 se encuentra vinculada al programa madres comunitarias FAMI en el municipio de marinilla Antioquia, fue afiliada al sistema de seguridad social desde abril de 1997 a lo hoy conocido como Colpensiones.

Indica que por cambios de operadores y vigencias contractuales los meses de enero y febrero de cada anualidad no se realizaron pagos de seguridad social.

Que, como consecuencia de diagnósticos médicos, restricciones y dificultadas fue forzada a tomar la decisión de retirarse del programa y desde el año 2019 ha venido realizando solicitudes ante Colpensiones con el fin de aclarar y completar historia laboral dadas varias anotaciones en cero y con anotaciones de proceso de verificación, situación que a la fecha no se ha podido encontrar respuesta oportuna.

Que a su vez ha solicitado a Colpensiones se efectúen planillas de periodos en mora en los cuales no se realizó pago la cual fue negada mediante respuesta BZ2022_15351790_3204012 fechada 20 de octubre de 2022.

Indica además que en la actualidad tiene 63 años y durante 31 años se desempeñó como madre comunitaria sin embargo las condiciones actuales imposibilitan el cumplimiento de semana cotizadas por lo cual requiere pagos de periodos faltantes y en mora para alcanzar pensión en la modalidad de vejez.

Razón por la cual considera que con la negación del pago de los meses en mora por parte de Colpensiones se genera un perjuicio irremediable generando una amenaza evidente y grave a sus derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social y mínimo vital móvil”.

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de Primera Instancia con fundamento en los elementos de prueba allegados a la actuación, de las normas legales y fundamentos constitucionales, declaró la improcedencia del amparo deprecado por la accionante al considerar que:

(...)

“La señora Myriam Adelaida Martínez Guarín en razón de la imposibilidad de lograr el derecho de pensión en modalidad de vejez dado el total de semanas ha venido adelantando gestiones a fin de esclarecer su historia pensional, tal y como costa en anexos aportados.

Una vez examinados los hechos que fundamenta la acción de tutela así como sus anexos advierte esta judicatura la improcedencia de la misma dada la falta de subsidiariedad debido a la existencia de otro mecanismo de defensa con el que cuenta la accionante.

Evidenciamos que las peticiones elevadas por la accionante han sido resueltas dentro del término, indicando de manera clara respecto cada periodo de tiempo el estado y la gestión pertinente, solicitándole además a la señora Martínez Guarín radicación de documentación en aras de gestionar soluciones, misma que no se evidencia tramitada, encontramos además que respecto a las accionadas Ministerio De Salud y Protección Social y ICBF no se anexa soporte de gestiones adelantadas por la accionante.

Encontrando así que no se evidencia que las accionadas estén afectando derechos fundamentales por el contrario al momento de emitir el fallo ya se encuentran algunos de los periodos solicitados cargados de manera efectiva en la historia de la accionante.

Por lo expuesto, ante la existencia de otras vías judiciales, la inexistencia de un perjuicio irremediable, aunado a que no se avizora

prima facie vulneración patente de derechos fundamentales, queda vetada la intervención del juez constitucional.”

EN VIRTUD DE LO ANTERIOR, RESOLVIÓ:

“PRIMERO: Declarar la IMPROCEDENCIA de la acción constitucional promovida por la señora Myriam Adelaida Martínez Guarín identificada con cédula No. 43.469.497 en contra del Ministerio De Salud y Protección Social, ICBF Y la administradora colombiana de pensiones Colpensiones conforme las consideraciones insertadas en la parte motiva de esta providencia.”.

“SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión indicándole a los sujetos procesales que la misma puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

“TERCERO: Una vez adquiera firmeza, remítase ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).”

4. DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La accionante impugnó la sentencia de primera instancia al estar en desacuerdo con la improcedencia decretada de la acción constitucional, al considerar que:

“No me encuentro de acuerdo con el respectivo fallo toda vez que no se puede señalar por un juez de tutela que afirma que no existe vulneración alguna de algún derecho fundamental, sin embargo, considero que, con las diferentes omisiones por parte de Colpensiones, el ICBF y el ministerio de la protección social afectan

mis derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, a la igualdad y a la seguridad social integral.

Por otro lado, afirma el fallador que no existe un perjuicio irremediable, pero desde la mera lógica me pregunto si en la actualidad cuento con 63 años y con 32 años de servicios como madre comunitaria en otras condiciones una persona de mi edad y con ese tiempo de servicio ha logrado obtener el estatus de pensionada.

Por otro lado, el fallador no tuvo en cuenta mi estado de salud de patologías que en muchos casos imposibilitan el buen ejercicio de la profesión como madre Comunitaria.

Además, al momento de la decisión objeto de reproche desconoció y no se tuvo en cuenta lo establecido en múltiples fallos de la corte Constitucional en donde ha establecido que las madres comunitarias somos sujetos de protección reforzada de derechos.

El perjuicio irremediable es el riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir no es posible reparar el daño causado. Para que se configure se requiere: (i) la amenaza cierta, evidente y grave; (ii) la irremediabilidad, esto es que en caso de perpetrarse la amenaza no es posible reparar el daño; (iii) la inminencia, lo que significa que está próximo a ocurrir con alto grado de certeza; (iv) la necesidad, de forma que la orden de tutela sea indispensable para evitar el daño, y (v) la impostergabilidad, de manera que la medida se debe tomar en forma inmediata, no da espera (Sentencia T-306/14). En ese orden de ideas considero que con la negación del pago de las meses en moras por parte de Colpensiones y la imposibilidad de acceder a la pensión se genera un perjuicio irremediable, ya que con la misma negativa se generó una amenaza evidente y grave a mis derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social y mínimo vital y móvil, que no existe otra herramienta ágil y oportuna que permita la reparación al daño que ocasionar, a su vez debido a mis problemas de salud, como a la edad que tengo no puedo continuar desempeñándome a dicha labor y la tutela termina siendo la única herramienta que per mitigaría la protección de mis derechos fundamentales y constitucionales.

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie sin discriminación, con el fin de obtener protección en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”¹, y en tal sentido la Corte Constitucional ha sido enfática a que el fundamento del derecho a la seguridad social es la dignidad humana.

En tal sentido, bajo la jurisprudencia constitucional me encuentro en una posición de indefensión frente a la negativa por parte de Colpensiones al no dejar saldar la deuda de los periodos del 01101999 al 31101999, del 01052008 al 31082008, del 01102008 al 31062009, del 01022010 al 28021010, del 01032011 al 31032011, del 01122011 al 30122011, del 01012015 al 28022015, del 01012016 al 31032016, del 01012017 al 30042017, del 01012018 al 31012018, del 01012019 al 31012019, del 01012020 al 30032020 y del 01012021 al 28022021.

En reiterados pronunciamientos de la Corte constitucional ha elevado la labor de madre comunitaria a la posición de sujetos de protección reforzada, en vista de mi dificultad para continuar desempeñándome como madre comunitaria, los problemas físicos que presento y las dificultades para poderme desplazar, las afectaciones al mínimo vital y móvil por las que me veo afectada por la negativa por parte de Colpensiones por poner barreras de entrada, evitando que realice el pago de las mesadas en las que me encuentro en mora.

En virtud de lo anterior, solicita REVOCAR el Fallo de Primera Instancia, y que se conceda de manera inmediata lo deprecado en la Acción de Tutela, esto es:

“...ordenar a la administradora de Fondo de Pensiones “Colpensiones” Generar los comprobantes de pago de los periodos del 01101999 al

31101999, del 01052008 al 31082008, del 01102008 al 31062009, del 01022010 al 28021010, del 01032011 al 31032011, del 01122011 al 30122011, del 01012015 al 28022015, del 01012016 al 31032016, del 01012017 al 30042017, del 01012018 al 31012018, del 01012019 al 31012019, del 01012020 al 30032020 y del 01012021 al 28022021 a nombre de Miryam Adelaida Martínez Guarín, identificada con la C.C. 43.469.497 con sus respectivos intereses de mora y en pro de garantizarme los derechos al mínimo vital y móvil, al debido proceso, a la igualdad y a tener una respuesta de fondo dentro de los términos de ley.

Que se le ordene proteger el derecho al mínimo vital y móvil a la Nación Ministerio de la protección Social o a quien le corresponda realizar el pago a la deuda por no pago del subsidio del Estado, los ciclos del 201301 al 201307 y demás ciclos a que tengo derecho a recibir el subsidio otorgado por estado por el ejercicio de mi labor como madre Comunitaria.

Se ordene al instituto colombiano de bienestar familiar a realizar el reconocimientos de los periodos anteriores a abril de 1997, fecha que me inscribieron al sistema de la seguridad social y que estuve adscrita al programa de hogares comunitarios como madre comunitarias en el Municipio de Marinilla así como solidariamente responsable por los no pagos dentro de los periodos del 01101999 al 31101999, del 01052008 al 31082008, del 01102008 al 31062009, del 01022010 al 28021010, del 01032011 al 31032011, del 01122011 al 30122011, del 01012015 al 28022015, del 01012016 al 31032016, del 01012017 al 30042017, del 01012018 al 31012018, del 01012019 al 31012019, del 01012020 al 30032020, del 01012021 al 28022021 que debido a las trabas administrativa por carencia de contrato de operador

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

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

5.2 Problema jurídico

El problema jurídico que debe decidir la Sala se contrae a resolver si en este caso resulta procedente la revocatoria del fallo de primer grado y consecuencia ordenar a las entidades accionadas la liquidación y pago de los periodos en mora del empleador, a fin de completar las semanas necesarias para obtener la pensión o, por el contrario, confirmarlo, al no advertir la vulneración alegada.

Advertido lo anterior, es oportuno recordar que la acción de tutela detenta un carácter eminentemente residual y que fue consagrada en nuestra Constitución como procedimiento suplementario, específico y directo para la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y eventualmente de los particulares en los casos específicamente previstos en la ley, si quien la invoca no tiene otro medio de defensa judicial, salvo que se invoque como mecanismo de protección transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El derecho al debido proceso en verdad que ostenta el carácter de fundamental atendiendo a la evolución jurisprudencial que ha tenido lugar en relación con el estudio de este derecho y de allí la procedencia de la tutela cuando se advierte de las autoridades públicas o de los particulares, según lo

dispuesto en la ley, un acto u omisión que ponga en peligro o lesione este fundamental derecho.

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que *“permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”* (ST-375-18).

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional²:

“el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, se ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

*“(i)cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como **mecanismo definitivo**; y,*

*(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.”*

² T-375-2018

Y la excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique:

(i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo.”³

Ahora, en lo que atañe a la corrección de la historia laboral y la liquidación y pago de aportes en mora del empleador, señaló la Corte constitucional en sentencia T-034 de 2021, lo siguiente

(...)

23. *Subsidiariedad. La jurisprudencia constitucional ha precisado que la exigencia del requisito de subsidiariedad se funda en que la protección de los derechos fundamentales no es un asunto reservado al juez de tutela. Los jueces y los mecanismos ordinarios de defensa también han sido diseñados para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. En esta medida, la verificación de este requisito busca evitar la “paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias”^[90]. En efecto, el uso “indiscriminado”^[91] de la tutela puede acarrear: “(i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior) y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)”^[92].*

³ Sentencia T-375 de 2018.

24. Por lo anterior, la acción de tutela solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales, salvo que ésta se ejerza como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable¹⁹³¹. En efecto, el carácter subsidiario de esta acción “impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”¹⁹⁴¹. No obstante, la Corte ha advertido que el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela no consiste en una mera verificación formal de la existencia de otros mecanismos judiciales o administrativos¹⁹⁵¹. Corresponde al juez constitucional analizar la situación particular y concreta del accionante, para comprobar si los medios ordinarios resultan idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales¹⁹⁶¹.

25. La solicitud de tutela no satisface el requisito de subsidiariedad. Para la Sala Quinta de Revisión de Tutelas, **el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la defensa de sus derechos fundamentales. Esto es así por tres razones. Primero, la acción ordinaria laboral es un medio de defensa judicial idóneo. Dicha acción es adecuada para lograr la corrección de la historia laboral del accionante, así como el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en caso de acreditar los requisitos legales para ello.** A partir de la Sentencia SL 34270 de 2008, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “la mora y el incumplimiento a la obligación de cobro de las entidades administradoras no puede afectar los derechos del afiliado o de sus beneficiarios”¹⁹⁷¹. Por tanto, “las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los obligados al pago de aportes al sistema, de suerte que de omitir esa obligación, deber responder por el pago de la prestación a que haya lugar, en la medida en la desidia de unos y otros no puede afectar los derechos de los afiliados o de sus beneficiarios”¹⁹⁸¹. **Estas consideraciones son compatibles con la jurisprudencia constitucional en este asunto. Esto permite concluir que la acción ordinaria laboral es, en principio, un mecanismo idóneo para solicitar la corrección de la historia laboral y el reconocimiento pensional cuando el afiliado reclame periodos en los que el empleador haya omitido su deber de pagar los aportes a la seguridad social.**

(...)

28. **De otro lado, la edad y las patologías médicas del accionante tampoco dan cuenta de la configuración de un perjuicio irremediable. Esta Corte ha reconocido que la edad de una persona o “el hecho de padecer una enfermedad, no es**

condición suficiente para que la acción de tutela se torne automáticamente procedente^[107]. Los accionantes **“deben probar cómo dicha enfermedad los sitúa en una condición de debilidad manifiesta o de vulnerabilidad tal que haga procedente el amparo”**^[108]. Esto es especialmente relevante cuando **“se debaten asuntos asociados a la pensión de vejez, en relación con los cuales la mayoría de los interesados habrá superado los 60 años y tendrá la calidad de adulto mayor”**^[109]. **Flexibilizar el análisis del principio de subsidiariedad por el solo hecho de la edad del accionante implicaría “concluir que todas las peticiones de vejez que ellos hagan a través de la acción de tutela son procedentes. Tal perspectiva, terminaría por hacer que las vías ordinarias de defensa judicial en esa materia queden inoperantes. Ello trastocaría la naturaleza excepcional de la acción de tutela”**^[110]. Es decir, se estaría modificando la naturaleza jurídica de la acción de tutela configurándola como una acción ordinaria, y no excepcional como lo contempla el artículo 86 de la constitución política.

29. **Por esta razón, la Corte ha aplicado la tesis de vida probable**^[111]. Esta reconoce la distinción entre **“adultos mayores y los individuos de la tercera edad”**^[112]. En esta última categoría se encuentran las personas que han **“superado la esperanza de vida”**^[113] certificada por el DANE, que, para el periodo **“2015-2020”**^[114], es de **“76 años”**^[115] sin distinguir entre hombres y mujeres. Esta distinción es relevante, porque reconoce **“la heterogeneidad entre personas de avanzada edad y la necesidad de brindar un trato especial a las que (...) presenten mayores dificultades asociadas con los efectos biológicos del paso del tiempo”**^[116]. Asimismo, la aplicación de esta tesis permite **“concretar el principio de la igualdad y conservar la acción de tutela como un medio excepcional y subsidiario de protección de los derechos fundamentales en los casos en los que se debate una pensión de vejez”**^[117].

(...)

31. **Así, lo que da cuenta de la vulnerabilidad del accionante no es padecer una enfermedad (aunque sea de aquellas consideradas como catastróficas o degenerativas, como la diabetes), sino las limitaciones o condiciones particulares en las que se manifiesta esa enfermedad en el accionante. Son los impactos concretos de la enfermedad en la capacidad laboral, situación que en el proceso no se acreditó, sino que al contrario, se probó que el accionante continúa ejerciendo la profesión de abogado**^[121]. Es decir, su condición de salud no le impide el correcto desarrollo de su ejercicio profesional.

De acuerdo con lo expuesto por la accionante en la impugnación, lo pretendido en esta acción constitucional es

el reconocimiento y pago por parte del Ministerio de Protección Social y del ICBF de unos periodos de cotización y, a su vez, que Colpensiones permita el pago de los aportes en mora con los respectivos intereses, a fin de obtener la pensión de vejez.

Bajo este panorama, tal como lo advirtiera el A quo, no se cumple el requisito de procedibilidad de subsidiariedad, como quiera que lo pretendido debe debatirse ante la jurisdicción ordinaria, sin que se aviste un perjuicio irremediable, pues no se está en presencia de un sujeto de la tercera edad— 76 años—, en tanto la accionante cuenta con 63 años de edad y de acuerdo a la historia clínica allegada no refiere que su estado de salud comprometa de manera grave e inminente el ejercicio de sus funciones vitales, luego, no es posible a través de este mecanismo expedito acceder a las pretensiones de la accionante, en tanto se reitera, debe ser debatidas en el ámbito procesal dispuesto para ello.

En este orden de ideas, la Sala **CONFIRMARÁ** la decisión del Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia del 24 de febrero de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

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

6. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido, por el Juzgado Penal Del Circuito de Marinilla, Antioquia fechado del 24 de febrero de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

(En Permiso)
**MARIA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

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

Código de verificación: **f5f2c7fd36df2873d5804eaac96fc31f332ed1af2f1094a597d9a7b816252575**

Documento generado en 30/03/2023 03:45:57 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY ÁVILA DE MIRANDA.



1

Consulta Sanción Incidente desacato

N.I. 2023-0499-2

Tutela Radicado: 05736318900120230001200

Incidentista: LUZ MARINA AGUDELO TOBÓN

Incidentada: NUEVA EPS

Decisión: REVOCA SANCIÓN

Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado según acta No 033

1. EL ASUNTO.

Conoce la Sala a través del grado jurisdiccional de consulta, el auto interlocutorio No. 56-35 proferido el 27 de febrero de 2023, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia - Antioquia, mediante el cual, en virtud de lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, sancionó a la DRA. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA en calidad de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva E.P.S, con arresto de tres (3) días y multa en cuantía de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por hallarla responsable de desacato a la sentencia proferida el 2 de febrero de 2023, que

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

amparó el derecho fundamental a la salud y a la vida digna, en favor de Luz Marina Agudelo Tobón.

2. ANTECEDENTES

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia, mediante fallo del 2 de febrero de 2023, tuteló los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social en favor de la señora Luz Marina Agudelo Tobón y, en consecuencia, dispuso:

“...: PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social de la señora LUZ MARINA AGUDELO TOBÓN.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de la NUEVA EPS, o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo proceda a autorizar la entrega del medicamento escitalopram tableta 10 mg, en las cantidades ordenadas por el médico tratante a la señora LUZ MARINA AGUDELO TOBÓN.

TERCERO: ORDENAR a LA NUEVA EPS que brinde a la señora AGUDELO TOBON los servicios, tratamientos y medicamentos que requiera para la recuperación integral de su salud, derivados de la patología “otros episodios depresivos” que padece la paciente...”

El 14 de febrero del año que discurre, la accionante vía correo electrónico informa al Juzgado de conocimiento que la entidad no había cumplido con las ordenes impartidas en el fallo de tutela, circunstancia que llevó al Despacho a proferir auto de requerimiento ese mismo día, en contra de la **Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA**, en su calidad de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva E.P.S, y el **Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME**, en su calidad de Vicepresidente Nacional de Salud, de la misma entidad, para que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas procedieran a informar porque no han cumplido con la orden

judicial. El citado auto se envió al correo electrónico: secretaria.general@nuevaeps.com.co, obrando constancia en el expediente electrónico de la entrega del mensaje de datos al destinatario.

El 17 de febrero de 2023, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia recibió respuesta de la EPS suscrita por la abogada Catia Lorena Murillo Cárdenas, quien expuso “*Frente a las peticiones del usuario en el presente requerimiento referente a un SERVICIO DE SALUD, se informa al Despacho que el ÁREA TECNICA DE SALUD de NUEVA EPS, se encuentra en el análisis, verificación y gestiones necesarias, con el fin de dar respuesta a la solicitud del accionante. En ese sentido, la NUEVA EPS está desplegando las acciones positivas necesarias para que se materialice lo dispuesto por el despacho y lo ordenado por los especialistas tratantes con ocasión a la patología actual del usuario. Mientras ello se resuelve no debe ser tomado esto como prueba ni indicio alguno de que lo requerido haya sido o esté siendo negado por la entidad*”, en vista de lo cual solicitó abstenerse de continuar con el trámite incidental puesto que el área de salud se encuentra realizando acciones positivas para su cumplimiento.

En vista de lo anterior, mediante proveído signado del 20 de febrero de 2023, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, Antioquia, aperturó incidente de desacato en contra de la **Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA**, en su calidad de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva E.P.S; y del **Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME** en su calidad de vicepresidente Nacional de Salud de la misma entidad, corriendo traslado por el término de tres (3) días hábiles para que informaran al despacho los motivos del incumplimiento del fallo tutela y solicitaran las pruebas pertinentes . El citado auto se envió el 21 de febrero de 2023, al correo electrónico: secretaria.general@nuevaeps.com.co, obrando constancia en el

expediente electrónico de la entrega del mensaje de datos al destinatario.

El 27 de febrero de 2023, el despacho al considerar que la Nueva E.P.S, continuó vulnerando los derechos fundamentales de la incidentista, pasando por alto la orden del juzgado y haciendo caso omiso a la orden impartida en el fallo de tutela, emitió auto sancionatorio en contra de la **Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA**, en calidad de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS. La citada actuación fue remitida el 28 de febrero del corriente, al correo electrónico: secretaria.general@nuevaeps.com.co, obrando constancia en el expediente electrónico de la entrega del mensaje de datos al destinatario.

3. DE LA SANCIÓN

En la decisión sancionatoria el Juez indicó que la Nueva E.P.S, incumplió la decisión constitucional del 2 de febrero de 2023, pues pese haberse enterado del inicio del trámite incidental, no se evidenció en la entidad incidentada ánimo de cumplimiento, pues no acreditó el cumplimiento efectivo de la orden impartida, esto es: “la entrega del medicamento escitalopram tableta 10 mg, en las cantidades ordenadas por el médico tratante a la señora LUZ MARINA AGUDELO TOBÓN”.

Por tal razón, ante la desidia de la Nueva EPS, para atender la solicitud de la señora Luz Marina Agudelo Tobón, se sancionó a la **Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA**, en calidad de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS, con arresto de tres (3) días y

multa por valor de cinco (5) SMMLV. Decisión que fue debidamente notificada como se indicó en precedencia.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico que debe resolver la Sala, se ciñe a determinar si se debe mantener la sanción impuesta por la Juez de primera instancia o en su defecto, impera la revocatoria por cumplimiento de la orden judicial.

Conforme a las previsiones del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, la persona infractora del derecho fundamental, deberá acatar sin demora el fallo de tutela, y en su defecto, el juez podrá sancionar por desacato al responsable, hasta que la sentencia se cumpla.

Determina la Corte Constitucional en la sentencia T-367 de 2014 lo siguiente:

“El acceso a la justicia no se agota en la posibilidad de acudir ante la administración de justicia para plantear un problema jurídico, ni en su resolución, sino que implica, también, que “se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados”. Dada la relevancia del cumplimiento de las providencias judiciales para el derecho fundamental de acceder a la justicia, en algunas oportunidades este tribunal lo ha amparado, de manera excepcional, por medio de la acción de tutela, “bajo el entendido de que la administración de justicia, además de expresarse en el respeto a las garantías establecidas en el desarrollo de un proceso, se manifiesta en el hecho de que las decisiones que se tomen dentro del mismo tengan eficacia en el mundo jurídico y que la providencia que pone fin al proceso produzca todos los efectos a los que está destinada”.

Ahora bien, la misma Corte Constitucional, realizando una interpretación teleológica de la norma en comento, concluyó que: “... la finalidad del incidente de desacato no es la imposición de la sanción en sí misma, sino la sanción como una de las formas de búsqueda del cumplimiento de la sentencia.”, por lo que, en estricto sentido, la imposición de la sanción lo que persigue es persuadir al obligado a que cumpla con la orden, de ahí que concluya que: “En caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, para que la sanción no se haga efectiva, el renuente a cumplir podrá evitar ser sancionado acatando².”

Por lo anterior, cuando el accionado declarado responsable en el fallo de tutela cumple efectivamente lo ordenado, incluso durante el curso del incidente de desacato, con el propósito de evitar la sanción, sobreviene la ausencia del interés normativo para la imposición o ejecución de la pena.

En el caso que nos ocupa, de constancia anexa en el expediente, la Nueva E.P.S dio cumplimiento a la orden emitida en el fallo de tutela objeto de esta actuación, en tanto le fue entregado a la señora Luz Marina Agudelo Tobón el medicamento “Escitalopram Tableta10mg” el día 24 de marzo de año que transcurre.³

Bajo este panorama, advierte la Sala que, la entidad accionada dio cumplimiento a la orden del juez de primera haciendo entrega del medicamento “escitalopram” el 24 de marzo de 2023.

Así las cosas, en punto al objeto del incidente de desacato, La Corte Constitucional en sentencia T-652 de 2010, precisó:

² Corte Constitucional sentencia T-421 del 23 de mayo de 2003, M. P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Subraya y negrilla del Despacho.

³ Ver archivo denominado: “003Constancia2023-0499-2” ubicado en la carpeta C02SegundaInstancia del expediente electrónico.

“...El objeto del incidente de desacato, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir de la resolución de un recurso de amparo constitucional. Por tal motivo, la finalidad del mencionado incidente no es la imposición de una sanción en sí misma sino una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia⁴.

Así entonces, la jurisprudencia constitucional⁵ ha precisado que la imposición o no de una sanción en el curso del incidente de desacato puede llevar a que el accionado se persuada del cumplimiento de la orden de tutela. En tal sentido, en caso de que se empiece a tramitar un incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desatendido a lo ordenado por el juez de tutela, quiera evitar la sanción, deberá acatar la sentencia. De igual forma, en el supuesto en que se haya adelantado todo el procedimiento y decidido sancionar al responsable, éste podrá evitar que se imponga la multa o el arresto cumpliendo el fallo que lo obliga a proteger los derechos fundamentales del actor.

El incidente de desacato debe entenderse como un instrumento procesal para garantizar plenamente el derecho constitucional a la administración de justicia del accionante (art. 229 C.P.), en la medida en que permite la materialización de la decisión emitida en sede de tutela, con lo cual no basta con que se otorgue a las personas la posibilidad de acudir a la tutela y que con ella se protejan sus derechos fundamentales, sino que existan medios que ayuden al cabal cumplimiento de la orden proferida por el juez constitucional⁶.

En ese orden, es claro que ha cesado la vulneración del derecho fundamental amparado en favor de la señora Luz Marina Agudelo Tobón; situación que permite afirmar que la decisión consultada ha perdido eficacia, por ende, es procedente la revocatoria de la sanción impuesta.

Por todo lo dicho, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISION PENAL** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁴ Sentencia T421/2003

⁵ Ídem

⁶ Sentencia T171/2009

5.- RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sanción impuesta, de la procedencia, fecha y origen conocidos, adoptada dentro del incidente de desacato impulsado en contra de la Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS, en virtud de las consideraciones plasmadas en precedencia.

SEGUNDO: Notifíquese a la accionante y a la entidad accionada lo decidido en la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**(En permiso)
MARIA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **e44c859ff11a4cee7c0916ced791d831eca8b51a3c032d334eb41fccb2f59a8a**

Documento generado en 30/03/2023 03:45:48 PM

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

Nº Interno : 2023-0433-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante : Martín Antonio Ruíz Ladino
Accionado : Juzgado Segundo de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de El
Santuario, Antioquia.

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

Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno : 2023-0433-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 17777 61 09614 2015 80307
Accionante : Martín Antonio Ruíz Ladino
Accionado : Juzgado Segundo de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de El
Santuario, Antioquia.
Decisión : Improcedencia por inexistencia de
vulneración

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 81

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano MARTÍN ANTONIO RUÍZ LADINO, contra el JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA Y ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE PUERTO TRIUNFO, ÁREA JURÍDICA, en procura de la protección de su garantía fundamental de Petición.

ANTECEDENTES

De acuerdo al escrito de tutela se extracta que el señor MARTÍN ANTONIO RUÍZ LADINO, elevó solicitud de sustitución de la ejecución de la pena en el lugar de residencia de que trata el

artículo 385 del Código Penal, sin que la misma haya sido resuella de fondo, a la fecha de interposición de la acción; de ahí que pretenda por esta vía, se le ordene al juzgado en cuestión resolver la solicitud presentada en los términos antes aludidos.

Dentro del término otorgado por la Judicatura, y luego de confirmar el **JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA** que vigila la sanción penal por la cual se encuentra privado de la libertad el accionante en el CMPS PUERTO TRIUNFO, niega haber recibido alguna solicitud el día 04 de noviembre de 2022 por parte del actor.

Agrega que mediante autos interlocutorios N°1344 y 1345 del 4 de octubre de 2021, ese Despacho redimió pena y resolvió de forma negativa la prisión domiciliaria que trata el art. 38 G del C.P., por expresa prohibición legal, decisión que fue notificada el día 12 de octubre de 2022, sin que fuese objeto de impugnación. Seguidamente pone de presente que el día 16 de marzo de 2023, ese Despacho mediante providencias N° 0270, 0271 y 0272 redimió la pena y se negó permiso administrativo de hasta 72 horas al señor Martín Antonio Ruíz Ladino, por expresa prohibición legal – Numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, actual Código de la Infancia y la Adolescencia¹; decisiones que fueron notificadas al correo electrónico del Establecimiento Penitenciario en la fecha².

¹ Archivo 12. Expediente Ejecución de Penas

² Archivo 13. Expediente Ejecución de Penas

Reitera que no reposa en el expediente del actor ninguna solicitud que estuviese pendiente de trámite y en tal sentido solicita que la demanda no prospere al no probarse vulneración de derechos.

Posterior a la notificación del auto de vinculación por pasiva, el responsable del área jurídica de la Regional Noroeste INPEC, eleva respuesta a través de la cual comunica que en donde se encuentre el personal privado de la libertad que tiene las hojas de vida o cartillas biográficas de los detenidos, es allí donde figura toda la documentación jurídica del Personal Privado de la Libertad, y es con base a esa información que se alimenta el sistema SISIPPEC – WEB. Agrega que una vez consultado el aplicativo el PPL MARTÍN ANTONIO RUÍZ LADINO registra bajo la custodia del establecimiento CPMS PUERTO TRIUNFO y, por ende, solo el asesor jurídico puede sustanciar la hoja de vida y verificar lo que está solicitando el detenido y remitir la documentación al Juez competente.

No obstante, vencido el término concedido, el establecimiento CPMS PUERTO TRIUNFO no emitió pronunciamiento alguno operando la presunción de veracidad de que trata el artículo 20 del Decreto Ley 2591 de 1991.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El derecho de petición como garantía fundamental de carácter subjetivo y reconocido como tal de manera expresa en el artículo 23, Constitución Política, constituye la materialización de la posibilidad que le asiste a los ciudadanos de acudir ante las autoridades públicas o un particular en demanda de una oportuna y concreta resolución de sus peticiones.

De tal suerte que, la respuesta de un derecho de petición ha de observar cómo presupuesto *sine qua non*, una resolución de manera oportuna, de fondo y en forma clara y precisa, a más de ponerse en conocimiento del peticionario, so pena de configurarse el menoscabo de la garantía constitucional fundamental de petición.

Pues bien, en el caso concreto se tiene que la parte actora reclama respuesta frente a una solicitud que presentara el día 04 de noviembre de 2022, afirmación que es negada por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, el cual inclusive, pone de presente que posterior a la supuesta solicitud del actor, ha emitido varias decisiones, tales como, redención de pena y negativa frente al permiso de 72 horas.

En ese orden, logra constatarse que para el presente evento, no se advierte en realidad alguna conculcación al derecho de petición, puesto que si bien el actor aporta un manuscrito de fecha 04 de noviembre de 2022, lo cierto es que el mismo adolece de constancia de recibido por parte del área jurídica

del al CPMS Puerto Triunfo, Regional Noroeste y únicamente cuenta con una reseña realizada a mano en la parte inferior de la primera página del derecho de petición que dice “*Recibido 04/11/22*”, pero sin ningún sello institucional que acredite la recepción del mismo por el área jurídica del centro de detención.

Al brillar por su ausencia prueba de la radicación de la petición objeto de tutela, no resulta viable colegir que el área jurídica de CPMS Puerto Triunfo, haya recibido la petición objeto de tutela y hubiese omitido hacer entrega de la misma, al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, quien a todas luces desconoce tal solicitud y por ende, debe declararse la improcedencia de la acción de amparo por inexistencia de vulneración de derecho alguno, pues se itera, no existe un hecho generador de la presunta afectación³

Si bien es cierto, la acción de tutela se caracteriza por su informalidad, esto no exonera a la parte actora de probar, siquiera de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones, violentándose con ello el *principio “onus probandi incumbit actori”* descrito en la Sentencia T-131 de 2007 y reiterado por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia STP 906 de 2021 al indicar : “*Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción*

³ De acuerdo a los derroteros demarcados por la Corte Constitucional en Sentencia T-130-14 al indica, “*Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela*”.

de que se ha violado o amenazado el derecho”.

Y precisamente basada en este principio fue que la H. Corte Constitucional en Sentencia T-678 de 2008⁴, sostuvo que *“No basta por tanto que el accionante afirme que su derecho de petición se vulneró por no obtener respuesta. Es necesario respaldar dicha afirmación con elementos que permitan comprobar lo dicho, de modo que quien dice haber presentado una solicitud y no haber obtenido respuesta deberá presentar copia de la misma recibida por la autoridad o particular demandado o suministrar alguna información sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que acompañaron la petición, a fin de que el juez pueda ordenar la verificación”.*

Así las cosas, no es procedente la concesión del amparo constitucional en esta ocasión debido a que el derecho fundamental de petición invocado NO HA SIDO VULNERADO por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, al no tener ninguna solicitud pendiente de respuesta relacionada con la pretensión del actor.

Por lo tanto, la Sala procederá a declarar la improcedencia de la acción constitucional, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

En mérito de lo brevemente expuesto, el

⁴ Posición reiterada en Sentencia STP11078-2022 el 18 de agosto de 2022

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: Conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva, **DECLARA IMPROCEDENTE LA ACCION DE TUTELA** promovida por el señor Martín Antonio Ruíz Ladino respecto de la garantía constitucional fundamental de Petición, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: 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: **eca310aa722c00749984f2c42e4300ad953a2d6dcc59c97a09f49add8170e11b**

Documento generado en 30/03/2023 05:03:35 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
SEDE CONSTITUCIONAL**

Medellín, veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2023-0438-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante : Yenifer Surani Payares Granda
Accionado : Juzgado Tercero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia
Vinculados: Centro de Servicios Administrativos
de los Juzgados Penales del Circuito
Especializados de Antioquia.
Decisión : Imprudencia de tutela por
inexistencia de vulneración de
derecho

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 80

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve la ciudadana YENIFER SURANI PAYARES GRANDA, contra el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA, en procura de la protección de su garantía fundamental al debido proceso, trámite al cual fue vinculado el Centro de Servicios de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Antioquia.

ANTECEDENTES

La señora YENIFER SURANI PAYARES GRANDA manifiesta que a la fecha de interposición de la acción, no se le ha

asignado un Juzgado de Ejecución de Penas y de Medidas de Seguridad que vigile su causa, lo que le ha imposibilitado elevar solicitudes de redención de penas; por ello solicita la intervención del juez constitucional para que finalice la vulneración de sus derechos.

Dentro del término otorgado por la Judicatura, el titular del **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA**, reconoció que en ese despacho, se adelantó el proceso penal bajo el radicado No. 051546000000202100048, contra la acá accionante, en el cual se emitió sentencia el día 13 de octubre de 2021, por el delito de Concierto para Delinquir Agravado, condenándosele a la pena principal de 48 meses de prisión y multa de 1.350 SMLMV, sin derecho a los subrogados penales de ley.

Pone de presente además que una vez verificado el Sistema de Gestión, dicho expediente fue remitido el 27 de enero de 2022, correspondiéndole al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, bajo el Radicado No.2022A3-0105, Despacho que actualmente vigila su condena, motivo por el cual solicita NEGAR por improcedente la acción de tutela en contra de ese Juzgado Especializado, pues no ha sido responsable de la omisión o realización de conductas que estén vulnerando los derechos fundamentales de la accionante.

Por su parte el Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Antioquia allega respuesta a través de la cual indica que, en el Centro de Servicios se recibieron las diligencias

antes indicadas, las cuales fueron remitidas para la vigilancia de la respectiva condena, ante los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia (Reparto), el día 27 de enero del año 2022, al igual que las comunicaciones al establecimiento penitenciario y a las diferentes autoridades.

En consecuencia, solicita que se declare improcedente la Acción de Tutela instaurada por la señora YENNIFER SURANI PAYARES GRANDA, en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y del Centro de Servicios de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Antioquia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el caso concreto se tiene que la parte actora reclama le sea asignado un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad que vigile la pena que le fue impuesta el día 13 de octubre de 2021 por el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA, pero este despacho acreditó dentro del presente trámite, que cumplió a cabalidad con la remisión del proceso penal el día 27 de enero de 2023¹, inclusive, que tal labor le fue comunicada a la actora por medio del Oficio de fecha 14 de marzo de 2023 a través del cual se le puso de presente que la vigilancia de su pena le correspondía al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

¹¹ Archivo14 y 15.Expediente electrónico

En ese orden, logra constatarse que para el presente evento, no se advierte en realidad la conculcación de derecho fundamental alguno, habida cuenta que el envío del proceso para ser sometido a reparto ante el Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Antioquia, tuvo lugar el 27 de enero de 2023, meses antes de instaurada la acción de tutela, lo que deja sin sustento la pretensión de la actora, y por ende, debe declararse la improcedencia de la acción de amparo por inexistencia de vulneración de derecho alguno, pues se itera, no existe un hecho generador de la presunta afectación².

Si bien es cierto, la acción de tutela se caracteriza por su informalidad, esto no exonera a la parte actora de probar, siquiera de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones, propósito que aquí no se cumple, violentándose con ello el *principio “onus probandi incumbit actori”* descrito en la Sentencia T-131 de 2007 y reiterado por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia STP 906 de 2021: *“Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho”*.

Así las cosas, no es procedente la concesión del amparo constitucional en esta ocasión, pues se reitera una vez más, no se ha violado ningún derecho fundamental a la señora

² De acuerdo a los derroteros demarcados por la Corte Constitucional en Sentencia T-130-14 al indica, *“Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela”*.

Yenifer Surani Payares Granda por parte de las autoridades judiciales acá convocadas, y *“un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario”*³

Así las cosas, la Sala procederá a declarar la improcedencia de la acción constitucional, 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: Conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva, **DECLARA IMPROCEDENTE LA ACCION DE TUTELA** promovida por la señora Yenifer Surani Payares Granda, por las razones expuestas en la parte motiva.

De no impugnarse la presente decisión, **SE DISPONE** remitir el expediente ante la *H. Corte Constitucional*,

³ Corte Constitucional. Sentencia T-571-15

Nº Interno : 2023-0438-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante : Yenifer Surani Payares Granda
Accionado : Juzgado Tercero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia
Vinculados: Centro de Servicios Administrativos de
los Juzgados Penales del Circuito
Especializados de Antioquia.

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: **21fb3498871e71c294721b826c95c885fedcddc2b564d4cbebee2874dcd38d3c**

Documento generado en 30/03/2023 05:03:25 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, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno : 2023-0475-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante : Diana Yanet Silva Ramírez
Accionado : Fiscalía 27 Seccional
Santa Bárbara
Decisión : Deniega por hecho superado

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 82

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve la ciudadana Diana Yanet Silva Ramírez, contra la Fiscalía 27 Seccional Santa Bárbara y en la cual se vinculó por pasiva a la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, en procura de la protección de su garantía fundamental de *Petición*.

ANTECEDENTES

La señora Diana Yanet Silva Ramírez, manifestó que desde el 16 de febrero de 2023 su hermano Omar Andrés Uribe Ramírez viene adelantando una reclamación ante la accionada, la cual le ha sido negada por no demostrar la custodia de las menores María Ángel Uribe Gallego y Ana Sofía Quintana Gallego, a quienes

se pretende acreditar como víctimas en el proceso penal Nro.56796000345202100186, motivo por el cual el día 03 de marzo de 2023, radicó de forma directa un derecho de petición al correo norelia.gallego@fiscalia.gov.co dirigido a la Fiscalía 27 Seccional Santa Bárbara, Antioquia, a través del cual se solicitaba información frente al SPOA No. 56796000345202100186, con ocasión del fallecimiento de la señora Daniela Andrea Gallego Berrio, ocurrido el día 06 de noviembre del 2021 en un accidente de tránsito.

De ahí que pretenda por esta vía, se le ordene a la accionada en cuestión, resolver la solicitud presentada en los términos antes aludidos.

Dentro del término otorgado por la Judicatura, la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia presenta contestación a la acción, en la que indica que, revisado el sistema misional SPOA, se evidencia que la investigación bajo SPOA 056796000345202100186, se encuentra asignada a la fiscalía 27 Seccional del Santa Bárbara y que desde ese momento dicho delegado es autónomo para dar impulso procesal a los casos conforme a Ley y contestar las solicitudes requeridas relacionadas con la investigación; sin embargo, se hace remisión de la presente acción de tutela a la Fiscalía 27 Seccional del Santa Bárbara con el fin de que den respuesta al accionante y a su despacho y remitan copia de la misma a esa Dirección.

Argumenta que la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia no es competente para dar respuesta a lo solicitado por el accionante, y en ese sentido, solicita desvincular a la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia, por no ser la competente para dar respuesta a dicha solicitud.

De otro lado la Fiscalía 27 Seccional Santa Bárbara, reconoce que en ese Despacho se adelanta la indagación radicada bajo el número Spoa 056796000345202100186, por la presunta conducta delictiva de Homicidio Culposo artículo 109 del Código Penal, por los hechos ocurridos el día 6 de noviembre de 2021, donde perdió la vida la señora Daniela Andrea Gallego Berrio, madre de las menores María Ángel Uribe Gallego y Ana Sofia Quintana Gallego.

Asegura además, que el 27 de marzo de 2023 mediante oficio 084, se dio respuesta a la petición de la señora Diana Yanet Silva Ramírez, en la que se adjuntó escaneada la totalidad de la carpeta, se informó que se le reconoció la calidad de víctimas a las menores dentro de las diligencias que se adelantan y que se programó audiencia de conciliación para el próximo 24 de abril de 2023 a las 3:00 p.m., a la cual deberá asistir en representación de las menores referidas. Pone de presente que dicha respuesta fue enviada al correo electrónico procesosadiuridica@gmail.com, que fuera suministrado en el escrito petitorio, del cual se recibió la confirmación como recibido.

Asimismo, que se comunicaron con el número celular 3008481714, donde respondió el señor Francisco España,

quien refirió que efectivamente se había recibido la comunicación con sus anexos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando el hecho que ha dado lugar al ejercicio de la petición de amparo ha desaparecido, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna para la protección de derechos fundamentales, pues ha dejado de existir el objeto jurídico sobre el cual proveer. Es decir, la decisión que hubiera podido proferir el juez constitucional, en relación con la protección solicitada, resultaría inoficiosa por carencia actual de objeto.

En este orden de ideas, en Sentencia T-352 de 2006 reiterada en sentencia T 387 de 2018, la H. Corte Constitucional reiteró que si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para dicha acción.

Por supuesto que para evitar que se repitan los mismos hechos, el juez constitucional se encuentra habilitado para señalar cuál ha debido ser el comportamiento adoptado por la

entidad o entidades demandadas, para no desconocer los derechos fundamentales, en cuanto se hubiera constatado una eventual afrenta. Así, según el *artículo 24, Decreto 2591 de 1991*, cuando cesen los efectos del acto impugnado o éste se ha consumado en forma que resulta imposible ordenar el restablecimiento invocado, *“los accionados serán prevenidos para que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones u omisiones advertidas, y que, si procedieren de modo contrario serán sancionados, en los términos de la misma disposición”*.

Pues bien, en el caso concreto se tiene que la parte actora reclamaba una respuesta frente a su petición elevada el día 03 de marzo de 2023, ante la Fiscalía 27 Seccional Santa Bárbara, en el sentido de obtener información del SPOA 056796000345202100186, por los hechos ocurridos el día 6 de noviembre de 2021, donde perdió la vida la señora Daniela Andrea Gallego Berrio, madre de las menores María Ángel Uribe Gallego y Ana Sofía Quintana Gallego.

Sin embargo, durante el término de traslado, la Fiscalía 27 Seccional Santa Bárbara se pronunció al respecto, afirmando haber dado respuesta a lo solicitado por la accionante.

En ese orden, logra constatarse entonces, que para el presente evento se está ante la configuración de un supuesto de hecho superado, por cuanto ya tuvo lugar el pronunciamiento reclamado y, así lo pudo constatar esta Magistratura tal y como se puede observar en el archivo N.º 15 del expediente digital.

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: DENIEGA LA TUTELA solicitada por la ciudadana DIANA YANET SILVA RAMÍREZ respecto de la garantía constitucional fundamental de Petición; ello, al constatarse la configuración de un supuesto de hecho superado, de conformidad con los 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: **6b43d0e67709b2ba705e31c68efbc04199fbf7838cfcfe72b567acf546f63e02**

Documento generado en 30/03/2023 05:03:42 PM

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

Nº Interno : 2023-0467-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante : Adriana Patricia Vélez Carmona
Accionado : Fiscalía 01 Unidad de Vida Zipaquirá

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

Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno : 2023-0467-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05 030 40 89 001 2023 00079 00
Accionante : Adriana Patricia Vélez Carmona
Accionado : Fiscalía 01 Unidad de Vida Zipaquirá
Decisión : Deniega por hecho superado

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 083

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve la ciudadana Adriana Patricia Vélez Carmona, contra la Fiscalía 01 Unidad de Vida Zipaquirá y en la cual se vinculó por pasiva a la Fiscal Delegada ante Jueces Municipales de Cundinamarca y de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cundinamarca, en procura de la protección de su garantía fundamental de *Petición*.

ANTECEDENTES

La señora Adriana Patricia Vélez Carmona, manifestó que el 24 de enero de 2023, radicó un escrito formal ante la Fiscalía 01 Unidad de Vida – Zipaquirá, referente al accidente de tránsito donde falleció su hermano Sneider Alexander Vélez Carmona, el día 06 de noviembre de 2022, en la Ciudad de Bogotá – Ubaté- Km 9+050 Chía, Localidad o comuna Tres Esquinas, donde se vio involucrado el vehículo de placas DRV-301 de Funza,

conducido por el señor Felipe Restrepo Goenaga.

Asegura que el día 25 de enero de 2023 le brindaron el radicado 258996000661202200730, aportándose constancia del parentesco con su difunto hermano, no obstante, no se obtuvo respuesta efectiva motivo por el cual el día 24 de febrero de 2023 envió de nuevo la petición, sin que a la fecha de presentación de la acción se le haya suministrado respuesta alguna.

De ahí que pretenda por esta vía, se le ordene a la accionada en cuestión, resolver la solicitud presentada en los términos antes aludidos.

Dentro del término otorgado por la Judicatura, la Fiscal 01 Vida de Zipaquirá, respondió que efectivamente se verificó que se presentó derecho de petición el 24 de enero del presente año, donde se solicitó allegar Registros Civiles que acreditaran el parentesco. Sin embargo y contrario a lo afirmado por la accionante, no se encontró dentro de los correos mariac.prieto@fiscalia.gov.co (fiscal), y como de la asistente Magda Ahumada Rojas magda.ahumada@fiscalia.gov.co, envió de esta información, y reiteración de la misma; sin embargo, con la presente acción de tutela se anexan los respectivos registros civiles, por ello de manera inmediata se expide certificación del día 22 de marzo de 2023, con toda la información requerida del proceso, respuesta enviada al correo angie5814@hotmail.com

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando el hecho que ha dado lugar al ejercicio de la petición de amparo ha desaparecido, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna para la protección de derechos fundamentales, pues ha dejado de existir el objeto jurídico sobre el cual proveer. Es decir, la decisión que hubiera podido proferir el juez constitucional, en relación con la protección solicitada, resultaría inoficiosa por carencia actual de objeto.

En este orden de ideas, en Sentencia T-352 de 2006 reiterada en sentencia T 387 de 2018, la H. Corte Constitucional reiteró que si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para dicha acción.

Por supuesto que para evitar que se repitan los mismos hechos, el juez constitucional se encuentra habilitado para señalar cuál ha debido ser el comportamiento adoptado por la entidad o entidades demandadas, para no desconocer los derechos fundamentales, en cuanto se hubiera constatado una eventual afrenta. Así, según el *artículo 24, Decreto 2591 de 1991*, cuando cesen los efectos del acto impugnado o éste se ha consumado en forma que resulta imposible ordenar el

restablecimiento invocado, *“los accionados serán prevenidos para que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones u omisiones advertidas, y que, si procedieren de modo contrario serán sancionados, en los términos de la misma disposición”*.

Pues bien, en el caso concreto se tiene que la parte actora reclamaba una respuesta frente a su petición elevada el 24 de enero de 2023 y reiterada el 24 de febrero del mismo año, ante la Fiscalía 01 Unidad de Vida Zipaquirá, en el sentido de obtener información y copias del expediente en el que se investigan unos hechos ocurridos el día 06 de noviembre de 2022, en la Ciudad de Bogotá – Ubaté- Km 9+050 Chía, Localidad o comuna Tres Esquinas, donde falleció su hermano Sneider Alexander Vélez Carmona.

Sin embargo, durante el término de traslado, la Fiscalía 01 Unidad de Vida Zipaquirá se pronunció al respecto, acreditando haber dado respuesta a lo solicitado por la accionante, tal y como consta en la certificación¹ que se remitió el día 23 de marzo de 2023 a las 1:34:26 pm, al correo electrónico aportado para efectos de notificación angie5814@hotmail.com²

En ese orden, logra constatarse entonces que para el presente evento, se está ante la configuración de un supuesto de hecho superado, por cuanto ya tuvo lugar el pronunciamiento reclamado.

Así las cosas, se declarará que estamos en el

¹ Archivo 10 Expediente electrónico

² Archivo 09 Expediente electrónico

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: DENIEGA LA TUTELA solicitada por la ciudadana ADRIANA PATRICIA VÉLEZ CARMONA y respecto de la garantía constitucional fundamental de Petición; ello, al constatarse la configuración de un supuesto de hecho superado, de conformidad con los 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

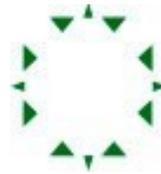
Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **a0f4ab4fc1d87e1e972a89b2eff6a4945cbc70bf17becfd08cc316d7e33788a9**

Documento generado en 31/03/2023 11:30:55 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 31 del 30 de marzo de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Hechos jurídicamente relevantes - congruencia
Radicado	05-250-61-09280-2020-00046 (N.I. TSA 2023-0247-5)
Decisión	Nulidad

ASUNTO

En atención a lo previsto en el artículo 34 numeral primero del C.P.P., Ley 906 de 2004, debería proceder la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca - Antioquia, de no ser porque se ha podido establecer la existencia de una nulidad que afecta de manera trascendente el debido proceso.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

Sobre los hechos jurídicamente relevantes y su adecuación típica, la fiscalía le comunicó al procesado al momento de formular acusación:

“El día 31 de mayo del año 2020, a eso de las 4:30 de la mañana, estando en el barrio El Bosque del Municipio del Bagre – Antioquia, cuando se celebraba una fiesta de cumpleaños en la residencia del señor Emilio Fernando Oliva Muñoz, los asistentes fueron despertados por los gritos de la señora Yerica Agudelo Reyes, quien estaba discutiendo con una persona de sexo masculino identificada como GERMAN ALIRIO OCHOA CABALLERO, quien presuntamente la había accedido carnalmente en las partes íntimas, cuando ella se encontraba durmiendo en una pieza cuya puerta había sido cerrada por el dueño de la residencia con un candado, dado que esta previamente había consumido licor hasta embriagarse, pero que el agresor había entrado a la habitación donde ella se alojaba, forzando el candado que le había sido puesto el propietario de la residencia.”¹

En la audiencia de acusación, a solicitud de la defensa, el ministerio público y el Juez, la fiscalía señaló que tal premisa fáctica se subsumía en el delito del inciso 1 del artículo 210 del C.P.,² es decir, en un **acceso carnal**. Además, por requerimiento del Juez, el fiscal concretó que dicha adecuación jurídica se circunscribía a la hipótesis de la víctima en **incapacidad de resistir**.³

Adicionalmente, se advierte que en la formulación de imputación la fiscalía propuso la misma adecuación típica, para ello utilizó una premisa fáctica parecida a la de la acusación, pero con las siguientes particularidades: (i) precisó que la hipótesis era la de **incapacidad de resistir** debido a que la

¹ Así se expuso el fundamento fáctico de la acusación en la respectiva audiencia, donde se dio una lectura prácticamente textual del correspondiente escrito, (archivos “01FormulaciónAcusación”, récord 00:13:53 a 00:15:03, y “01CarpetaConocimiento05250600928020200004600_C001”, folio 6).

² C.P. artículo 210. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

³ Audiencia de acusación, archivo “01FormulaciónAcusación”, récord 00:05:45 a 00:26:53.

víctima se encontraba dormida, “*inerte*”; (ii) agregó que el acceso carnal consistió en la penetración del pene del imputado en la vagina de la víctima, y (iii) adujo, contrario a lo propuesto en la acusación, que los hechos se llevaron a cabo en el barrio **El Pedregal**.⁴

LA SENTENCIA

El 1 de febrero del año 2023, el Juez Penal del Circuito de Cauca, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia condenatoria en contra de GERMÁN ALIRIO OCHOA CABALLERO al declararlo penalmente responsable, como autor, del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, artículo 210 del C.P., en consecuencia, le impuso pena de prisión de ciento cincuenta (150) meses. Además, le negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Para soportar tal afirmación de responsabilidad, partió de una premisa fáctica similar a la de la acusación, y adujo esencialmente que:

No hay discusión sobre la presencia del procesado y la víctima en el lugar y fecha de los hechos, en donde se encontraban reunidas varias personas departiendo y consumiendo alcohol desde las horas de la tarde del 30 de mayo del año 2020 hasta la madrugada del día siguiente.

La víctima, Yerica Astrid Agudelo Reyes, entregó un testimonio creíble sobre la forma en que el procesado abusó de ella: aprovechando que estaba dormida y luego de consumir bebidas embriagantes, en una habitación donde se acostó sola, que en principio creyó que el procesado era su esposo, pero al sentirse accedida por el sujeto se percató que se trataba de un hombre diferente. Entonces, reaccionó persiguiéndolo, agrediendo

⁴ Imputación, 30 de marzo de 2021, archivo “004.RegistroAudienciasPreliminares202100031P1”, récord 00:59:30 a 01:47:09.

y gritando, lo que alertó a los demás asistentes a la reunión, finalmente, el agresor logró huir del lugar hasta la casa vecina, donde vivía.

La relación sexual no fue consentida por Yerica Astrid, pues se encontraba somnolienta y había consumido bebidas alcohólicas. Ante tal panorama, el Juez alude a la **inconsciencia** de la víctima, pero también utiliza el término de **incapacidad de resistir**.

Las pruebas de cargo corroboran la versión de la agredida, principalmente, los testimonios de Manuel Melquiades Pulido Acosta, Emilio Fernando Oliva Muñoz y Germán David Serpa de la Ossa, quienes dan cuenta de la consistencia del relato de la agredida y del señalamiento al acusados.

La falta de hallazgos concluyentes en la valoración médica no implica que el delito no existiera, por el contrario, las condiciones anatómicas de la mujer y de su agresor permitían que el acceso se llevara a cabo sin provocar lesiones evidentes.

Las pruebas de descargo, que se limitan a los testimonios de Fabián Eugenio Tolosa Flórez y Dora Liliana Ochoa Caballero, amigo y madre del procesado, respectivamente, resultan insuficientes para refutar lo demostrado con los demás medios de conocimiento. Por el contrario, aportan información que sirve para ubicar a OCHOA CABALLERO en el lugar de los hechos, así como que este pudo, para ejecutar el punible, aprovechar las condiciones de embriaguez, festejo y somnolencia en que se encontraba Agudelo Reyes y los demás ocupantes del inmueble.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa presentó y sustentó oportunamente el recurso de apelación con la finalidad de obtener la revocatoria de la

sentencia y la consecuente absolución de su representado. De su farragoso escrito, puede sintetizarse lo siguiente:

- Se vulneró el principio de congruencia. La fiscalía no acusó al procesado por acceder carnalmente a la víctima, Yericá Agudelo Reyes, sino porque entre este y aquella hubo una discusión sobre un posible acceso carnal. El ente acusador se limitó a la lectura del tipo penal en abstracto, sin concretar fácticamente los elementos propios del delito del artículo 210 del C.P. y de la responsabilidad del acusado. Solo se relataron aspectos accesorios e indirectos, como el estado de embriaguez de la mujer, la cual se encontraba dormida sola, en una habitación asegurada con un candado, y quien despertó increpando a GERMÁN ALIRIO OCHOA CABALLERO. Aun así, el Juez tuvo en cuenta tales hechos para condenar.
- Contrario a lo argumentado por la primera instancia, no se probó que OCHOA CABALLERO ideara un plan para cometer el delito, ni siquiera se integró a la reunión desarrollada en la casa de los hechos.
- Yericá Agudelo Reyes, única testigo directa del punible, es inconsistente con ella misma. Aunque Agudelo Reyes detalló la ropa que portaba para el momento del abuso, no recordó cómo y cuándo se fue a dormir, lo que pudo ser debido a la ingesta de bebidas alcohólicas. También dijo que, previo a ser accedida, se despertó sobria y se percató del actuar del procesado, de modo que estaba consciente durante la penetración, por eso reaccionó violentamente, esto último contrasta con que en la valoración médica no se hallaran lesiones. Además, la declarante no fue clara sobre cómo logró la identificación e individualización del procesado, teniendo en cuenta las condiciones del lugar y el estado de sus sentidos.

El testimonio de la víctima no fue corroborado. La valoración médica no arrojó resultados concluyentes sobre el delito y la responsabilidad

de GERMÁN ALIRIO, mientras que los demás testigos no percibieron directamente el abuso. Adicionalmente, se dio una indebida relevancia a aspectos como quién abrió la habitación donde pernoctaba la mujer, la reacción violenta de esta, la posición del agresor respecto al cuerpo de la aquella, el tamaño del pene del acusado, y el estado de embriaguez de las personas presentes en el inmueble de los hechos. En consecuencia, se presentan dudas sustanciales que deben resolverse en favor del procesado.

Como no recurrente, la fiscalía solicitó confirmar la sentencia apelada pues no se vulneró el principio de congruencia toda vez que se respetó el marco fáctico y jurídico precisado en la audiencia de acusación, donde se comunicaron y aclararon -por solicitud de la defensa, el ministerio público y el Juez- circunstanciadamente los hechos que encuadraban en el delito del artículo 210 del C.P., en síntesis, *"haber accedido carnalmente en sus partes íntimas a la víctima, mientras se encontraba en incapaz (Sic) de resistir o consentir la relación"*. Además, la valoración probatoria de la primera instancia fue acertada.

CONSIDERACIONES

La sustentación del recurso de apelación por parte de la defensa técnica fue presentada de forma muy deficiente, elaboró un texto farragoso, con palabras y oraciones totalmente descontextualizadas, la redacción del documento permite advertir la ligereza con la que asumió su tarea, pese a la trascendencia que dicha actuación tiene para el proceso e intereses de su representado. Esta circunstancia obligaría a declarar desierto el recurso por indebida sustentación.

Sin embargo, como se anticipó, la Sala no abordará de fondo todos los temas de la apelación y en su lugar declarará una nulidad por las razones

que a continuación se relacionan, atinentes a un tema que, pese a su confusa argumentación, fue propuesto por el impugnante.

1. De los hechos jurídicamente relevantes y la congruencia

La hipótesis acusatoria viene determinada por la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes, y estos constituyen el punto de referencia para establecer el grado de suficiencia de las pruebas que definen el conocimiento necesario para condenar, de modo que el resultado final de ese proceso racional depende de una adecuada fijación de la premisa fáctica del caso.⁵

En la sentencia 44599 de 2017, la Sala Penal CSJ, preocupada por la informalidad o poca atención de los operadores judiciales en punto de la fijación de los hechos en el trámite penal, quiso resaltar la trascendencia del asunto, concretando, a la vez, lo que debe entenderse por hecho jurídicamente relevante:

“La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan las características de un delito; y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 precisa que la imputación es procedente cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”.

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad. También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto

⁵ Sobre el tema de los hechos jurídicamente relevantes, véase entre otras, CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, y radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, ambas M.P. Patricia Salazar Cuellar.

por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera."

La poca atención que se brinda a la determinación de la premisa fáctica se traduce en serios inconvenientes para el adecuado trámite de los procesos y desde luego, para la controversia probatoria que define la responsabilidad penal.

En ese orden, una adecuada tipificación de la conducta requiere la mayor precisión posible, en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Más explícitamente, la relevancia jurídica del hecho tiene como presupuesto una mínima fijación de cuándo ocurrió, cómo ocurrió y dónde ocurrió. Obviamente, quién lo cometió y quién fue víctima.

A tono con esto, se ha reiterado por vía jurisprudencial⁶ que la sentencia condenatoria no puede sostenerse en hechos que no consten en la acusación, dada que ello implicaría una afectación sustancial del debido proceso, el principio de congruencia, y el derecho de defensa.

Entonces, la necesidad de que los hechos jurídicamente relevantes cumplan con los requisitos de claridad y precisión resulta protuberante para la final aplicación del artículo 448 que contiene el principio de congruencia propiamente dicho, según el cual, el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. Adicionalmente, sirven para asegurar las garantías mínimas del procesado y la correcta delimitación del tema de prueba.

⁶ Véase SP2042-2019, radicado 51007 del 5 de junio de 2019; SP3831-2019, radicado 47671 del 17 de septiembre de 2019; AP3401-2019 radicado 51693 del 6 de agosto de 2019; SP5560-2018 radicado 52311 del 11 de diciembre de 2018, entre otras.

Sobre este punto, no puede olvidarse que más allá de la naturaleza progresiva y dinámica del proceso penal, el marco fáctico propuesto en la imputación debe ser respetado en la acusación, y este a la vez no se puede desbordar al definir la premisa fáctica del fallo, además, no es posible subsanar los errores de la acusación porque la información omitida pueda inferirse de la imputación o porque la defensa acierte al efectuar su labor de manera activa dentro del proceso.⁷

A propósito, aunque es posible que en la acusación se realicen algunas aclaraciones a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que no incidan en el cambio de la calificación jurídica,⁸ lo cierto es que el núcleo básico de la hipótesis fáctica precisada desde la imputación debe mantenerse hasta la sentencia pues *“cualquier desarmonía sustancial en el ámbito fáctico entre estos estadios -imputación, acusación y sentencia- resulta violatoria del debido proceso”*.⁹

De modo que la decisión acerca del cumplimiento del estándar de prueba para condenar, depende de la claridad de la propuesta acusatoria. Ya en este nivel, al Juez le corresponde determinar si las pruebas practicadas le permiten concluir la responsabilidad del acusado a través de un juicio comparativo de suficiencia. El estándar de prueba es el umbral que debe alcanzar la fiscalía, por medio de las pruebas debatidas, para lograr una sentencia condenatoria.

En ese orden, la premisa fáctica de la sentencia no es otra cosa que los hechos que el Juez acepta como probados luego de finalizado el debate oral.¹⁰

⁷ Sobre este punto, véase SP CSJ radicado 52507 del 7 de noviembre de 2018, SP4792-2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Decisión reiterada en radicado 51007 del 5 de junio de 2019, de la misma ponente, y que tiene plena coherencia con decisiones como las de los radicados 47671 del 17 de septiembre de 2019 M.P. Eugenio Fernández Carlier, y 53440 del 2 de octubre de 2019 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁸ Sobre este punto, véase SP CSJ radicado 52507 del 7 de noviembre de 2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁹ SP CSJ radicado 59100 del 2 de marzo de 2022, SP566-2022, M.P. Myryam Ávila Roldán.

¹⁰ Sobre el tema, véase radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Descendiendo al asunto que nos concita, para evidenciar los errores en que incurrió la fiscalía al momento de fijar los hechos jurídicamente relevantes en los que soportó la acusación, dar más claridad sobre la precariedad de su hipótesis y las falencias que afectan sustantivamente el proceso, se transcribió en el acápite “*hechos y antecedentes procesales relevantes*” de la presente providencia, el fundamento fáctico y jurídico que consignó en la acusación, además se hizo referencia a lo que fue el contenido de la imputación, los que no pueden ser la base del fallo de condena.

Confundió en la acusación el contenido de los hechos indicadores y los hechos jurídicamente relevantes.¹¹ En contra de lo delimitado por la jurisprudencia,¹² se incurrió en errores de trascendencia. Se llama la atención a la fiscalía, pues se debe reiterar que la falta de claridad sobre aspectos determinantes, conllevan a una defectuosa labor probatoria y acusatoria.¹³

Omitió realizar una debida separación de los hechos jurídicamente relevantes que se endilgaban al procesado, delimitándolos circunstanciadamente a fin de dejar claras las conductas y aspectos concretos que permitían la estructuración de todos los elementos que impone el delito acusado. Veamos.

¹¹ Sobre la diferenciación de tales conceptos, véase CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹² CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹³ “*Errores como los descritos en páginas precedentes no sólo desconocen lo dispuesto en los artículos 288 y 337, en el sentido de que los hechos jurídicamente relevantes deben expresarse de manera sucinta y clara, sino que además generan situaciones que afectan severamente la celeridad y eficacia de la justicia. Lo anterior sucede en eventos como los siguientes: (i) se relacionen de forma deshilvanada “hechos indicadores” y/o el contenido de los medios de prueba, pero no se estructura una hipótesis completa de hechos jurídicamente relevantes; (ii) la falta de claridad en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía, impide delimitar el tema de prueba; (iii) en la audiencia de acusación se le proporciona información al Juez, que sólo debería conocer en el juicio oral, con apego al debido proceso probatorio; (iv) las audiencias de imputación y acusación se extienden innecesariamente, y suelen tornarse farragosas; (v) la falta de claridad de la imputación y la acusación puede privar al procesado de la posibilidad de ejercer adecuadamente su defensa; (vi) las omisiones en la imputación o la acusación puede generar impunidad, como cuando se dejan de relacionar hechos jurídicamente relevantes a pesar de que los mismos pueden ser demostrados (elementos estructurales del tipo penal, circunstancias de mayor punibilidad, etcétera)*”. CSJ SP, radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

- El tipo penal contemplado en el artículo 210 del C.P., acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, objeto de acusación jurídica en el presente evento, contempla tres hipótesis para su estructuración dependiendo de las condiciones de la víctima: (i) si se encuentra en estado de inconsciencia, (ii) si padece trastorno mental, y (iii) si está en incapacidad de resistir.¹⁴

«2.4.2 La inconsciencia es el estado en que la persona no reconoce la realidad, ha perdido la facultad de reconocer la realidad, que según la literatura médica puede producirse por lesiones cerebrales, intoxicaciones graves y fatigas severas, entre otras causas.

En este sentido, no comporta como la Sala lo ha dicho la pérdida de las facultades físicas, sino primordialmente “la alteración de sus procesos psíquicos y cognitivos”¹⁵

2.4.3 El trastorno mental al que alude la descripción típica, es de aquellos que impiden a la persona comprender o autodeterminarse. Puede ser de carácter temporal, en cuyo caso debe padecerlo al momento del abuso, o permanente. No todo enfermo mental es sujeto pasivo de la acción, sino aquel cuya alteración afecta su autonomía e independencia para cohabitar sexualmente o tener actos de esta naturaleza.

2.4.4 La incapacidad de resistir está vinculada con la afectación de la voluntad de la persona para oponerse al acceso carnal o al acto sexual diverso a él. En este evento, la víctima comprende el alcance y significado de la acción, solo que no puede oponerse a ella por limitaciones físicas.»¹⁶

¹⁴ Sobre tales elementos del tipo, véase entre otras, SP CSJ radicados 47150 del 24 de febrero de 2016, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, 51136 del 6 de diciembre de 2017, M.P. Eyder Patiño Cabrera, 51453 del 4 de abril de 2018, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, 55330 del 13 de agosto de 2019, M.P. Jaime Humberto Moreno Acero, 50610 del 21 de agosto de 2019, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, 60743 del 6 de abril de 2022, M.P. Gerson Chaverra Castro.

¹⁵ CSJ SP, 3 feb. 2021, rad. 53124

¹⁶ SP CSJ radicado 60743 del 6 de abril de 2022, M.P. Gerson Chaverra Castro.

Nótese que cada una de las hipótesis conlleva unas implicaciones probatorias diferentes, pues, a modo de ejemplo, no es lo mismo demostrar que la víctima padece un trastorno mental que le impide dar su pleno consentimiento para tolerar una relación sexual, a probar que se encontraba en incapacidad de resistir el comportamiento libidinoso del abusador por una grave alteración física.

En ese orden, **debía la fiscalía ser clara en su tesis respecto a cuál de estas tres hipótesis buscaría probar, y presentar a su vez el fundamento fáctico de su postura.**

Sin embargo, en el presente asunto, pese a que el Juez la requirió en la audiencia de acusación para que diera claridad sobre estos aspectos, la fiscalía solo adujo que la hipótesis jurídica era la **incapacidad de resistir**, sin establecer el hecho concreto que le permitía hablar de dicha característica de la víctima para el momento del delito.

Se debe resaltar que al final de la audiencia fue el Juez quien infirió que la base fáctica de aquella tesis era el estado de embriaguez de Yericá Astrid Agudelo Reyes,¹⁷ sin que el delegado del ente acusador se pronunciara de ninguna manera sobre tal manifestación, aun cuando en la imputación la fiscal que atendió aquella diligencia¹⁸ sostuvo que la **incapacidad de resistir** tenía fundamento en que Yericá Astrid se encontraba dormida o inerte.

A propósito, aunque en la acusación el fiscal se refirió a la ingesta de bebidas embriagantes por parte de aquella, así como también a que estaba dormida para el momento de ejecución del injusto, no concretó si alguno de estos hechos, o los dos, fundamentaban la

¹⁷ Audiencia de acusación, archivo "01FormulaciónAcusación", récord 00:25:50 a 00:26:53.

¹⁸ Los fiscales de las audiencias de imputación y acusación fueron dos personas diferentes.

hipótesis jurídica que enunció. Esto tuvo serias implicaciones para la adopción del fallo apelado, como explicaremos a continuación.

En su sentencia, el Juez argumentó que la jurisprudencia ha establecido que el sueño es una situación que se enmarca en la hipótesis de *inconsciencia*, incluso citó un precedente para dar cuenta de ello, de esa manera concluyó que era evidente la *incapacidad de resistir* de la víctima.¹⁹

En esas condiciones, la primera instancia no estableció con claridad si estos hechos estructuraban la hipótesis de *inconsciencia* o de *incapacidad de resistir* de la víctima, lo que fue consecuencia de los errores de la fiscalía al estructurar la premisa fáctica de la acusación.

Bajo tal panorama, resultaba evidente la imposibilidad de un ejercicio pleno del derecho de defensa, pues indefectiblemente el acusado tendrían que defenderse de suposiciones totalmente ambiguas sobre un elemento básico del tipo penal por el que se le acusó.

Se destaca que tales falencias no puede ser superadas porque eventualmente se pueda inferir su solución de la propuesta fáctica del ente acusador, como equivocadamente parece haber entendido la primera instancia, quien resolvió el caso bajo la tesis de *incapacidad para resistir*, aunque entremezclando el concepto de *inconsciencia*, lo que evidencia lo confuso de la acusación.

Además, tal proceder implicaría un acto de parte que le esta vedado al Juez, ya que tendría que decantarse por una tesis que claramente no le fue presentada por las partes o intervinientes.

¹⁹ Sentencia de primera instancia, archivo “24Sentencia”, folios 23 y 24, citando a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el radicado 55833 de 2021.

- Consecuente con lo acabado de analizar, la fiscalía no fue clara respecto a si todas las circunstancias aducidas en su hipótesis fáctica eran constitutivas de hechos jurídicamente relevantes, o se incorporaron también hechos indicadores, de los que, en tal caso, no se especificó cuáles eran los hechos jurídicamente relevantes que podían inferirse a partir de aquellos.

Esta ambigüedad es evidente al abordar el hecho de que la víctima ingirió bebidas embriagantes momentos antes de haber sido abusada. Por ejemplo, ni siquiera fue claro para el Juez si esta circunstancia servía para estructurar la hipótesis de *incapacidad para resistir*, o si solo sirve para inferir algún otro hecho, como podría ser, la causa por la que decidió acostarse en la habitación donde, según la acusación, fue agredida.

- El delito acusado tiene un componente que remite al artículo 212 del C.P., en donde se define el concepto de acceso carnal en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 212. ACCESO CARNAL. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.”

En ese orden, la fiscalía estaba obligada a dar cuenta de la vía por la que se produjo el acceso carnal por el que acusaba, es decir, el cometido por GERMÁN ALIRIO OCHOA CABALLERO en contra de YERICA ASTRID AGUDELO REYES. Aun así, no se presentó ningún supuesto fáctico concreto sobre el particular, solo dijo que el acusado *“presuntamente la había accedido carnalmente en las partes íntimas”*, manifestación genérica que adolece de la concreción y claridad que demanda el numeral 2 del artículo 337 del C.P.P.

Véase que la imprecisión de la fiscalía llevó a que la defensa atacara en la apelación este particular punto, en lo que le asiste razón, más allá de los reparos a las falencias técnicas de la argumentación de la alzada.

- La fiscalía no tuvo en cuenta que en la imputación se adujo que el delito se cometió en el barrio **El Pedregal**, zona urbana del municipio de El Bagre – Antioquia, en concreto, en una habitación de la casa de Emilio Oliva. En contraste, en la acusación consignó que el lugar de los hechos fue una alcoba de la residencia de Emilio Fernando Oliva Muñoz, ubicada en el barrio **El Bosque** del citado municipio.

Esta incoherencia no fue aclarada en ningún momento. Aun así, el Juez condenó partiendo de una premisa fáctica que ubica la conducta en el barrio **El Bosque**, lo que permite observar, de entrada, una protuberante incongruencia entre la imputación y la acusación, reflejado también en el fallo de condena, sobre un elemento sustancial de los hechos jurídicamente relevantes, el componente espacial.

Aunque podría decirse que el aspecto espacial de los hechos puede definirse a partir de otra información, como que se ejecutaron en la casa de Oliva Muñoz, en El Bagre – Antioquia, esto no es suficiente para descartar el barrio citado en la imputación y decantarse por el referido en la acusación, lo que solo se logra suponiendo, o valorando los elementos de prueba, esto último, a su vez, implicaría a la contraparte, intervinientes y el Juez, efectuar juicios de imputación y acusación que corresponden exclusivamente a la fiscalía,²⁰ quien, en definitiva, no aclaró tal punto.

²⁰ Sobre el concepto de juicio de imputación y juicio de imputación, véase entre otras, SP CSJ radicados 54189 del 5 de octubre de 2022, SP3574-2022, M.P. Myriam Ávila Roldán; 50748 del 10 de diciembre de 2019, SP5400-2019; y 52227 del 24 de junio de 2020, SP-2073-2020, las dos últimas, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Así que no hay referencia concreta que permita establecer con total claridad dónde se cometió el punible. En otras palabras, se omitió dar un dato útil, solido y suficiente para definir el aspecto espacial de los hechos jurídicamente relevantes, esto teniendo en cuenta que la fiscalía propuso un escenario en la acusación y otro en la imputación, actuaciones en las que debe existir congruencia, y que por consiguiente afectó sustancialmente el fallo de primera instancia, en donde el Juez se decantó por uno de los lugares expuestos. En ese orden, el procesado estaría obligado a defenderse de una conducta de la cual es incierto el lugar de su comisión.

- Adicionalmente, no se puede superar las situaciones problemáticas evidenciadas solo porque el defensor, de forma eventual, acierte en la hipótesis correcta al momento de plantear oposición a la pretensión de su contraparte.

Nótese cómo la indebida fijación de los referidos elementos del tipo penal es consecuencia de una ligera delimitación de los hechos jurídicamente relevantes, lo que a su vez lleva a que el acusado no tenga claro aspectos determinantes de los hechos de los cuales se defiende, y más, cuando la estrategia defensiva parece centrarse en la no estructuración de la *incapacidad para resistir*, de la *inconsciencia*, y del *acceso carnal*. Ante este panorama, la jurisprudencia ha sostenido que:

“...la determinación de los elementos estructurales del tipo penal que se atribuye al imputado o acusado, se erige fundamental y trascendente, no solo porque gobierna la esencia y finalidad de las diligencias de imputación y acusación, sino en virtud de que este conocimiento básico es indispensable para que el procesado y su defensor puedan adelantar su tarea investigativa o de contradicción, a más que irradia la pertinencia de las pruebas posibles de solicitar en la audiencia preparatoria.

(...)

Desde luego, si tanto la formulación de imputación, como la de acusación, en lo material y formal son erigidas en calidad de escenarios naturales, dentro de la estructura procesal diseñada por la Ley 906 de 2004, para comunicar al imputado o acusado, respectivamente, los hechos jurídicamente relevantes, mal puede decirse que la ausencia total de definición de este aspecto basilar puede suplirse con el conocimiento al cual puedan llegar aquellos por otros medios, dado que, así pudiera encontrarse esa información en dichos elementos, y así se permita advertir suplidas las deficiencias respecto de los derechos de defensa y contradicción, ello no elimina la circunstancia cierta de que el acto procesal no cumplió con su función primordial, en clara e insubsanable vulneración del debido proceso.”²¹

- *Importa reiterar que el error detectado en la acusación no puede suplirse con la información ofrecida en la imputación,²² ya que “afirmar lo contrario sería como admitir que en el trámite regular puede condenarse con imputación pero sin acusación, desconociendo que el acto de la acusación es parte esencial de la estructura del debido proceso”.*²³

Se llama la atención sobre este aspecto ya que en la audiencia de imputación,²⁴ aunque de manera poco técnica,²⁵ la fiscalía estableció una base fáctica del acceso carnal y de la hipótesis

²¹ SP CSJ Radicado 52507 del 7 de noviembre de 2018, SP4792-2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Decisión reiterada en Radicado 51007 del 5 de junio de 2019, de la misma ponente, y que tiene plena coherencia con decisiones como las de los radicados 47671 del 17 de septiembre de 2019 M.P. Eugenio Fernández Carlier, y 53440 del 2 de octubre de 2019 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

²² Sobre este punto, véase SP CSJ Radicado 52507 del 7 de noviembre de 2018, SP4792-2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Decisión reiterada en Radicado 51007 del 5 de junio de 2019, de la misma ponente, y que tiene plena coherencia con decisiones como las de los radicados 47671 del 17 de septiembre de 2019 M.P. Eugenio Fernández Carlier, y 53440 del 2 de octubre de 2019 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

²³ SP CSJ radicado 47671 del 17 de septiembre de 2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

²⁴ Imputación, 30 de marzo de 2021, archivo “004.RegistroAudienciasPreliminares202100031P1”, récord 00:59:30 a 01:47:09.

²⁵ Sobre el tema véase SP CSJ, Radicado 51007, SP2042-2019 del 5 de junio de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

jurídica por la que imputó, además, precisó un lugar de los hechos, en lo que no se advierte irregularidad.

Ahora, si el fiscal que asumió el caso en la etapa de conocimiento observaba la necesidad de variar o efectuar alguna aclaración a la imputación o acusación, debió hacerlo en los momentos oportunos con las herramientas procesales que contaba, pero no lo hizo.

La irregularidad evidencia la falta de atención con que la fiscalía, el Juez, e incluso la propia defensa, asumieron el caso, pues bastaba con la simple constatación de los requisitos que impone el numeral 2 del artículo 337 del C.P.P. para darse cuenta de las inconsistencias que se proponían en la acusación.

Así que la fiscalía incurrió en graves imprecisiones al fijar los hechos jurídicamente relevantes, lo que sin duda conllevó a deficiencias al momento de probar y resolver el caso. Sin advertir estas irregularidades, el Juez *A quo* decidió condenar al acusado por el acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, delito que incluso requiere de elementos particulares para su estructuración.

Lo descrito hasta el momento permite advertir una obviedad: la precariedad descriptiva de la hipótesis acusatoria no permite delimitar el componente fáctico específico del aspecto espacial, ni los elementos concretos del delito por el cual se adoptó la condena.

De forma que, como los hechos, y su consecuente adecuación típica, por los cuales se condenó a GERMÁN ALIRIO OCHOA CABALLERO fueron indebidamente delimitados desde la presentación del escrito de acusación, se impone declarar la nulidad de lo actuado desde dicha oportunidad, inclusive.

El Juez de conocimiento habrá de dirigir la audiencia de acusación conforme lo dispone el artículo 337, especialmente el numeral 2 de la Ley 906 de 2004. Todo lo anterior de conformidad con la extensa línea jurisprudencial relativa a la relevancia de una adecuada tarea de los operadores judiciales en relación con los hechos jurídicamente relevantes.²⁶

La decisión de nulidad se hace necesaria dado que los defectos ya relacionados afectan gravemente la estructura del proceso y en especial el derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 457 del C.P.P.

Importa destacar que en este evento, contrario a otros analizados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,²⁷ no prevalece la absolución sobre la nulidad, pues los presupuestos analizados allí no se presentan en este caso. Nótese que las falencias aquí detectadas, referentes a la indebida delimitación de los hechos jurídicamente relevantes, de cara a su adecuación típica, no fueron corregidas, en consecuencia, no se cuenta con un presupuesto fáctico y jurídico claro que permita una estricta valoración probatoria, en ese orden, tampoco hay posibilidad de demostrar una hipótesis que lleve a la absolución del procesado. La decisión en estos términos favorece al acusado dado que fue condenado de forma irregular, según se detalló en esta oportunidad.

En ese orden, se deberá ordenar la libertad de GERMÁN ALIRIO OCHOA CABALLERO, **siempre que no sea requerido por otra autoridad**, toda vez que quedará sin vigencia la sentencia condenatoria.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el acusado se encuentra descontando pena en razón del fallo de condena, además, que en audiencia preliminar del 30 de marzo de 2021 le fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad.²⁸

²⁶ Desde la ya mencionada 44599 de 2017 proferidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

²⁷ SP CSJ radicado 54660 del 2 de junio de 2021, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

²⁸ Ver archivo "006.ActaAudienciasConcentradas20210330".

En todo caso, en razón a la etapa desde cuando se declara la nulidad, y que la fecha de imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, es evidente que se supera el término máximo de duración de esta, fijado en el parágrafo 1 del artículo 307 del C.P.P. También es importante destacar que la prorroga de la medida aseguramiento, conforme a la norma acabada de citar, no puede ser ordenada de manera oficiosa pues sólo procede a solicitud de la fiscalía o del apoderado de la víctima.

Nótese que la nulidad que se anuncia se debe a errores atribuibles a la fiscalía, y en el presente evento una consecuencia legal de dicha situación es el vencimiento del término inicial establecido para la medida de aseguramiento, máxime cuando ninguna previsión tomó el ente acusador al respecto, de modo que en esta instancia no se puede soslayar el respectivo pronunciamiento frente a la libertad del procesado.

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

Sin necesidad de otras consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD desde la presentación del escrito de acusación, inclusive, para que se adelante el proceso como es debido.

SEGUNDO: REMITIR la actuación a la fiscalía de origen para que se de cumplimiento de forma **urgente** a lo aquí dispuesto.

TERCERO: DISPONER la libertad inmediata de GERMÁN ALIRIO OCHOA CABALLERO que se hará efectiva si no es requerido por otra autoridad.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

ACLARA VOTO

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

Firma Con Aclaración De Voto

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

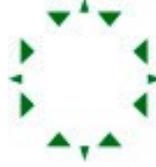
Código de verificación: **11e68490255e82d274f9622bcd1f4ba6b7a52718e0de97975e7201aa666bde32**

Documento generado en 31/03/2023 03:15:32 PM

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

Tutela segunda instancia

Accionante: Ángela Cristina Bernal Pineda
Accionadas: Subdirección del Complejo Tecnológico
Agroindustrial, Pecuario Y Turístico –Regional
Antioquia y Servicio Nacional De Aprendizaje -Sena
Radicado: 05045 31 04 002 2023 00037
(N.I.: 2023-0348-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 31

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Ángela Cristina Bernal Pineda
Accionado	Subdirección del Complejo Tecnológico Agroindustrial, Pecuario Y Turístico –Regional Antioquia y Servicio Nacional De Aprendizaje - Sena
Radicado	05045 31 04 002 2023 00037 (N.I.: 2023-0348-5)
Decisión	Confirma por hecho superado

ASUNTO

La Sala decide el recurso de impugnación presentado por la parte actora contra la decisión proferida el 13 de febrero de 2023 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó Antioquia, que negó el amparo solicitado por la accionante.

Tutela segunda instancia

Accionante: Ángela Cristina Bernal Pineda
Accionadas: Subdirección del Complejo Tecnológico
Agroindustrial, Pecuario Y Turístico –Regional
Antioquia y Servicio Nacional De Aprendizaje -Sena
Radicado: 05045 31 04 002 2023 00037
(N.I.: 2023-0348-5)

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1-. Expuso la accionante que nació el 30 de enero de 1965, actualmente cuenta con 58 años de edad, a cotizado al Sistema General de Pensiones - Colfondos más de 1.033,57 semanas, con corte al 26 enero de 2023. Actualmente se encuentra en calidad de pre pensionada, teniendo en cuenta que para pensionarse le hacen falta cotizar dos años.

Advierte que presenta varias patologías crónicas, hace 14 años tuvo cáncer de útero con tratamiento de quimioterapia, braquiterapia y radioterapia. Quedó con cistitis actínica hemorrágica, osteoporosis y trastorno de ansiedad. Afirma que, en el cerebro tiene: *“un quiste complejo de la pineal de 10mm y un quiste de la hendidura de Rathke”*, patologías que requieren de tratamiento y se les debe hacer seguimiento en instituciones médicas de tercer y cuarto nivel de complejidad. Los medicamentos y los tratamientos que se debe realizar son de alto costo.

Refiere que está caracterizada en la Agencia pública de empleo AP SENA, como madre cabeza de familia, ya que tiene una hija que actualmente se encuentra estudiando y ella es la encargada de mantenerla. Es administradora de empresas, y ha sido contratista de prestación de servicios del servicio nacional de aprendizaje - SENA por más de ocho (8) años en la especialidad de Titulada, para lo cual ha cumplido con los requisitos exigidos en cada uno de los contratos de prestación de servicios, y ha presentado los exámenes exigidos para ser INSTRUCTORA DEL SENA.

Afirma que el último contrato de prestación de servicios profesionales que suscribió con la Subdirección del Complejo Tecnológico Agroindustria, Pecuario y Turístico del SENA, fue el No. CO1.PCCNTR.388972 de 26 de enero de 2022 por el término de 10

Tutela segunda instancia

Accionante: Ángela Cristina Bernal Pineda
Accionadas: Subdirección del Complejo Tecnológico
Agroindustrial, Pecuario Y Turístico –Regional
Antioquia y Servicio Nacional De Aprendizaje -Sena
Radicado: 05045 31 04 002 2023 00037
(N.I.: 2023-0348-5)

meses y 16 días, el cual finalizó el pasado 16 de diciembre de 2022. Indica que en esa oportunidad se le respetó su protección especial por ser pre pensionada, teniendo en cuenta que, a pesar de haber sido evaluada en el tercer puesto en el puntaje, se le garantizó su derecho al trabajo convocándola para suscribir el contrato de prestación de servicios profesionales mencionado anteriormente.

Informa que mediante Circular 3-2022-000192 del 9 de noviembre de 2022 el SENA impartió directrices y lineamientos para el proceso de contratación de servicios profesionales para el 2023. En cumplimiento de los lineamientos dados por el SENA, presentó ante la Subdirección del Complejo Tecnológico Agroindustria, Pecuario y Turístico del SENA oficio del 11 de noviembre de 2022, donde manifestó su deseo de ser contratada como Instructora para el 2023, acreditando oportunamente su condición de pre pensionada. Solicitud que reiteró el 7 de diciembre de 2022.

Expuso que mediante la Circular No. 01-3022-000227 del 12 de diciembre de 2022, determinaron que todos los instructores debían realizar un proceso preliminar de selección para poder acceder a la contratación del año 2023.

Refiere que el 27 de diciembre de 2022 por medio de la plataforma de inscripción de la AP le informaron que su hoja de vida cumplía con los requerimientos requeridos para el perfil al que se postuló. Conforme con ello, el 6 de enero de 2023 instauró una PQRS en el Banco de Instructores, solicitando se le informara porque al momento no había sido seleccionada en la vacante que se presentó. El 17 de enero del 2023 el SENA le informó: *"c) Para la vacante GESTIÓN ADMINISTRATIVA 15068, la cual cuenta con (1) un solo cupo, se postularon entre los candidatos dos personas que presentaron ante el centro de formación protección constitucional especial. d) Que luego de la revisión de las hojas de vida de los candidatos postulados por parte*

Tutela segunda instancia

Accionante: Ángela Cristina Bernal Pineda
Accionadas: Subdirección del Complejo Tecnológico
Agroindustrial, Pecuario Y Turístico –Regional
Antioquia y Servicio Nacional De Aprendizaje -Sena
Radicado: 05045 31 04 002 2023 00037
(N.I.: 2023-0348-5)

del comité, usted obtuvo un puntaje de 77.8 de 100. e) Con relación al número de orden de su hoja de vida, luego de la realización de la verificación del acta elaborada por el comité de verificación usted ocupa el puesto dos (2). f) Que, en aras a cumplir con la protección especial manifestada, una vez se identifique otras necesidades de contratación en el mismo perfil u otro similar siguiendo los lineamientos expuestos por la circular 3-2022-000192 el centro le convocará."

Advierte que a la fecha no la han comunicado para suscribir contrato con la Subdirección del Complejo Tecnológico Agroindustria, Pecuario y Turístico del SENA, en un perfil igual al que se presentó, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se encuentra, razón por la que ve afectados sus derechos al mínimo vital, al trabajo, entre otros.

2-. El Juzgado de primera instancia negó por improcedente el amparo solicitado por la parte actora.

DE LA IMPUGNACIÓN

El fallo proferido en primera instancia fue impugnado por Ángela Cristina Bernal Pineda a través de apoderada. Del extenso escrito se extraen los siguientes argumentos esenciales:

La juez de primera instancia no hace un análisis serio de los derechos fundamentales invocados y que son de trascendencia para el asunto planteado. Se refirió al DERECHO DE PETICIÓN, cuando este derecho nunca fue vulnerado, por el contrario, el SENA siempre fue diligente ante las solicitudes presentadas. Frente a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, se sustentó el fallo con idénticas sentencias a las referidas por el SENA en su contestación. Es así como tímidamente se apropió del concepto desfavorable, y sin acudir a los demás derechos

Tutela segunda instancia

Accionante: Ángela Cristina Bernal Pineda
Accionadas: Subdirección del Complejo Tecnológico
Agroindustrial, Pecuario Y Turístico –Regional
Antioquia y Servicio Nacional De Aprendizaje -Sena
Radicado: 05045 31 04 002 2023 00037
(N.I.: 2023-0348-5)

fundamentales vulnerados ni a los elementos fácticos de la acción, falló de manera desfavorable la solicitud.

Afirma que, si a la Juez de instancia, no se le generó la suficiente convicción sobre la violación, entre otros, al derecho al trabajo, a la seguridad social integral, al mínimo vital y a una vida digna; debió de manera oficiosa acudir a que se ampliara la versión y/o se demostrara con pruebas testimoniales las afirmaciones contenidas, que por demás no fueron controvertidas por el SENA.

Indicó que no es de recibo la improcedente de la tutela, pues, no se está pretendiendo por medio de ésta, pasar por alto la decisión de un Juez en vía judicial, sino, por el contrario que el Juez Constitucional le garantice sus derechos fundamentales vulnerados por el SENA. Se obvió por completo el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, debió haber declarado que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA vulneró, y a la fecha continúa vulnerando los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada.

Solicita se revoque la decisión de primera instancia.

La Sala estableció comunicación con la señora Ángela Cristina Bernal Pineda quien informó que: desde el 7 de marzo de 2023 firmó contrato con el SENA, y viene desempeñando sus labores desde el 8 de marzo de esta anualidad.¹

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

¹ Ver Constancia Auxiliar Judicial tutela 2023-0348-5

Tutela segunda instancia

Accionante: Ángela Cristina Bernal Pineda
Accionadas: Subdirección del Complejo Tecnológico
Agroindustrial, Pecuario Y Turístico –Regional
Antioquia y Servicio Nacional De Aprendizaje -Sena
Radicado: 05045 31 04 002 2023 00037
(N.I.: 2023-0348-5)

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

2. Problema jurídico planteado

La Sala determinará en esta oportunidad si se ha configurado un hecho superado en relación con la pretensión de amparo constitucional.

3. Solución del problema jurídico.

La acción tenía por objeto que la subdirección del complejo tecnológico agroindustrial, pecuario y turístico – regional Antioquia y al servicio nacional de aprendizaje –SENA contratara nuevamente a Ángela Cristina Bernal Pineda en el puesto que venía desempeñando en protección a los derechos del mínimo vital, derecho al trabajo y estabilidad laboral reforzada por contar con la calidad de pre pensionada.

Según información brindada por la accionante, ya se resolvió el amparo solicitado.

La Sala estableció comunicación con Ángela Cristina Bernal Pineda quien indicó haber firmado contrato laboral con el SENA el pasado 7 de marzo de 2023 y empezó a laborar el 8 de los mismos.

Se constató que, en el transcurso del trámite, el SENA cumplió con la pretensión realizada por la accionante, por tanto, es claro que se ha configurado un hecho superado por carencia actual de objeto respecto de la pretensión constitucional.²

² *“La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la carencia actual de objeto se configura cuando frente a las pretensiones esbozadas en la acción de tutela, cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente “caería en el vacío.”*
(...)

Tutela segunda instancia

Accionante: Ángela Cristina Bernal Pineda
Accionadas: Subdirección del Complejo Tecnológico
Agroindustrial, Pecuario Y Turístico –Regional
Antioquia y Servicio Nacional De Aprendizaje -Sena
Radicado: 05045 31 04 002 2023 00037
(N.I.: 2023-0348-5)

Siendo así, se CONFIRMARÁ el fallo impugnado, pero por hecho superado.

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: CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó Antioquia, pero por hecho superado.

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

Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado". Corte Constitucional, sentencia T-038, del 1º de febrero de 2019.

Tutela segunda instancia

Accionante: Ángela Cristina Bernal Pineda
Accionadas: Subdirección del Complejo Tecnológico
Agroindustrial, Pecuario Y Turístico –Regional
Antioquia y Servicio Nacional De Aprendizaje -Sena
Radicado: 05045 31 04 002 2023 00037
(N.I.: 2023-0348-5)

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

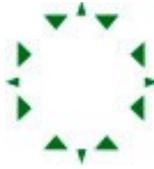
Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **dc12395d8f5d538de6a64405e74c7f53e1a6a32438b6a1f05396e60ca2aeb464**

Documento generado en 31/03/2023 03:16:07 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 31

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Henry Pastrana Prieto
Accionado	Centro de Innovación la Agroindustria y la Aviación –SENA
Radicado	05 615 31 04 001 2023 00015 (N.I.: 2023-0337-5)
Decisión	Nulidad

ASUNTO

La Sala decide la impugnación presentada por el SENA contra la decisión proferida el 15 de febrero de 2023 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia, mediante la cual amparó el derecho fundamental del accionante.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Afirmó el accionante que ha laborado como contratista del Servicio Nacional de Aprendizaje Sena- desde hace 25 años, como instructor para el área de hotelería y turismo. Inició sus labores en la regional Caldas a partir del 22 de enero de 1997, luego en la regional Quindío desde enero de 2016, y finalmente en el Centro de la Innovación, la Agroindustria y la Aviación ubicada en la sede de Rionegro Antioquia.

Para acceder al contrato de prestación de servicios anual, debía cumplir con la postulación en el proceso de APE-SENA (Agencia Pública de Empleo), lo que realizó de la siguiente manera:

El 16 de diciembre de 2022 se postuló cumpliendo con los términos de fechas y condiciones; el 20 de diciembre de 2022 en correo SENA- APE, le informaron que se ha actualizado el estado en el banco de instructores SENA 2023 para verificación; el 27 de diciembre de 2022 en correo SENA-APE le informaron que se ha actualizado el estado en el banco de instructores SENA 2023, sí cumple; el 17 de enero de 2023 el coordinador académico del programa de turismo y gastronomía del centro de innovación, la agroindustria y la aviación, Johan Alejandro Cortes Vanegas, le confirma vía celular que para esta vigencia no contará con contrato de prestación de servicios, encontrándose de un momento a otro sin los ingresos económicos mensuales, para él y su núcleo familiar.

Con lo anterior, solicita se ordene a la accionada la vinculación inmediata, atendiendo a que se encuentra a 175 semanas de alcanzar la pensión de vejez, conforme al reporte expedido por COLPENSIONES.

2. El Juzgado fallador resolvió lo siguiente: *"PRIMERO: CONCEDER LA ACCIÓN DE AMPARO interpuesta por el señor HENRY ALFONSO PASTRANA PRIETO, en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: ORDENAR al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA que, dentro de un término de 48 horas contados a partir de la notificación de esta sentencia, proceda realizar las gestiones necesarias para la contratación laboral del señor HENRY ALFONSO PASTRANA PRIETO, ya sea en el mismo cargo o en otro similar al que venía desempeñando."*

DE LA IMPUGNACIÓN

El SENA manifestó que, pese a haberse señalado en la contestación de la acción que solo existía presupuesto para la celebración de un contrato del perfil del accionante y que se había contratado una persona que obtuvo la mejor ponderación, el Despacho no conformó el litisconsorcio necesario con el fin de no vulnerar el derecho de quien fue contratada, pues, al no existir presupuesto para la celebración de un nuevo contrato, habrá que terminar el contrato de quien cumplió los requisitos para ser contratada. En ese orden de ideas, se deberá anular el fallo con el fin de que sea vinculada al trámite de la acción de tutela a la contratista que fue contratada producto del procedimiento que realizó el SENA para tal fin.

Además, sin sustentación, la Juez se apartó de la jurisprudencia constitucional establecida por la Corte Constitucional en el sentido de que quien presenta la acción de tutela tiene la carga de probar lo afirmado.

Se informa que el accionante no manifestó al SENA su condición y no presentó la documentación que así lo acreditara de manera oportuna como lo establecía la Circular 3-2022-000192 del 9 de noviembre de 2022, expedida por el SENA y plenamente conocida por el accionante.

Se afirma que el accionante no se contrató por su condición de indefensión, pero la accionada señala que no existe prueba alguna que demuestre que la entidad conocía de su situación, por tanto, no se cumple uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte. El Centro de la Innovación, la Agroindustria y la Aviación no cuenta con presupuesto ni tiene la necesidad de contratar a otra persona del perfil del accionante, por tanto, es imposible dar cumplimiento a dicha orden.

Solicita anular la decisión o en su defecto se revoque el fallo de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sería del caso decidir la impugnación interpuesta por el SENA contra la decisión proferida dentro del presente asunto, si no 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.

Aunque la Juez de primera instancia ordenó el reintegro del accionante *-en el mismo cargo o en otro similar al que venía desempeñando-*, el SENA informó que solo existe presupuesto para la celebración de un contrato del perfil del accionante, donde se contrató a la señora Diana María Arango quien obtuvo la mejor ponderación.

El SENA dijo no contar con presupuesto ni con otro cargo para emplear el accionante, situación que le impide dar cumplimiento a la orden de primera instancia sin afectar los derechos de la señora Diana María Arango, pues, indicó en el escrito de impugnación que, de ser así, "habrá que terminar el contrato con quien cumplió los requisitos para ser contratada".

Con lo anterior, se evidencia que la decisión emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia afecta los derechos de la señora Diana María Arango quien no fue enterada del trámite llevado con respecto al cargo que ocupa actualmente.

A pesar de que el SENA informó esta situación desde la respuesta brindada en el trámite, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia omitió vincularla siendo esta quien ocupa actualmente el cargo objeto de pretensión del accionante.

De modo que la vinculación de Diana María Arango era indispensable para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción pues véase que la decisión afecta los intereses directos de la faltante.

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 no hay duda de que la Juez incurrió en la irregularidad prevista en el artículo 133 numeral 8 del Código General del Proceso, por falta de vinculación a una de las partes interesadas como parte 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 Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia en la presente acción, por la falta de vinculación de una de las partes interesadas, esto es, Diana María Arango.

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:

Tutela primera instancia

Accionante: Jaime Wither Sánchez Posada a través de apoderado

Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00129 (N.I. 2023-0462-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 31

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	Jaime Wither Sánchez Posada
Accionado	Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia
Tema	Tutela contra decisión judicial
Radicado	05000-22-04-000-2023-00129 (N.I. 2023-0462-5)
Decisión	Niega por improcedente

ASUNTO

La Sala decide en primera instancia la acción de tutela presentada por Jaime Wither Sánchez Posada a través de apoderado en contra del Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

Tutela primera instancia

Accionante: Jaime Wither Sánchez Posada a través de apoderado

Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00129 (N.I. 2023-0462-5)

Se vincularon a todos los sujetos procesales que actúan dentro del proceso penal con radicado número o 050016000206201158478 que se lleva en contra de Jaime Wither Sánchez Posada y otros, por los delitos de interés indebido en celebración de contratos y otros, para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

HECHOS

Expuso la parte actora que, dentro del proceso con radicado número 050016000206201158478, el 4 de diciembre de 2018 en el juzgado Promiscuo Municipal de Ebéjico con función de control de garantías la fiscalía imputó cargos a JAIME WITHER SÁNCHEZ POSADA y a otros, por los delitos de falsedad ideológica en documento público, falsedad material en documento público, peculado por apropiación y celebración indebida de contratos.

Indicó que el 27 de marzo de 2019 se presentó escrito de acusación en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia. Surtida la etapa de juzgamiento y una vez culminada la práctica probatoria, el 7 de marzo de 2023 se dictó sentido de fallo condenatorio en contra de JAIME WITHER SÁNCHEZ POSADA por los delitos imputados y se emitió orden de captura de acuerdo con el artículo 450 del C.P.P.

En razón a lo anterior, la defensa solicitó al señor Juez que, por principio de favorabilidad se aplicara la norma más favorable teniendo en cuenta el

Tutela primera instancia

Accionante: Jaime Wither Sánchez Posada a través de apoderado

Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00129 (N.I. 2023-0462-5)

artículo 188 de la Ley 600 del 2000 en comparación al artículo 450 de la ley 906 de 2004 y solo se emita la orden de captura cuando la sentencia quede ejecutoriada. El Juez informó que la decisión de emitir orden de captura no es susceptible de recurso, afirmando que la detención del procesado era necesaria ya que los delitos por lo que es condenado tienen prohibición del artículo 68ª del código penal.

Considera la parte actora que se afecta el derecho a la libertad y el debido proceso debido. Según sentencia C -342 de 2017 no se enmarcó la necesidad de emitir la orden de captura, en su lugar se argumentó según la prohibición del artículo 68A sin percatarse que para la fecha de los hechos no contaba con la prohibición en cita.

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Se cancele la orden de captura emitida en contra de JAIME WITHER SÁNCHEZ POSADA emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia amparando su derecho al debido proceso.

RESPUESTA DE LA AUTORIDAD ACCIONADA

El Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia puso de presente lo que sucedió en la audiencia de sentido de fallo. No aportó hechos nuevos ni realizó ninguna solicitud en el informe aportado.

Tutela primera instancia

Accionante: Jaime Wither Sánchez Posada a través de apoderado

Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00129 (N.I. 2023-0462-5)

A pesar de haber sido comunicada la admisión a las partes vinculadas no rindieron el informe requerido por la Sala.

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.

En relación con las garantías constitucionales fundamentales que informó la parte actora como vulneradas, la procedencia se centrará en la configuración de los presupuestos generales¹ que deben concurrir de manera conjunta, pues a falta de uno de ellos la pretensión de amparo constitucional se torna improcedente. Lo anterior respecto a la objeción a la orden de captura emitida en contra de Jaime Wither Sánchez Posada luego de emitirse sentido de fallo condenatorio el 7 de marzo de 2023 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia.

La queja de la parte actora radica en que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia emitiera orden de captura en contra de JAIME WITHER SÁNCHEZ POSADA en aplicación del artículo 450 de la Ley 904 de

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: Jaime Wither Sánchez Posada a través de apoderado

Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00129 (N.I. 2023-0462-5)

2004 sin argumentar la necesidad de la orden. Considera que el Juez cometió un error argumentando la necesidad con la prohibición del artículo 68A (artículo 28 de la ley 1474 del 2011) la cual, no se aplica para la fecha de los hechos objeto de imputación que datan del año 2010.

Los presupuestos generales citados han sido reiterados por la Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-212 y T-780 de 2006, en el sentido que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida “...**si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela...**”

En resumen, la procedencia de la acción se encuentra restringida en esta oportunidad al no cumplir con uno de los requisitos de procedibilidad. Veamos:

Se constató que no se han agotado los recursos judiciales ordinarios para controvertir la decisión que se pretende cuestionar por esta vía. El proceso actualmente está en etapa de juzgamiento, es decir, el accionante tiene la oportunidad de agotar todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance, como el recurso de apelación sobre la sentencia, en virtud del cual podrán ser impugnadas tanto la privación de la libertad, como la declaratoria de responsabilidad penal. El agotamiento de los mecanismos ordinarios y extraordinarios constituyen un requisito

Tutela primera instancia

Accionante: Jaime Wither Sánchez Posada a través de apoderado

Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00129 (N.I. 2023-0462-5)

ineludible que el juez de tutela debe verificar como satisfecho para habilitar el amparo de la tutela.²

Además, no se acredita la urgencia de donde se desprenda la ocurrencia de un perjuicio irremediable que faculte a la Sala para estudiar de fondo la solicitud.

Es cierto que el Juez pudo no haber acertado al argumentar la necesidad de la orden según la prohibición del artículo 68A del Código penal, debido a que la norma citada no existía al momento de la ocurrencia de los hechos objeto de condena, sin embargo, esto no es relevante para emitir orden de encarcelamiento en el sentido de fallo. Veamos:

Según sentencia de Constitucionalidad,³ el artículo 450 de la Ley 906 de 2004 faculta a los jueces de conocimiento en el decurso del proceso para que anunciado el sentido del fallo ordene la detención del procesado si resulta necesario, de conformidad con los **artículos 54 y 63 del Código Penal**, los cuales se dan por sentados una vez el juzgamiento ha terminado.

No existe discusión alguna frente la necesidad de la orden emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia, JAIME WITHER SÁNCHEZ POSADA fue considerado responsable por las conductas de falsedad ideológica en documento público, falsedad material en documento público, peculado por apropiación y celebración indebida de

² Sentencia C- 590 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

³ Sentencia C- 347 de 2017

Tutela primera instancia

Accionante: Jaime Wither Sánchez Posada a través de apoderado

Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00129 (N.I. 2023-0462-5)

contratos. Se observa que la pena mínima que consagra el delito de mayor entidad (peculado por apropiación) es de 96 meses, lo cual supera con creces la pena establecida en el numeral 1° del artículo 63 del código penal para acceder a la suspensión de la ejecución de la pena.

Por otro lado, aunque la parte actora solicitó como amparo el derecho a la libertad, no se observa que el procesado se encuentre detenido actualmente, tanto así que la pretensión de amparo es la cancelación de la orden de captura y no la disposición de la libertad. No obstante, al respecto la Corte Constitucional dijo lo siguiente:

*“En lo que tiene que ver con el cargo de violación del derecho a la libertad personal, la Sala encontró que **la orden de privación de la libertad establecida por el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal respeta las garantías de la reserva judicial, la reserva legal y el carácter excepcional de las medidas privativas de la libertad**”.*⁴(negrillas propias)

Hechas las determinaciones anteriores, se itera, no procede el estudio de la acción. Deberá agotar todos los recursos establecidos en la vía ordinaria previo acudir a ésta, además, tampoco conjuró de manera oportuna la presunta afrenta de las garantías en juego ni adujo la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

⁴ Ibídem

Tutela primera instancia

Accionante: Jaime Wither Sánchez Posada a través de apoderado

Accionado: Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00129 (N.I. 2023-0462-5)

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

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales a Jaime Wither Sánchez Posada a través de apoderado según las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: 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: Jaime Wither Sánchez Posada a
través de apoderado

Accionado: Juzgado Promiscuo del
Circuito de Sopetrán Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00129
(N.I. 2023-0462-5)

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: **9a7252a0613f3b2dfc2a34ab1621ecca442a8c1329b504e671cbb1f167bcba99**

Documento generado en 31/03/2023 03:15:45 PM

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

Tutela primera instancia

Accionante: Juan Guillermo Echavarría Blandón
a través de apoderado

Accionado: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00121

(N.I. 2023-0437-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

Medellín, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 30

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	Juan Guillermo Echavarría Blandón
Accionado	Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia
Tema	Tutela contra decisión judicial
Radicado	05000-22-04-000-2023-00121 (N.I. 2023-0437-5)
Decisión	Niega por improcedente

ASUNTO

La Sala decide en primera instancia la acción de tutela presentada por Juan Guillermo Echavarría Blandón a través de apoderado en contra del Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

Tutela primera instancia

Accionante: Juan Guillermo Echavarría Blandón
a través de apoderado

Accionado: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00121

(N.I. 2023-0437-5)

Se vincularon a todos los sujetos procesales que actúan dentro del proceso penal con radicado número 05001600071820120042 que se lleva en contra de Juan Guillermo Echavarría Blandón por el delito de interés indebido en celebración de contratos y otros, para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

HECHOS

Expuso la parte actora que, la fiscalía inició investigación penal por los delitos de: peculado, falsedad ideológica en documento público, interés indebido en celebración de contrato y celebración de contratos sin los requisitos legales, en contra de JUAN GUILLERMO ECHAVARRIA BLANDON por hechos ocurridos en el año 2011 cuando se desempeñaba como Secretario de Gobierno de Puerto Nare Antioquia.

Indicó que el proceso se lleva actualmente en el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia, en el curso procesal, la Fiscalía aportó los documentos que sirvieron de soporte a la acusación, pero en el juicio oral, la fiscalía y la defensa establecieron estipulaciones probatorias sobre el 95% de las pruebas, entre ellas, el - estudio de conveniencia y oportunidad-.

Advierte que, en los alegatos finales, la fiscalía solicitó la absolución de los acusados en atención a que no se logró demostrar en el proceso la responsabilidad penal de ellos. El Juez Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia en audiencia del sentido del fallo, absolvió a JUAN GUILLERMO ECHAVARRIA BLANDON por los delitos de peculado y falsedad, pero, anunció sentido condenatorio, por los delitos de celebración de contrato sin

Tutela primera instancia

Accionante: Juan Guillermo Echavarría Blandón
a través de apoderado

Accionado: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00121

(N.I. 2023-0437-5)

cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos.

De acuerdo con lo anterior, considera se está vulnerando el derecho al debido proceso, por cuanto, el despacho autorizó la estipulación del - estudio de conveniencia y oportunidad- entre la fiscalía y la defensa, en donde claramente se determinó que, por tratarse de un contrato con una entidad sin ánimo de lucro, se debía regir por el derecho privado, situación que se desconoció en el sentido del fallo.

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Se decrete la nulidad del sentido de fallo emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia amparando su derecho al debido proceso.

RESPUESTA DE LA AUTORIDAD ACCIONADA

El Juez Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia informó que la determinación adoptada goza de presunción de acierto y legalidad. Sin embargo, solo hasta que se surta la lectura del fallo, la parte inconforme podrá acudir al recurso de apelación para habilitar la intervención del superior, para que, estudiados cuidadosamente los medios de convicción ofrecidos por las partes, determine el acierto o no de la decisión adoptada por el juez *A quo* y adopte la que en su sentir corresponda.

Tutela primera instancia

Accionante: Juan Guillermo Echavarría Blandón
a través de apoderado

Accionado: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00121

(N.I. 2023-0437-5)

Informa que, cualquier inconformidad puede ser controvertida por vía del recurso de alzada. Al interior del proceso se ofrecen los mecanismos jurídicos idóneos y eficaces para hacer valer los derechos de quienes en él intervienen. Solicita se declare la improcedencia de la acción, el actor desconoce el carácter *subsidiario* y *residual* que caracteriza la acción de amparo.

A pesar de haber sido comunicada la admisión a las partes vinculadas no rindieron el informe requerido por la Sala.

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.

En relación con las garantías constitucionales fundamentales que informó la parte actora como vulneradas, la procedencia se centrará en la configuración de los presupuestos generales¹ que deben concurrir de

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: Juan Guillermo Echavarría Blandón
a través de apoderado

Accionado: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00121

(N.I. 2023-0437-5)

manera conjunta, pues a falta de uno de ellos la pretensión de amparo constitucional se torna improcedente. Lo anterior respecto a la objeción del al sentido de fallo emitido el 29 de marzo de 2022 emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia.

Queda claro que la queja de la parte actora radica en que el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia anunciara sentido de fallo de carácter condenatorio frente a los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos. Considera que el Juzgado accionado incurrió en un error en la valoración probatoria de la estipulación del “*estudio de conveniencia y oportunidad*”.

Los presupuestos generales citados han sido reiterados por la Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-212 y T-780 de 2006, en el sentido que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida “...**si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela...**”

En resumen, la procedencia de la acción se encuentra restringida en esta oportunidad al no cumplir con uno de los requisitos de procedibilidad. Veamos:

Se constató que no se han agotado los recursos judiciales ordinarios para controvertir la decisión que se pretende cuestionar por esta vía. El proceso

Tutela primera instancia

Accionante: Juan Guillermo Echavarría Blandón
a través de apoderado

Accionado: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00121

(N.I. 2023-0437-5)

actualmente está en etapa de juzgamiento, es decir, el accionante tiene la oportunidad de agotar todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance. El agotamiento de los mecanismos ordinarios y extraordinarios constituyen un requisito ineludible que el juez de tutela debe verificar como satisfecho para habilitar el amparo de la tutela². Además, no se acredita la urgencia de donde se desprenda la ocurrencia de un perjuicio irremediable que faculte a la Sala para estudiar de fondo la solicitud.

De acuerdo a lo anterior, no procede el estudio de la acción. Deberá agotar todos los recursos establecidos en la vía ordinaria previo acudir a ésta, pues, tampoco concurrió de manera oportuna la presunta afrenta de las garantías en juego ni adujo la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

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

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales a Juan Guillermo Echavarría Blandón a través de apoderado según las razones expuestas en la parte motiva.

² Sentencia C- 590 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

Tutela primera instancia

Accionante: Juan Guillermo Echavarría Blandón
a través de apoderado

Accionado: Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00121

(N.I. 2023-0437-5)

SEGUNDO: 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

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: **863f0015f35cfc37dce369932174ebd66b99c0ec44455f12ef52ea7377f3d2e4**

Documento generado en 30/03/2023 08:21:19 AM

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

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Jefferson David Hernández Eusse

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05-615-60-00364-2022-00103

(N.I. TSA 2023-0446-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 31

Proceso	Auto Interlocutorio
Sistema	Ley 906 de 2004
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Preacuerdos – proporcionalidad de la rebaja – criterios jurisprudenciales.
Radicado	05-615-60-00364-2022-00103 (N.I. TSA 2023-0446-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa frente el auto del 1 de marzo del año 2023, mediante el cual se improbió el acuerdo celebrado entre las partes para la terminación del proceso que se adelanta en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia en contra de YEFFERSON DAVID HERNÁNDEZ EUSSE.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Jefferson David Hernández Eusse

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05-615-60-00364-2022-00103

(N.I. TSA 2023-0446-5)

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en atención a lo previsto en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

HECHOS

Según la acusación:

“Hacia las 11:16 horas del 16-03-2022 en el Aeropuerto Internacional José María Córdoba de éste municipio Rionegro Ant., policial aeroportuaria antinarcóticos que inspeccionaba equipaje de bodegas en salida aérea internacional, y en presencia de su propietario JEFFERSON DAVID HERNANDEZ EUSSE quien se disponía a abordar el vuelo 7042 de la Aerolínea Wingo con itinerario Medellín-Panamá, se halló en su equipaje maleta grande color negro, con Bagtag 951093, tres (3) cajas Oka Loca contentivas de sustancia pulverulenta color rosado, de características de cocaína rosa o 2CB, cocaína o sus derivados, sin permiso sobre el estupefaciente, y ante objetiva flagrancia en hipótesis de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, le capturaron e incautaron los elementos, cuyo contenido se identificó como cocaína, con peso total neto de doscientos ocho coma ocho gramos (208,8 grs.).”¹

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Conforme a los hechos acabados de referir, la fiscalía acusó jurídicamente a HERNÁNDEZ EUSSE como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector transportar, con la finalidad de sacar del país, inciso 3 del artículo 376 del C.P.

Al inicio de la audiencia preparatoria del 9 de agosto de 2022, el fiscal informó que llegó a un acuerdo con el procesado y su defensor, el cual consistía en que HERNÁNDEZ EUSSE aceptaba su responsabilidad en calidad

¹ Escrito de acusación, archivo “03EscritoAcusacion”, folio 2, y audiencia de acusación del 17 de junio de 2022, cuyo registro se encuentra en el enlace consignado al final del acta de la audiencia, archivo “09AcusaciónJeffersonHernandez170622”, récord 00:07:50 a 00:09:11.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Jefferson David Hernández Eusse

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05-615-60-00364-2022-00103

(N.I. TSA 2023-0446-5)

de autor del delito por el que se le acusó, pero por vía de preacuerdo y para efectos punitivos, se variaría la forma de participación a cómplice, inciso 2 del artículo 30 de C.P., en consecuencia, se pactó una pena de prisión de sesenta y cuatro (64) meses y multa de ochenta y tres (83) S.M.L.M.V.

El Juez no aprobó el preacuerdo.² De relevancia para sustentar su decisión adujo que:

- Cuando la captura del procesado se produce, como en este caso lo fue, en flagrancia, la posibilidad de rebajar la pena en el momento de iniciar la audiencia preparatoria se reduce al 8.33%.
- Según la sentencia 52227 de 2020 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando se reconoce una circunstancia que atenúa la responsabilidad para efectos de disminuir la pena por vía de preacuerdo, como ocurre en el presente evento, la fiscalía debe considerar 1) las rebajas de pena permitidas según el momento de la actuación en que se realiza la negociación, 2) el daño ocasionado a las víctimas y su reparación, 3) el arrepentimiento del procesado, que implica más que palabras, 4) la colaboración para el esclarecimiento de los hechos, 5) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes. Todo, con el fin de determinar la mayor o menor rebaja de pena que ha de otorgarse al procesado.

Entonces, en los acuerdos sin base fáctica, el momento procesal en que estos se presenten es determinante para establecer el monto de la rebaja, de ahí la relevancia de tener en cuenta si hubo flagrancia.

Posición que no varió con el radicado 54535 de 2022, en donde el juez de primera instancia concedió una rebaja mayor a la permitida, error

² Audiencia de verificación de preacuerdo del 1 de marzo de 2023, cuyo registro se encuentra en el enlace consignado al final del acta de la diligencia, archivo “14ActaVerificaciónPreacuerdoImprueba010323”, récord 00:02:30 a 00:38:40.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Jefferson David Hernández Eusse

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05-615-60-00364-2022-00103

(N.I. TSA 2023-0446-5)

que no pudo ser modificado en segunda instancia ni por la Corte pues la defensa fue apelante único, por lo que era imposible reformar en peor.

- El acuerdo celebrado entre las partes no se ajusta a las anteriores reglas jurisprudenciales. Partiendo de la pena mínima del delito acusado -96 meses de prisión-, en vista del momento procesal donde se produce la aceptación de cargos -instalación de la audiencia preparatoria-, y la captura en flagrancia del procesado, la rebaja de pena permitida sería del 8.33%, es decir, 7.9 meses, lo que equivaldría a un mínimo de pena de 88.1 meses de prisión.

Sin embargo, se fijó una pena de 64 meses de prisión, con lo que se estaría otorgando un beneficio desproporcionado pues no se esbozó ninguno de los criterios jurisprudenciales que permitan otorgar al procesado una mayor rebaja de pena de la prevista para tal momento procesal en caso de aceptación de responsabilidad.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa interpuso el recurso de apelación con la finalidad de que se revoque y en consecuencia se apruebe el acuerdo. Aseguró que la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín ha sostenido una posición contraria a la planteada por el Juez, así que es posible conceder la rebaja definida por las partes. Además, la negociación cumple con los requisitos de legalidad que demanda el numeral 2 del artículo 250 del C.P.P.³

Como no recurrente, la fiscalía manifestó adherirse al recurso del defensor. Estimó que en este caso no es aplicable lo resuelto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el radicado 52227, sino lo dispuesto por la misma Corporación en radicado 47732 de 2016, de modo que, de acuerdo

³ *Ibídem*, récord 00:38:40 a 00:46:47.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Jefferson David Hernández Eusse

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05-615-60-00364-2022-00103

(N.I. TSA 2023-0446-5)

a la modalidad de preacuerdo pactada, resultaba posible degradar la modalidad de participación a cómplice, sin tener en cuenta la situación de flagrancia para establecer la pena.⁴

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se determinará si fue correcta la decisión del Juez de no aprobar el acuerdo puesto a su consideración. La Sala anuncia desde ya que confirmará el auto. Las razones son las siguientes:

La modalidad de preacuerdo celebrada por las partes fue analizada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento⁵. Se trata de la posibilidad de valerse de normas penales no aplicables al caso, con el solo propósito de establecer el monto de la rebaja a que accederá el procesado en virtud de preacuerdo. Explica la Corte:

*“(i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica-; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo-; (iv) **el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja**, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.”*

⁴ *Ibíd*em, récord 00:46:50 a 00:50:30.

⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación 52227 del 24 de junio de 2020 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

En punto de la proporcionalidad la Corte fijó unos criterios para determinarla:

“ (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (iv) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios.”

Véase que contrario a lo manifestado por el fiscal, lo dispuesto por la Corte en dicha decisión sí se aplica al caso bajo análisis.⁶ Ahora, como la negociación en este caso se produjo al inicio de la instalación de la audiencia preparatoria, es cierto que el acuerdo debe atender este criterio para fijar el monto de la rebaja. En vista de que la captura del procesado se produjo en flagrancia, la disminución de la pena que se puede conceder vía preacuerdo en este momento procesal es de 8.33% de la pena a imponer.

En atención a que no se pusieron de presente circunstancias adicionales que permitieran ir más allá de esta rebaja de conformidad con los criterios que regulan la proporcionalidad de la rebaja para este tipo de preacuerdos, el descuento punitivo propuesto por las partes no podrá ser acogido.

No obstante, la rebaja eventualmente pueda exceder el guarismo antes señalado. Es posible que la rebaja sea mayor si se justifica con el

⁶ Esta posición ha sido reiterada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en diversas providencias, entre ellas, radicado 59529 del 23 de febrero de 2022, AP744-2022, M.P. Fabio Ospitia Garzón, donde se analizó un caso en el que las partes acordaron, para fines exclusivamente de la pena, degradar la modalidad de participación de autor a cómplice.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Jefferson David Hernández Eusse

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05-615-60-00364-2022-00103

(N.I. TSA 2023-0446-5)

cumplimiento de los criterios de proporcionalidad enunciados por la Corte u otros que sean relevantes en el caso. La Jurisprudencia dejó claro que tales pautas no tienen carácter taxativo ya que la rebaja puede atender otras que incidan en su monto.

La decisión del juez fue correcta de conformidad con los criterios expuestos, en tanto que la rebaja no atendió la única pauta de proporcionalidad evidenciada en este asunto: que el acuerdo se presentó al iniciar la audiencia preparatoria. En estas condiciones se confirmará la decisión apelada.

A propósito de la decisión 47732 de 2016 es cierto que en esta y otras dos decisiones⁷ de ese mismo año la Sala Penal de la CSJ perfiló una solución como la que propone la fiscalía. No obstante, es criterio de esta Sala que la Sentencia 52227 de 2020, posterior a la referida, recogió este tipo de concesiones que se apartaban de la proporcionalidad y del principio de legalidad. Al efecto en la sentencia que sirve de apoyo a esta decisión se acudió a la comprensión de la Corte Constitucional en las decisiones C- 1260 de 2005, C-645 de 2012 y SU 479 de 2019 acerca de los límites de la fiscalía para la negociación de preacuerdos y los límites que involucran al Juzgador. Y es que ateniéndose a una lectura respetuosa del principio de legalidad el parágrafo del artículo 301 remite al artículo 351 en su integridad y no solo al inciso primero como se presentó en aquellas decisiones de 2016.

La interpretación que se acoge también fue afirmada en una reciente decisión de la Sala Penal de la CSJ.⁸

⁷ 45736 y 47588 de 2016

⁸ 47675 de 2019 “ **La captura en flagrancia limitaba las rebajas punitivas en los términos del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 —modificado por el artículo 57 de la ley 1453 de 2011—**, toda vez que luego de ingresar en compañía de dos sujetos más a hurtar en un local comercial, lugar en el cual hirieron gravemente a uno de los dependientes, RINCÓN BERNAL fue aprehendido en la Avenida la Esperanza con carrera 87, en el vehículo taxi de placas VDK-867 que se movilizaba, hallando en su poder un revólver marca Smith & Wesson, **la fiscalía en el preacuerdo le atribuyó jurídicamente una participación accesorio como cómplice.**

A pesar del yerro de la Fiscalía por no haber tenido en cuenta la flagrancia en la celebración del preacuerdo, lo cierto es que tal circunstancia no es un problema de estricta tipicidad de las conductas ejecutadas y por las que se juzga al procesado.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Jefferson David Hernández Eusse

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05-615-60-00364-2022-00103

(N.I. TSA 2023-0446-5)

Ahora, en respuesta a la crítica de la defensa relativa a que la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín se ha apartado de lo dispuesto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en las decisiones que sirven como referente a esta decisión, especialmente, el radicado 52227, se debe advertir que tales decisiones no constituyen precedente que comprometan el criterio de esta Sala. En ese orden, las razones expuestas hasta el momento, incluidas las que atienden a la línea jurisprudencial citada, son suficientes para confirmar la decisión apelada .

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 con la aceptación del contenido del auto por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión apelada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

De otra parte, adicional a lo señalado anteriormente, **la legalidad y eficacia del preacuerdo no se puede desconocer en esta sede ni admitirse su cuestionamiento porque la Fiscalía no tuvo en cuenta para el preacuerdo la captura de flagrancia, pues quienes tenían interés jurídico en reclamar no lo hicieron en su oportunidad**, además, como el procesado y su defensor son los únicos recurrentes, **no es admisible desconocer la prohibición de la no reformatio in peius, garantía constitucional** en favor del procesado que en este caso resulta inquebrantable y que la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido en forma pacífica y uniforme, ejemplo de ello, entre otras, es la SP 10362018 (43533) de abril 11 de 2018.”

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Jefferson David Hernández Eusse

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05-615-60-00364-2022-00103

(N.I. TSA 2023-0446-5)

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

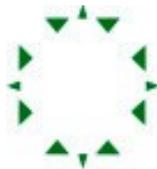
Código de verificación: **fc2ee63f033ec4aead3ec5d5bf6bd0c26ceaf1549740723ec263f07750b75a22**

Documento generado en 31/03/2023 03:15:56 PM

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

Auto interlocutorio Segunda instancia sistema de responsabilidad penal para adolescentes

Procesado: Cristian Alejandro Daza Gallego
Delito: Pornografía con personas menores de 18 años
Radicado: 0500160012392015 00219
(N.I.:2022-2041-5)



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES**

Medellín, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés

**Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

Aprobado en Acta N° 30 de la fecha

Proceso	Auto interlocutorio Penal para adolescentes
Instancia	Segunda
Apelante	Fiscalía
Tema	Preclusión por prescripción de la acción penal en procesos penales adelantados contra adolescentes
Radicado	050016001239201500219 (N.I.:2022-2041-5)
Decisión	Revoca

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación presentado por la fiscalía en contra del auto del 14 de diciembre de 2022 proferido por el Juez Promiscuo de Familia de Marinilla Antioquia que negó la preclusión solicitada.

Auto interlocutorio Segunda instancia sistema de responsabilidad penal para adolescentes

Procesado: Cristian Alejandro Daza Gallego
Delito: Pornografía con personas menores de 18 años
Radicado: 0500160012392015 00219
(N.I.:2022-2041-5)

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los hechos habrían ocurrido el 4 de marzo de 2015 en el municipio de Guatapé Antioquia, donde el menor Cristian Alejandro Daza Gallego de 16 años de edad incitó a la menor M.P.C.G. a de 13 años de edad que le enviara fotos desnuda masturbándose las que luego hizo públicas en redes sociales.

Aun en etapa de indagación, el 14 de diciembre de 2022 la fiscalía presentó solicitud de preclusión del numeral 1° del artículo 332 del Código de procedimiento penal -por imposibilidad de iniciar o continuar le ejercicio de la acción penal-. Estima que ya prescribieron los términos para continuar con la acción.

La fiscalía informó que se configura la preclusión según los artículos 82 y 83 del Código penal y la sentencia STP15849 de 2018, donde se dan los limitantes para el cumplimiento del término de la prescripción porque la conducta fue cometida por un adolescente. Al realizar una lectura de la sentencia citada informó: si se procede contra adolescente de entre dieciséis y dieciocho años de edad por delito sancionado con pena máxima que sea o exceda de seis años distinto de los punibles de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual, la acción penal fenecerá en el plazo de cinco años contados desde la ocurrencia del hecho, de conformidad con el inciso 1° del artículo 187 de la Ley 1098 de 2006 y el artículo 83 de la Ley 599 de 2000. Por tanto, ya que trascurrieron los 5 años desde que sucedieron los hechos, solicita la preclusión de la acción penal por prescripción.

El apoderado de la víctima y la defensa coadyuvaron la solicitud presentada por la fiscalía debido a que la prescripción de la acción penal en delitos cometidos por adolescentes se define de forma diferente.

Auto interlocutorio Segunda instancia sistema de responsabilidad penal para adolescentes

Procesado: Cristian Alejandro Daza Gallego
Delito: Pornografía con personas menores de 18 años
Radicado: 0500160012392015 00219
(N.I.:2022-2041-5)

El Juez no accedió a la preclusión. Informó que en delitos sexuales el termino de prescripción no corre desde el momento en que ocurrió el hecho sino desde que la menor víctima cumpla la mayoría de edad. Como M.P.C.G. cumplió la mayoría de edad el 30 de junio de 2019, es a partir de esa fecha que empieza a correr el término. Por tanto, según la sentencia STP15849 de 2018, como el menor a la fecha de los hechos contaba con 16 años de edad, la fiscalía cuenta hasta el 30 de junio de 2024 para realizar la investigación respectiva.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la Fiscalía presentó recurso de apelación con el que pretende se precluya la acción penal.

Advierte que se debe de dar aplicación a la norma de forma diferencial. Según sentencia STP15849 de 2018, los términos que se computan son a partir de la ocurrencia de los hechos y no desde que se cumpla la mayoría de edad como lo afirmó el Juez de instancia.

La defensa coadyuva la apelación presentada por la fiscalía.

El representante de víctima estuvo de acuerdo con la decisión.

CONSIDERACIONES

El párrafo del artículo 331 del C.P.P. faculta a la fiscalía para presentar preclusión en cualquier momento. La fiscalía solicitó preclusión de acuerdo a la causal 1ª que corresponde respectivamente a la *imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal*. La parte recurrente estima ajustada la prescripción del numeral 4º del artículo 82 y s.s. del Código penal para solicitar la preclusión en favor de Cristian Alejandro Daza Gallego quien contaba con 16 años de edad al momento de los hechos.

Auto interlocutorio Segunda instancia sistema de responsabilidad penal para adolescentes

Procesado: Cristian Alejandro Daza Gallego
Delito: Pornografía con personas menores de 18 años
Radicado: 0500160012392015 00219
(N.I.:2022-2041-5)

El término de prescripción de la acción penal en los procesos seguidos contra adolescentes debe ser establecido a partir de las previsiones consagradas en la Ley 1098 de 2006. Como esas sanciones tienen unos lapsos distintos y específicos con relación a los consagrados en el Código Penal, debe calcularse a partir de las sanciones especiales previstas en ese cuerpo normativo y las reglas señaladas en el artículo 83 del Código Penal.

La Sala de Casación Penal mediante sentencia STP15849 de 2018 unificó los criterios sobre el tema, partiendo expresamente desde lo regulado en el artículo 83 del Código penal.¹ Para lo que nos interesa, determinó las reglas de prescripción de la acción penal en procesos seguidos contra adolescentes bajo la Ley 1098 de 2006, de la siguiente forma:

“(i) Si en el caso concreto procede una sanción no privativa de la libertad de las previstas en el artículo 177 de la Ley 1098 de 2006, la acción penal prescribirá en el término previsto en el inciso 4° del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, esto es, en cinco años contados desde la ocurrencia del hecho.

(ii) Si se procede contra adolescente de entre dieciséis y dieciocho años de edad por delito sancionado con pena máxima que sea o exceda de seis años distinto de

¹ ARTÍCULO 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible.

<Inciso adicionado por el artículo 1 de la Ley 1154 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

<Inciso modificado por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.

Auto interlocutorio Segunda instancia sistema de responsabilidad penal para adolescentes

Procesado: Cristian Alejandro Daza Gallego
Delito: Pornografía con personas menores de 18 años
Radicado: 0500160012392015 00219
(N.I.:2022-2041-5)

los punibles de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual, la acción penal fenecerá en el plazo de cinco años contados desde la ocurrencia del hecho, de conformidad con el inciso 1° del artículo 187 de la Ley 1098 de 2006 y el artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

(iii) Si se trata de adolescente de entre catorce y dieciocho años vinculado con la comisión de delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual, el término será de ocho años contados desde la ocurrencia del hecho, según lo prevén el inciso 3° del artículo 187 de la Ley 1098 de 2006 y el artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

(iv) El lapso de prescripción de la acción penal se incrementa de acuerdo con lo dispuesto en los incisos 2°, 3° y 6° del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 cuando haya lugar a ello, o bien cuando el proceso deba suspenderse «mientras se logra la comparecencia del procesado», según lo establece el artículo 158 de la Ley 1098 de 2006. (...) (negritas y subrayas nuestras)

En aplicación a esta decisión, el Juez de instancia resolvió negativamente la preclusión, puso de presente la regla especial del inciso 3° del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, y determinó que el término prescriptivo fenecía cinco (5) años después de que la víctima cumpliera la mayoría de edad.

Como se dijo en la parte inicial de estas consideraciones, la valoración se realiza de acuerdo con las sanciones fijadas en la Ley 1098 de 2006 contrastadas con el inciso 1° del artículo 83 del Código Penal, pero, claro está, prescindiendo de la aplicación del artículo 1° de la Ley 1154 de 2007 (que modificó el inciso 3° del artículo 83 del Código Penal), el cual fue adicionado con posterioridad a la creación de la Ley 1098 de 2006.

El delito establecido por la fiscalía fue pornografía con personas menores de 18 años artículo 218 de la Ley 599 de 2000, la sanción que acarrea la conducta -excede de seis años y es distinta de los punibles de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos **agravados** contra la libertad, integridad y formación sexual, - de acuerdo con la sentencia en

Auto interlocutorio Segunda instancia sistema de responsabilidad penal para adolescentes

Procesado: Cristian Alejandro Daza Gallego
Delito: Pornografía con personas menores de 18 años
Radicado: 0500160012392015 00219
(N.I.:2022-2041-5)

cita, y el texto original de la ley 599 de 2000 en su artículo 83, la acción penal fenecerá **“en el plazo de cinco años”**

La Sala de Responsabilidad penal de Adolescentes del TSA en varias oportunidades² ha concluido que, según una interpretación sistemática de la norma, apoyada en los tratados y la doctrina internacional, así como en la propia regulación interna, es admisible aplicar principio de flexibilidad y a su vez, el principio de mínima aflicción, de acuerdo con en el espíritu del Código de la Infancia y la Adolescencia y de las normas convencionales, entre ellas la Convención de los Derechos del Niño y en instrumentos internacionales, como las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, más conocidas como Reglas de Bejín.

El artículo 1º de la Ley 1154 de 2007 (inciso 3º del artículo 83 del Código Penal) adicionado con posterioridad a la creación de la Ley 1098 de 2006, no armoniza con la finalidad de las medidas que se adoptan en el marco del sistema de responsabilidad penal especial, que responden a un carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos. No es posible aplicar la normatividad diseñada para un sistema con una finalidad distinta. De ser aplicada la norma, iría en contravía de la norma supranacional (Ley 1098 de 2006) que al ser parte del bloque de constitucionalidad prevalece sobre las del ordenamiento jurídico interno. Esta conclusión se ajusta al pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia T-023 de 2019.³

Se itera, el término prescriptivo de la conducta según lo establecido en la Ley 1098 de 2006, es de 5 años, que contado a partir de la fecha en que se

² Sala de asuntos penales para adolescentes TSA 19/12/22 Radicado 2022-0009 M.P. Wilmar Fuentes Cepeda. 18/10/22 Radicado 2022-1438-5 M.P. René Molina Cárdenas.

³ “La providencia judicial sub examine no incurrió en un defecto sustantivo. El accionante afirma que el auto mediante el cual el tribunal decretó la preclusión de la investigación por prescripción de la acción penal incurrió en un defecto sustantivo, pues “no aplicó en su integridad las normas sustanciales que regulan la materia” e “ignoró el texto íntegro del art. 1 de la ley 1154 de 2007”. Sin embargo, lejos de esta afirmación, lo cierto es que el tribunal fundamentó su decisión en normas pertinentes para resolver el asunto analizado, y tuvo en cuenta la excepción al término de prescripción de la acción penal que el artículo 1.º de la Ley 1154 del 2007 adicionó al artículo 83 del Código Penal”.(negritas propias)

Auto interlocutorio Segunda instancia sistema de responsabilidad penal para adolescentes

Procesado: Cristian Alejandro Daza Gallego
Delito: Pornografía con personas menores de 18 años
Radicado: 0500160012392015 00219
(N.I.:2022-2041-5)

informó de la comisión del presunto delito, marzo de 2015, permite deducir que el lapso extintivo se cumplió en **marzo de 2020**.

La decisión adoptada en primera instancia no se ajustó al ordenamiento jurídico en la materia, y sobre todo a las reglas o tratados que imprimen un carácter superior a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La inaplicación del artículo 1° de la ley 1154 de 2007 (que modificó el inciso 3° del artículo 83 del Código Penal) corresponde a una interpretación sistemática y teleológica entre la norma en cita y postulados de la Ley 1098 de 2006.

En consecuencia, se revocará la decisión emitida por el Juez Promiscuo de Familia de Marinilla Antioquia y en su lugar se decreta la preclusión de la acción penal, la cual prescribió desde marzo de 2020 según lo expuesto en procedencia.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Asuntos penales para adolescentes, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto del 14 de diciembre de 2022 proferido por el Juez Promiscuo de Familia de Marinilla Antioquia por lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: DECRETAR la preclusión de la acción penal, la cual prescribió desde marzo de 2020 según lo expuesto en procedencia.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**Auto interlocutorio Segunda instancia sistema de responsabilidad
penal para adolescentes**

Procesado: Cristian Alejandro Daza Gallego
Delito: Pornografía con personas menores de 18 años
Radicado: 0500160012392015 00219
(N.I.:2022-2041-5)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

En permiso

OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

Magistrado

DARIO IGNACIO ESTRADA SANÍN

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Dario Ignacio Estrada Sanin

Magistrado

Sala 01 Civil Familia

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

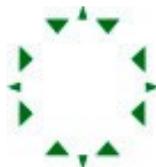
Código de verificación: **0add1c6ebe52ba8a819898ee37d2eb7bd3feafc43481543b0c576eee6938026f**

Documento generado en 30/03/2023 08:21:08 AM

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

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

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004
Acusado: Sergio Antonio Agudelo Martínez
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones
Radicado: 05 00160 00207202101388
(N.I. TSA 2023-0509-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente:
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 33 de la fecha

Proceso	Auto Interlocutorio
Sistema	Ley 906 de 2004
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Preacuerdos – proporcionalidad de la rebaja – criterios jurisprudenciales.
Radicado	05 00160 00207202101388 (N.I. TSA 2023-0509-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa frente el auto del 24 de marzo del año 2023, mediante el cual se improbió el acuerdo celebrado entre las partes en proceso que se adelanta en el

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Sergio Antonio Agudelo Martínez
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones
Radicado: 05 00160 00207202101388
(N.I. TSA 2023-0509-5)

Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia en contra de
SERGIO ANTONIO AGUDELO MARTÍNEZ.

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en atención
a lo previsto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

HECHOS

Según la acusación:

“El día 22 de septiembre de 2021 en horas de la mañana, en diligencia de allanamiento y registro realizada en la residencia del procesado AGUDELO MARTINEZ, este de manera voluntaria hace entrega de una canana en lona con 12 cartuchos para revolver, 08 de ellos 38 Special indumil, 03 de ellos con inscripción 38SPL + P Federal, los cuales tenía en el bolsillo derecho de su pantalón. Detrás de la puerta de la sala se encuentra un arma de fuego tipo revolver calibre 38 marca Smith & Wesson número de serie CBR5773; en la habitación principal se encuentra 01 caja de munición para revolver 38 Special indumil 50 unidades; en los cajones del closet se encuentran 02 cartuchos para fusil, uno de ellos con inscripción WCC 85 y el otro con inscripción TZZ 91; en el cajón de la mesa de noche se encuentra en una bolsa de tela, con 06 cartuchos para revolver, 05 de ellos con inscripción 38 Special indumil y otro con inscripción 38SPL-CBC. El procesado también entrega de manera voluntaria un arma de fuego tipo escopeta sin serial ni identificación, calibre 12GA con inscripción Remington al lado izquierdo de la caja de los mecanismos, y 56 cartuchos para la misma con inscripción C 12 indumil Colombia calibre 12; elementos que tenía en la casa de su esposa Sonia Agudelo ubicada a 200 metros de la suya en la misma vereda la chapa del Carmen de Viboral.”¹

¹ Escrito de acusación, archivo “002EscritoAcusacion”, folio 2, y audiencia de acusación del 3 de febrero de 2022, cuyo registro se encuentra en el enlace consignado al final del acta de la audiencia.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Sergio Antonio Agudelo Martínez
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones
Radicado: 05 00160 00207202101388
(N.I. TSA 2023-0509-5)

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

La fiscalía acusó a SERGIO ANTONIO AGUDELO MARTÍNEZ entre otras conductas como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones artículo 365 del C.P.

El 24 de marzo de 2023 antes de iniciar la audiencia de juicio oral, la fiscal informó que llegó a un acuerdo con el procesado y su defensor, el cual consistía en que SERGIO ANTONIO AGUDELO MARTÍNEZ aceptaba responsabilidad penal por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIAS DE ARMAS DE FUEGO artículo 365 del C.P. como contraprestación se le degrada la conducta a la modalidad de TENTATIVA, solo para fines de la tasación de la pena, la que queda al arbitrio del Juzgado. Se aclaró que la tentativa es la del inciso primero del artículo 27 del C.P..

La Juez no aprobó el preacuerdo.² De relevancia para sustentar su decisión adujo que:

- Si bien se dejó a disposición del despacho la pena a imponer, según la modalidad acordada se entiende que sería la mínima referida en el inciso 1º del artículo 27 del C.P., rebaja que parte de *una pena no menor a la mitad del mínimo*, quedando una pena de 4 años 6 meses de prisión, lo que desatiende el momento procesal en el que se realizó la negociación.
- Que según sentencia 52227 de 2020 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, frente a esas negociaciones sin base fáctica, la

² Audiencia de verificación de preacuerdo del 24 de marzo de 2023, archivo “14ActaVerificaciónPreacuerdoImprueba010323”, récord 00:38:40 a 00:46:32.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Sergio Antonio Agudelo Martínez

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

Radicado: 05 00160 00207202101388

(N.I. TSA 2023-0509-5)

respuesta es negativa, pues la fiscalía debe tener en cuenta lo siguiente: i) las rebajas de pena permitidas según el momento de la actuación en que se realiza la negociación, ii) el daño ocasionado a las víctimas y su reparación, iii) el arrepentimiento del procesado, que implica más que palabras, iv) la colaboración para el esclarecimiento de los hechos, v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes. Todo, con el fin de determinar la mayor o menor rebaja de pena que ha de otorgarse al procesado.

- Es necesario tener en cuenta la flagrancia. El momento procesal en que se presenten los acuerdos sin base fáctica, es determinante para establecer el monto de la rebaja. En esta ocasión se dio la negociación antes de iniciar la audiencia de juicio oral, el procesado no está aportando ningún tipo de información relevante donde se diga de dónde sacó el material bélico con el fin de lograr el procesamiento de otras personas. La rebaja que se pretende con la modalidad pactada es desproporcional siendo necesario improbar el acuerdo presentado.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa interpuso el recurso de apelación con la finalidad de que se revoque y en consecuencia se apruebe el acuerdo.

- Advierte que la Juez se equivoca cuando dice que hay una pena establecida, al contrario, no se pactó la pena, en su lugar, se dejó a consideración del Despacho. Si la Juez considera que hay criterios de necesidad para establecer que la pena no se puede imponer en el cuarto mínimo, tendría que argumentar por que no se puede partir de ese cuarto de movilidad.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Sergio Antonio Agudelo Martínez

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

Radicado: 05 00160 00207202101388

(N.I. TSA 2023-0509-5)

- Afirma que según la sentencia citada por el despacho es posible hacer preacuerdos sin base fáctica. Además, en sentencia con radicado 54535 de 2022 la Corte se ocupó de analizar un caso similar, donde una persona acusada por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; realizó acuerdo en audiencia preparatoria y se le reconoció la calidad de cómplice con una pena de 5 años. Indica que la Corte valoró como válida esa pena, situación que desconoce el Juzgado de primera instancia.
- Refiere que el problema que se debe de resolver es si se puede degradar la conducta por medio del preacuerdo, y no, la determinación de la pena imponer, la que debe tazar el despacho una vez apruebe la negociación.
- Solicita se revoque la decisión debido a que la negativa se da por una tasación de pena que no ocurrió, ya que la pena no se pactó en la negociación.³

Como no recurrente, la fiscalía manifestó que deja a criterio del Tribunal la decisión a tomar. Deja claro que en ningún momento se fijó la pena.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se determinará si fue correcta la decisión de la Juez de no aprobar el acuerdo puesto a su consideración. La Sala anuncia desde ya que confirmará el auto. Las razones son las siguientes:

La modalidad de preacuerdo celebrada por las partes fue analizada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento⁴.

³ *Ibíd*em, récord 00:48:20 a 00:58:24.

⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación 52227 del 24 de junio de 2020 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Sergio Antonio Agudelo Martínez
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones
Radicado: 05 00160 00207202101388
(N.I. TSA 2023-0509-5)

Se trata de la posibilidad de valerse de normas penales no aplicables al caso, con el solo propósito de establecer el monto de la rebaja a que accederá el procesado en virtud de preacuerdo. Explica la Corte:

*“(i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica-; (iii) **la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo-; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.**”* (negrillas propias)

Sí es posible degradar la conducta por medio del preacuerdo solo con miras a establecer el monto de la pena a imponer, sin embargo, esa aplicación está limitada a la proporcionalidad de la rebaja, la cual, debe cumplir con unas pautas especiales como lo determinó la Juez de primera instancia. Veamos:

Frente al punto de la proporcionalidad la Corte fijó unos criterios para determinarla:

*“ (i) **el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador;** (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye*

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Sergio Antonio Agudelo Martínez
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones
Radicado: 05 00160 00207202101388
(N.I. TSA 2023-0509-5)

su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (iv) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios.”

Como la negociación se produjo al inicio de la instalación de la audiencia de juicio oral, es cierto que el acuerdo debe atender este criterio para fijar el monto de la rebaja. En vista de que la captura del procesado se produjo en situación de flagrancia, la disminución de la pena que se puede conceder vía preacuerdo en este momento procesal es de 4.16% de la pena a imponer. Rebaja que se aleja de la establecida en el inciso 1° del artículo 27 del Código penal.

Aunque el recurrente advirtió que la improbación no puede sustraerse a la rebaja de la pena debido a que esta no fue pactada por las partes. Se evidencia que, de aceptarse la modalidad del preacuerdo pactado, sería imperativo para la Juez establecer la pena imponer en el ámbito de movilidad del inciso primero del artículo 27 del C.P.⁵, disminución punitiva que sería desproporcionada según las pautas establecidas por el legislador, es decir: el momento procesal en que se realizó la negociación, y la situación de flagrancia.⁶

Sumado a ello, no se pusieron de presente circunstancias adicionales que permitieran ir más allá de la rebaja pretendida de conformidad con los criterios que regulan la proporcionalidad de la rebaja para este tipo de preacuerdos, por tanto, el descuento punitivo que trae el inciso 1° del artículo 27 del C.P. no podrá ser acogido.

⁵ “*El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, **incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.***”

⁶ Artículos 301, 351 y 352 Ley 906 de 2004.

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Sergio Antonio Agudelo Martínez

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

Radicado: 05 00160 00207202101388

(N.I. TSA 2023-0509-5)

No obstante, la rebaja eventualmente puede exceder el guarismo antes señalado. Es posible que la rebaja sea mayor si se justifica con el cumplimiento de los criterios de proporcionalidad enunciados por la Corte u otros que sean relevantes en el caso. La Jurisprudencia dejó claro que tales pautas no tienen carácter taxativo ya que la rebaja puede atender otras que incidan en su monto.

La decisión de la juez fue correcta de conformidad con los criterios expuestos, en tanto que la rebaja no atendió la única pauta de proporcionalidad evidenciada en este asunto: que el acuerdo se presentó al iniciar la audiencia de juicio oral y la captura de Agudelo Martínez se dio en situación de flagrancia. En estas condiciones se confirmará la decisión apelada.

Respecto a la decisión radicado 54535 de 2022, con la cual afirma el recurrente que, en caso similar, se aprobó acuerdo celebrado en audiencia preparatoria, reconociendo la calidad de cómplice en el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, donde se otorgó una pena de 5 años. La Sala evidencia que, en esa decisión, la Corte no abordó el problema jurídico que se discute, por el contrario, se constató que el Juez de primera instancia concedió una rebaja mayor a la permitida, error que no pudo ser modificado en segunda instancia ni por la Sala de Casación, pues la defensa era apelante único, por tanto, era imposible reformar en peor la situación jurídica del procesado.

Si bien, la Sala de Casación Penal en decisiones anteriores,⁷ no tenía en cuenta la situación de flagrancia para establecer la pena en los preacuerdos, es criterio de esta Sala que la Sentencia 52227 de 2020, posterior a las citadas, recogió este tipo de concesiones que se apartaban de la proporcionalidad y del principio de legalidad. Al efecto en la sentencia que sirve de apoyo a esta decisión se acudió a la comprensión

⁷ 47732, 45736 y 47588 de 2016

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Sergio Antonio Agudelo Martínez

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones

Radicado: 05 00160 00207202101388

(N.I. TSA 2023-0509-5)

de la Corte Constitucional en las decisiones C- 1260 de 2005, C-645 de 2012 y SU 479 de 2019 acerca de los límites de la fiscalía para la negociación de preacuerdos y los límites que involucran al Juzgador. Y es que ateniéndose a una lectura respetuosa del principio de legalidad el parágrafo del artículo 301 remite al artículo 351 en su integridad y no solo al inciso primero como se presentó en aquellas decisiones de 2016.

La interpretación que se acoge también fue afirmada en una reciente decisión de la Sala Penal de la CSJ.⁸

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 con la aceptación del contenido del auto por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

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

RESUELVE

⁸ 47675 de 2019 “ **La captura en flagrancia limitaba las rebajas punitivas en los términos del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 —modificado por el artículo 57 de la ley 1453 de 2011—**, toda vez que luego de ingresar en compañía de dos sujetos más a hurtar en un local comercial, lugar en el cual hirieron gravemente a uno de los dependientes, RINCÓN BERNAL fue aprehendido en la Avenida la Esperanza con carrera 87, en el vehículo taxi de placas VDK-867 que se movilizaba, hallando en su poder un revólver marca Smith & Wesson, **la fiscalía en el preacuerdo le atribuyó jurídicamente una participación accesoria como cómplice.**

A pesar del error de la Fiscalía por no haber tenido en cuenta la flagrancia en la celebración del preacuerdo, lo cierto es que tal circunstancia no es un problema de estricta tipicidad de las conductas ejecutadas y por las que se juzga al procesado.

De otra parte, adicional a lo señalado anteriormente, **la legalidad y eficacia del preacuerdo no se puede desconocer en esta sede ni admitirse su cuestionamiento porque la Fiscalía no tuvo en cuenta para el preacuerdo la captura de flagrancia, pues quienes tenían interés jurídico en reclamar no lo hicieron en su oportunidad**, además, como el procesado y su defensor son los únicos recurrentes, **no es admisible desconocer la prohibición de la no reformatio in peius, garantía constitucional** en favor del procesado que en este caso resulta inquebrantable y que la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido en forma pacífica y uniforme, ejemplo de ello, entre otras, es la SP 10362018 (43533) de abril 11 de 2018.”

Auto interlocutorio de Segunda Instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Sergio Antonio Agudelo Martínez
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,
accesorios, partes o municiones
Radicado: 05 00160 00207202101388
(N.I. TSA 2023-0509-5)

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión apelada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

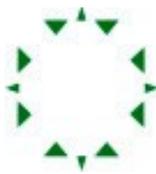
Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **fdb3b200e6698360f18e7f9d9d9eee274036a71b6a0af8e31958993c49a3fab7**

Documento generado en 31/03/2023 04:38:52 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, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés

**Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

Aprobado en Acta N° 23 de la fecha

Proceso	Auto Interlocutorio Ley 906 de 2004
Asunto	Impedimento – deberes del juez que se declara impedido
Radicado	05-440-60-00340-2021-00058 (N.I. TSA 2023-0549-5)
Decisión	Se abstiene de resolver

ASUNTO

Procede la Sala a pronunciarse sobre el impedimento enviado por el Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia.

ANTECEDENTES RELEVANTES

Conforme al escrito de acusación, el 10 de junio del año 2021, aproximadamente a las 2 a.m., en la calle 29 con carrera 36, sector Simona Duque del municipio de Marinilla, la policía interceptó una motocicleta conducida por Jhon Fredy Muñoz Arenas, en la que también se movilizaba SANTIAGO MUÑOZ ARENAS, como parrillero,

quien manifestó llevar un arma de fuego sin tener permiso para ello, elemento que entregó a los uniformados y que se correspondía un revolver calibre 38 especial, cromado con cachas de madera, marca colt, N° interno 429174, sin municiones. En razón de ello, los señores MUÑOZ ARENAS fueron capturados en flagrancia.

Mediante oficio del 18 de noviembre del año 2021, la fiscalía informó al Juez de Conocimiento que decretó la ruptura de la unidad procesal para solicitar la preclusión en favor de Jhon Fredy Muñoz Arenas. Petición a la que se le dio trámite en audiencia del 20 de septiembre del año 2022 dentro del CUI que termina en 2021-00014, originado de la referida ruptura procesal.

En dicha oportunidad, el Juez Penal del Circuito de Marinilla accedió a la petición de la fiscalía. Además, antes de finalizar la diligencia, adujo estar impedido para conocer del presente asunto, adelantado en contra de SANTIAGO MUÑOZ ARENAS, su argumentación sobre este particular aspecto se limitó a lo siguiente:

“por haber valorado las pruebas que presenta la fiscalía en la acusación en contra de SANTIAGO MUÑOZ ARENAS, pruebas que presentó en favor de Jhon Fredy Muñoz Arenas.”¹

En consecuencia, remitió el proceso al reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Rionegro – Antioquia. El asunto fue asignado al Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro, quien mediante auto del 9 de marzo del año 2023, avocó conocimiento y fijó la audiencia de acusación para el 29 del mismo mes y año. Sin embargo, un día antes de aquella fecha, emitió una decisión en la que adoptó dos determinaciones:

¹ Audiencia de preclusión del 20 de septiembre de 2022, cuyo registro se encuentra en el enlace consignado al final del acta de la audiencia, archivo “02CarpetaPreliminar”, récord 00:37:48 a 00:39:05.

- (i) Dejó sin efectos la providencia mediante la cual avocó el conocimiento.
- (ii) No aceptó el impedimento propuesto toda vez que su homólogo de Marinilla no cumplió con señalar la causal concreta en la que soportaba tal determinación, pues solo manifestó que conoció las pruebas del caso de Jhon Fredy, las que a su parecer coinciden con las del proceso de SANTIAGO.

En ese orden, el Juez de Rionegro infirió que la causal propuesta es la del numeral 6 del artículo 56 del C.P.P., la que no se configura, pese a la correspondencia fáctica de los dos casos, toda vez el Juez de Marinilla adoptó una decisión conforme a sus competencias funcionales en el proceso de Jhon Fredy Muñoz Arenas, asunto cuyo escenario procesal y probatorio es diferente al seguido en contra de SANTIAGO MUÑOZ ARENAS.

En ese orden, envió las diligencias a esta Corporación para lo pertinente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala anuncia que se abstendrá de decidir pues los jueces no dieron el trámite acertado al impedimento, regulado en el artículo 57 del C.P.P., el cual dispone:

“Artículo 57. Trámite para el impedimento. Cuando el funcionario judicial se encuentre incurso en una de las causales de impedimento deberá manifestarlo a quien le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro

del lugar más cercano, para que en el término improrrogable de tres (3) días se pronuncie por escrito.

En caso de presentarse discusión sobre el funcionario a quien corresponda continuar el trámite de la actuación, el superior funcional de quien se declaró impedido decidirá de plano dentro de los tres días siguientes al recibo de la actuación.

Para tal efecto, el funcionario que tenga la actuación la enviará a la autoridad que deba resolver lo pertinente."

De modo que, antes de enviar las actuaciones ante la autoridad encargada de definir el funcionario que debe continuar con el conocimiento del proceso, se debe suscitar debate entre quien se declare impedido y quien, en primer término, debe pronunciarse sobre tal impedimento.

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

"Sin embargo, la manifestación de impedimento no está sujeta al particular arbitrio de quien la hace, pues se encuentra vinculada inevitablemente a la taxatividad de las causales, sin que sea posible acudir a la analogía o a la extensión de los motivos estrictamente señalados por la ley, en aras de sustentar su procedencia. Por eso, la Sala ha indicado:

«En desarrollo del principio de imparcialidad que debe presidir las actuaciones judiciales, la legislación procesal ha previsto una serie de causales de orden objetivo y subjetivo en las cuales el juez debe declararse impedido para decidir, garantizando a las partes, terceros y demás intervinientes las formas propias de cada juicio.

Empero, como a los jueces no les está permitido separarse por su propia voluntad de las funciones que les han sido asignadas, y a las partes no les está dado escoger libremente la persona del juzgador, las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un caso determinado a un juez o magistrado no pueden deducirse por analogía, ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en cuanto se trata de reglas con carácter de orden público, fundadas en el convencimiento del legislador de que son estas y no otras, las circunstancias fácticas que impiden que un funcionario judicial siga conociendo de un asunto, porque de continuar vinculado a la decisión, compromete la independencia de la administración de justicia y quebranta el derecho fundamental de los asociados a obtener un fallo proferido por un tribunal imparcial»².

*En consecuencia, **la autoridad jurisdiccional que invoca una causal de impedimento como motivo para separarse de un asunto, debe señalar con precisión en cuál de ellas apoya su solicitud -lo cual le impone especificar la norma que expresamente contiene el supuesto de hecho-, expresar con claridad las razones que la llevan a solicitar su alejamiento del proceso, lo que comporta una carga específica sobre la indicación de su alcance y contenido. Una motivación insuficiente puede llegar al rechazo de la declaración de impedimento, lo que ocurre a menudo cuando el funcionario acude a un enunciado genérico y abstracto.**³ (Negritas y subrayas nuestras)*

Ahora, en el presente asunto el trámite expuesto en los párrafos anterior no se ha cumplido:

El Juez Penal del Circuito de Marinilla no argumentó, conforme a una causal explícita, los motivos que tenía para considerarse impedido. Se limitó manifestar que los elementos valorados para decidir sobre la preclusión en favor de Jhon Fredy Muñoz Arenas coincidían con los medios de conocimiento presentados por la fiscalía en la acusación en contra de SANTIAGO MUÑOZ ARENAS.

² CSJ SP, 19 Oct. 2006, rad. 26246 y CSJ. AP, 2472 del 2014.

³ SP CSJ radicado 59251 del 21 de abril de 2021, AP1452-2021, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

No tuvo en cuenta que la audiencia de acusación en contra de este último no se ha llevado a cabo, y que el escrito de acusación presentado involucraba a los dos señores MUÑOZ ARENAS, sin que hasta el momento se aclarara por parte de la fiscalía las implicaciones probatorias de la ruptura procesal en el caso de SANTIAGO.

De modo que la argumentación propuesta es inconclusa, abstracta y genérica. En ese orden, no se encontraban dados los presupuestos para que el Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro se pronunciara sobre impedimento alguno. De ahí que se equivocara al remitir el asunto a esta Sala para desatar, de acuerdo con el artículo 57 del C.P.P., el impedimento de su homologado de Marinilla.

Véase que el Juez de Rionegro advierte la falencia del Juez de Marinilla e intenta superarla tratando de inferir la causal que subyace a las manifestaciones de aquel, sin embargo, esa es una tarea que no le corresponde pues no fue él quien se declaró impedido, así que se pronunció sobre un impedimento que no ha sido debidamente planteado por el otro funcionario involucrado.

En esas condiciones, si el Juez Tercero observó que quien se declaraba impedido no presentó las razones objetivas suficientes para desligarse del asunto, conforme demanda al régimen de impedimentos, en concreto, definir la causal, otra debió ser la decisión que debió adoptar.

De ahí que, en términos del artículo 57 del C.P.P. y el desarrollo jurisprudencial a la declaratoria de impedimentos, no es este Tribunal la autoridad competente para pronunciarse, en este momento, en relación con la definición del funcionario que le corresponda continuar con el trámite de la actuación, pues en estricto sentido, no se presentó

una discusión entre los jueces pertinentes sobre alguna causal explícita de impedimento.

Siendo así, esta Sala se abstendrá de resolver, en su lugar, enviará las diligencias al Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro para que, de acuerdo con lo antes expuesto, adopte las medidas correspondientes.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE DE DECIDIR sobre el impedimento enviado por el Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia.

SEGUNDO: REMITIR el expediente al Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia, a fin de que adopte las medidas que considere correspondientes.

TERCERO: INFORMAR de esta decisión a los sujetos procesales y a los Juzgados involucrados.

Contra esta decisión no proceden recursos.

CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **93726ab03eb8a260badba21193786c8e8c4e52e65dd804695632fa8a2ad0d81d**

Documento generado en 31/03/2023 04:38:43 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: 056153104001202200001

NI: 2023-0341-6

Accionante: Yolima Moreno Castrillón

Accionada: Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas

Decisión: Confirma

Aprobado Acta No.: 49 de marzo 31 del 2023

Sala

No: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, marzo treinta y un del año dos mil veintitrés

VISTOS

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), en providencia del día 13 de febrero de 2023, declaró la improcedencia de la solicitud de amparo incoada por la señora Yolima Moreno Castrillón en contra de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la demandante, interpuso recurso de apelación que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de la presente acción constitucional fueron relatados por el Despacho de instancia de la siguiente manera:

*“Sostuvo la accionante que el 4 de junio de 2010, presentó declaración por hecho victimizante de homicidio de su padre **Ciro Alfonso Moreno**, declaración en estado de*

incluido y que se tiene como antecedentes en su caso particular debe ser priorizado por su condición de discapacidad física con diagnóstico 8CIE 10).

Indica que después de una acción judicial le informan por medio de un oficio del 15 de octubre de 2021, que la unidad de victimas si entregaron los recursos como medida de indemnización administrativa a los destinatarios con igual derecho (esposa y no de los dos hijos reconocidos), pero que esta situación nunca fue informada por medio administrativo en el cual se respetara el debido proceso, igualdad, defensa y contradicción donde ha tenido varios bloqueos institucionales reglamentados por la resolución 1049 de 2019 y que ha solicitado el respectivo procedimiento establecido por la unidad de víctimas para exigir que devuelvan los recursos económicos y le entreguen el porcentaje que le corresponde de conformidad con la resolución 3620 del 29 de noviembre de 2021 numeral 4.

Aduce que en razón a lo anterior, mediante correo a la unidad de victimas del 7 de octubre de 2021, envió petición solicitando “1. Se dé prioridad para la materialización de la indemnización administrativa por mi condición discapacidad con base en el certificado de discapacidad emitido bajo los lineamientos de la resolución nro. 113 de 2020,2) se tenga en cuenta los principios de buena fe, igualdad, favorabilidad, debido proceso y enfoque diferencial y de manera oportuna para el desembolso y la materialización de la indemnización. 3) no imponer más barreras en el sentido de que el certificado y demás soportes que se remiten por medio del presente oficio si cumple con toda la información requerida para demostrar la discapacidad física que presento respecto a la información suministrada”, y la Unidad con respuestas evasivas y bloqueos institucionales le responden a derecho de petición del 27 de abril de 2022, “... si usted se considera destinatario con o igual o mejor derecho, según el comparativo de destinatario (tabla adjunta) es importante que se comuniqué con la entidad a través de los diferentes canales de atención a la entidad..., con el fin de brindarle la orientación respecto del procedimiento establecido en la resolución 3620 de 2021, haciendo desde ahora la salvedad, en los casos que hayan sido girados en un 100% los recursos de la indemnización, no se podrá efectuar desembolso alguno hasta tanto no se recauden los recursos ya pagados mediante el procedimiento de cobro coactivo. Por otra parte, para al entidad es importante tener actualizados sus datos así como la información del registro único de víctimas RUV, por esto le invitamos a informar cualquier modificación a través de nuestros canales de atención.

Expone que lo que esta solicitando es se dé prioridad en la entrega de esa indemnización pues cuenta con el respectivo certificado de discapacidad exigido por la ley. Que siempre responden con trabas a las peticiones y es por ello, que acude a esta herramienta constitucional con el de que se le proteja sus derechos fundamentales y ordene a la entidad accionada dar una respuesta de fondo y forma a la petición objeto de esta acción constitucional, así mismo les ordene dar trámite adecuado a las solicitudes sin tantas trabas administrativas”.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Una vez admitida la acción de tutela el pasado 1 de febrero del corriente año, se efectuó la notificación a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Dicha entidad, señaló que para el caso de la señora Yolima Moreno, si bien radicó un derecho de petición, el mismo fue resuelto por medio de comunicaciones de fecha 9 de julio de 2022 y 14 de diciembre de 2022, respuestas que son de conocimiento de la actora, pues los aporta como prueba en el escrito de tutela.

En dicha respuesta se le indica a la demandante que relacionado a la solicitud de indemnización por vía administrativa por el hecho victimizante de homicidio de Ciro Alfonso Moreno, dicha reparación ya fue objeto de indemnización, la cual fue cancelada en un 100% cobrado por otros destinatarios de la medida. Hecho victimizante que no puede ser doblemente reparado, pues no es posible generar un pago adicional. Por lo cual deberá adelantar otro procedimiento. Dado que en los casos en los que hayan sido girados en un 100% los recursos de la indemnización, no se podrá efectuar desembolso alguno hasta tanto no se recauden los recursos ya pagados mediante el procedimiento de cobro coactivo.

Finalmente solicitó negar las pretensiones invocadas por la accionante dado que esa unidad ha realizado dentro del marco de sus competencias todas las gestiones necesarias para cumplir los mandatos legales y constitucionales.

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.

Una vez estudiado el caso, da cuenta que por los mismos hechos y en contra de las mismas entidades, el 20 de septiembre de 2021 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Rionegro, resolvió solicitud de amparo, la cual tuteló los derechos fundamentales para protección al derecho de petición.

Decisión que fue impugnada por la Unidad de Atención y Reparación integral a las víctimas, confirmada por el Honorable Tribunal del Superior de Antioquia-Sala Civil-Familia, el día 13 de octubre de 2021 y que adicionó ordenando a la Unidad para la Atención y reparación Integral a las víctimas, que, en el mismo término otorgado, procediera a contestar de manera completa, clara, congruente y de fondo, todas y cada una de las solicitudes elevadas por la actora.

En consecuencia, declaró la improcedencia de la presente solicitud de amparo invocado por la señora Yolima Moreno Castrillón, por existir otro medio de defensa judicial.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, la demandante, impugnó la misma, pues señala que continua la vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso, al omitir el juzgado de primera instancia analizar su caso en debida forma, quejosa de las resultas del fallo de primera instancia en los mismo términos señalados en el escrito de tutela, solicitando que en su lugar se revoque el fallo de primera instancia y se concedan sus pretensiones constitucionales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicita la señora Yolima Moreno Castrillón la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por parte de la

Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a esta Sala determinar si se encuentran vulnerados los derechos fundamentales de la señora Yolima Moreno Castrillón, 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]¹

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].

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 libelista^[31].

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

¹ Corte Constitucional sentencia T-272/19

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 la señora Yolima Moreno Castrillón, que protesta ante la UARIV, con el fin de que le den respuesta a la totalidad de las peticiones elevadas ante la entidad demandada con el fin de obtener la indemnización administrativa de manera priorizada por su estado de salud.

En efecto, en la carpeta de primera instancia reposa el material probatorio aportado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Rionegro, despacho judicial que en providencia del día el 20 de septiembre de 2021, en los numerales 1 y 2 de la parte resolutive ordenó lo siguiente:

“PRIMERO: SE AMPARA, el derecho fundamental de petición de la señora YOLIMA MORENO CASTRILLON identificada con cédula de ciudadanía 39.453.074.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se ordena a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN A LA VICTIMAS, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, emita el acto administrativo debidamente motivado mediante el cual se decida la solicitud de reparación administrativa solicitada por la señora YOLIMA MORENO CASTRILLON, debiéndosele notificar en la forma y términos prescritos en los artículos 67 a 73 del

Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo en concordancia con el artículo 4 del Decreto 491 de 2020”.

En consecuencia, es evidente que la anterior determinación que resolvió solicitud de amparo constitucional, se identifica con la presente acción de tutela objeto de impugnación, 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.

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 la actora se le brinde una respuesta de fondo a sus peticiones por medio de las cuales insta por la entrega de la indemnización administrativa por el hecho victimizante de homicidio del señor Ciro Alfonso Moreno de manera prioritaria, la unidad por su parte en contraposición señaló que dicha reparación ya fue cancelada a los destinatarios y que para pretender el resarcimiento debe emprender otro mecanismo ante esa unidad, pues solo es posible la entrega de la indemnización una vez recaude los recursos pagados por medio del procedimiento de cobro coactivo. Al igual que comparten idénticos hechos pues manifiesta que desde el 4 de junio de 2010 presentó declaración por el hecho victimizante de homicidio del señor Ciro Alonso Moreno, resaltando su delicado estado de salud, en consecuencia, se priorice la entrega, además de que ha elevados sendos derechos de petición, pero en su sentir no ha obtenido respuesta de fondo. Al igual que identidad de partes. Es decir, coexiste identidad en el objeto pretendido, identidad de partes y situación fáctica. Máxime si en la anterior tutela se le concedieron los derechos

fundamentales demandados, y en sede de segunda instancia, la Sala Civil de esta Corporación por medio de fallo de tutela del 13 de octubre de 2021, confirmó la decisión del Juzgado Primero Civil del Circuito de Rionegro. Por lo cual surge la imposibilidad de pronunciarse sobre un asunto previamente resuelto, lo cierto es que el presente asunto ya fue fallado por otra autoridad judicial.

En ese orden de ideas entonces, no le queda otra alternativa a esta Sala que **CONFIRMAR** el fallo de tutela de primera instancia, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) el pasado 13 de febrero de 2023.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el PARÁGRAFO SEGUNDO del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), calendada el día 13 de febrero de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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: 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

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: **29a15f98308d07e6e9643411023ac4a2e308c615422a5dbeef9bceec8fa2c8774**

Documento generado en 31/03/2023 10:19:05 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 050002204000202300125

NI: 2023-0447-6

Accionante: Sebastián Arbeláez Pérez

Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia

Decisión: Declara improcedente por hecho superado

Aprobado Acta No.: 49 de marzo 31 del 2023

Sala No.: 6

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, marzo treinta y uno del año dos mil veintitrés

VISTOS

El señor Sebastián Arbeláez Pérez, solicita la protección constitucional de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

LA DEMANDA

El señor Sebastián Arbeláez Pérez, quien se encuentra recluido en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Santo Domingo (Antioquia), demanda que por medio del área jurídica de dicho establecimiento el día 4 de enero de 2023 remitió solicitud de libertad condicional y redención de pena con destino al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia. No obstante, a la fecha de radicación de la presente acción constitucional no había recibido respuesta alguna.

Como pretensión constitucional insta por la protección a sus derechos fundamentales, y en ese sentido se le ordene al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, resuelva de fondo su petición.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 17 de marzo de la presente anualidad, se dispuso la notificación al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, en el mismo auto se ordenó la vinculación del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Santo Domingo (Antioquia).

El director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Santo Domingo (Antioquia), quien acompaña al sentenciado en su manifestación, relata que desde el 4 de enero de 2023 remitió solicitud de libertad condicional y redención de pena en nombre del sentenciado con destino al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, remitiendo recordatorio el 16 de febrero, pese a ello, no han recibido respuesta a las solicitudes referidas.

El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, por medio de oficio N 0418 del 23 de marzo del año 2023, manifestó que efectivamente vigila la pena impuesta al señor Arbeláez Pérez de 54 meses de prisión por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, tras hallarlo penalmente responsable de la conducta punible de concierto para delinquir agravado.

Asintió que el 10 de enero de 2023 el sentenciado por intermedio del establecimiento penitenciario radicó solicitud de libertad condicional y redención de pena reiterando lo pedido el 27 de febrero y el 7 de marzo de 2023, petición que por el gran volumen de trabajo no había sido resuelta. Así que, por medio de auto N 577 del 22 de marzo de 2023, resolvió dicha solicitud reconociendo redención y resolviendo estarse a lo resuelto en auto 2278 del 7 de octubre de 2022 el cual había negado el beneficio de la libertad condicional

al no superar la valoración de la conducta punible, tal como lo exige el artículo 64 del C.P., sin que se hubiese producido circunstancia fáctica diferente que implique la revaluación del caso, decisión que fue remitida al centro penitenciario de Santo Domingo para su notificación al sentenciado.

Adjunta a la respuesta constancia de remisión vía correo electrónico de los proveídos 577 y 374 del 22 de marzo de 2023, por medio de los cuales redime pena y ordena estarse a lo resuelto con destino al establecimiento donde se encuentra recluso el actor.

CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017 y el decreto 333 de 2021, que modificara el Decreto 1069 de 2015, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el señor Sebastián Arbeláez Pérez, solicitó se amparen en su favor sus derechos fundamentales, presuntamente conculcado por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, al omitir brindarle respuesta a su solicitud de redención de pena y prisión domiciliaria elevada desde el 4 de enero de la presente anualidad.

Naturaleza de la acción

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier

autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

Del caso en concreto

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.

En el presente asunto se puede evidenciar, que el motivo de inconformidad es que el señor Sebastián Arbeláez Pérez, considera vulnerados sus derechos

fundamentales al omitir el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, pronunciarse frente la solicitud de redención de pena y prisión domiciliaria elevada desde el pasado 4 de enero de 2023.

Por su parte, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas de Antioquia, informó que el día 22 de marzo de 2023 por medio de auto 577 y 374, redimió pena y decidió estarse a lo resuelto en decisión del día 7 de octubre de 2022 que negó la libertad condicional dado la gravedad de la conducta punible, sin que existiera circunstancia alguna que implicara una reevaluación del caso, remitiendo lo anterior al establecimiento penitenciario donde permanece recluido el actor para su notificación.

Bajo el anterior escenario, se tornó necesario requerir al director del Establecimiento Penitenciario de Santo Domingo para que informara sobre las labores de notificación al sentenciado del auto interlocutorio 577 y de sustanciación 374 del 22 de marzo de 2023, suministrando la constancia de notificación al señor Arbeláez Pérez el 23 de marzo de 2023.

Conforme a lo anterior, es claro entonces que frente a la pretensión del señor Sebastián Arbeláez Pérez, de cara a que el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia se pronunciara frente a su solicitud, ya se agotó, esto es, conforme al material probatorio recolectado, es decir, el auto N 577 y 374 que fue debidamente notificado al demandante por parte del establecimiento penitenciario donde permanece recluido, tal como se evidencia del material probatorio aportado por los despachos encausados.

Así las cosas, debe indicarse que, del material probatorio allegado a la presente acción Constitucional, se evidencia que, frente a la solicitud extendida por el señor Sebastián Arbeláez Pérez, nos encontramos ante un hecho superado, como quiera que la circunstancia que dio origen a la solicitud ha sido enmendada, por parte del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, lo cual torna improcedente el amparo.

Frente a este tema la Corte Constitucional en sentencia T-017 del 23 de enero del 2020, señaló:

“E. Carencia actual de objeto - Modalidades. Reiteración de jurisprudencia⁽⁷⁸⁾.”

“113. Durante el trámite de la acción de tutela, hasta antes de que se profiera sentencia, pueden presentarse tres situaciones: (i) que los hechos que dieron origen a la acción persistan, y el asunto amerite emitir un pronunciamiento de fondo, porque se encuentran satisfechos los requisitos generales de procedencia, y 1. puede evidenciarse la configuración vulneración alegada, caso en el cual es procedente amparar los derechos invocados, o 2. no pudo comprobarse la afectación de un derecho fundamental, y debe entonces negarse la protección deprecada; (ii) que persistan los hechos que dieron origen al amparo, pero el caso no cumpla los requisitos generales de procedencia, caso en el cual debe declararse improcedente la acción de tutela; y (iii) que ocurra una variación sustancial en los hechos, de tal forma que desaparezca el objeto jurídico del litigio, porque fueron satisfechas las pretensiones, ocurrió el daño que se pretendía evitar o se perdió el interés en su prosperidad. Estos escenarios, han sido conocidos en la jurisprudencia como el hecho superado, daño consumado y situación sobreviniente, y son las modalidades en las que puede darse la carencia actual de objeto.”

“114. Al respecto, este tribunal ha reconocido, que antes de emitir un pronunciamiento de fondo en el marco de un proceso de tutela, pueden presentarse ciertas circunstancias que, por encajar en alguna de las hipótesis antes mencionadas, hacen desaparecer el objeto jurídico de la acción, de tal forma que cualquier orden que pudiera emitirse al respecto “caería en el vacío” o “no tendría efecto alguno”⁽⁷⁹⁾.”

“115. La primera modalidad, conocida como el hecho superado, se encuentra regulada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991⁽⁸⁰⁾, y consiste en que, entre la interposición de la acción de tutela, y el momento en que el juez va a proferir el fallo, se satisfacen íntegramente las pretensiones planteadas, por hechos atribuibles a la entidad accionada. De esta forma, pronunciarse sobre lo solicitado carecería de sentido, por cuanto no podría ordenarse a la entidad accionada a hacer lo que ya hizo, o abstenerse de realizar la conducta que ya cesó. En este caso, el juez no debe emitir un pronunciamiento de fondo, ni realizar un análisis sobre la vulneración de los derechos, pero ello no obsta para que, de considerarlo necesario, pueda realizar un llamado de atención a la parte concernida, por la falta de conformidad constitucional de su conducta, conminarla a su no repetición o condenar su ocurrencia⁽⁸¹⁾.”

“116. De esta manera, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, deben acreditarse tres requisitos, a saber: (i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó, por un hecho imputable a ésta. Así, esta Corte ha procedido a declarar el hecho superado, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas han reconocido las prestaciones solicitadas⁽⁸²⁾, el suministro de los servicios en salud requeridos⁽⁸³⁾, o dado trámite a las solicitudes formuladas⁽⁸⁴⁾, antes de que el juez constitucional emitiera una orden en uno u otro sentido.”

Se reitera entonces, en este caso nos encontramos frente al fenómeno denominado carencia actual de objeto por hecho superado, pues que para este momento ha variado la situación que originó la acción constitucional, toda vez que en el trámite de esta acción constitucional se ha gestionado lo necesario

para conseguir se ejecute el objeto de esta solicitud de amparo, por lo que perdería entonces eficacia dar una orden en tal sentido.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el PARÁGRAFO SEGUNDO del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Sebastián Arbeláez Pérez en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, al presentarse la carencia actual de objeto por hecho superado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Frente a la presente decisión procede el recurso de impugnación, el cual se deberá de interponer dentro los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO: En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **44170350f798199ae23e3825dc9713ed2f8913beb13a52a32debac26cdba5331**

Documento generado en 31/03/2023 03:14:49 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 058093189001202300017 **NI:** 2023-0403-6
Accionante: Iván de Jesús Rojas Cano
Accionados: Nueva EPS
Decisión: Confirma
Aprobado Acta N°:49 de marzo 31 del 2023
Sala N°: 6

Magistrado Ponente
Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, marzo treinta y uno del año dos mil veintitrés

VISTOS

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí (Antioquia), en providencia del pasado 28 de febrero de 2023, concedió el amparo Constitucional invocado por el señor Iván de Jesús Rojas Cano en contra de la Nueva EPS.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la apoderada especial de la Nueva EPS S.A., interpuso recurso de apelación, que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de esta acción constitucional fueron relatados por el Despacho de instancia de la siguiente manera:

“El accionante fundamenta la tutela en los siguientes,

II. HECHOS

“(…) PRIMERO: El afectado se encuentra afiliado a la NUEVA EPS, en calidad de cotizante, es un paciente que presenta un diagnóstico de HIPERPLASIA DE LA PROSTATA (N40X), por lo que el médico tratante ha ordenado URODINAMIA ESTANDAR procedimiento este que hasta la presente fecha no ha sido posible sea realizado, afectado cada día más mi delicado estado de salud.

SEGUNDO: El afectado IVAN DE JESUS ROJAS CANO manifiesta que cuenta con la autorización de servicios expedida para la entidad CLINICA DEL PRADO, entidad a la cual se ha solicitado en varias ocasiones será realizado dicho procedimiento y no ha sido posible que asignen la cita médica que requiero con suma urgencia, pues he venido presentando constantes dolores en la próstata y mucha dificultad para misionar, situación esta que afecta cada día mas mi estado de saludo debido a su patología HIPERPLASIA DE LA PROSTATA (N40X).

TERCERO: Considera que se está vulnerando los derechos del señor IVAN DE JESUS ROJAS CANOS, toda vez que debido a su patología HIPLERPLASIA DE LA PROTATA (N40X), su vida e integridad física se encuentra en riesgo y necesita de suma urgencia URODINAMIA ESTANDAR (…)”.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 16 de febrero de la presente anualidad, se ordenó la notificación a la Nueva EPS, en el mismo auto se ordenó la vinculación de la Clínica del Prado S.A.S., informándoles del inicio de la misma para que realizaran las explicaciones frente a los hechos relacionados en el escrito de tutela.

La apoderada general de La Clínica del Prado S.A.S., informó que se programó urodinamia estándar, para el día 27 de febrero del presente año a las 2:45 p.m. por lo que pregona la falta de vulneración de derechos fundamentales al actor por parte de esa entidad.

El apoderado especial de la Nueva EPS, confirmó que el actor tiene cita médica programada para el 27 de febrero de 2023, en la Clínica del Prado, así que actualmente no se encuentra vulnerando derechos fundamentales al accionante, dando cumplimiento a lo requerido por el señor Iván de Jesús.

Aseguró que la Nueva EPS no ha negado ningún servicio de salud al usuario por lo que no es posible amparar servicios que aún no se han solicitado. Sobre el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas solo a los conceptos que emita el personal médico.

Finalmente solicitó declarar la improcedencia de la presente acción de tutela, dado que esa entidad ha cumplido con todas sus obligaciones y ante la falta de vulneración de derechos fundamentales y presentarse el hecho superado. Así mismo, se niegue la solicitud de tratamiento integral, pues no se puede cubrir atención integral y suministros de tratamientos y medicamentos a futuro sin ser ordenados por el médico tratante o profesional adscrito a la red de servicios.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, el derecho a la salud, luego el *a-quo* procede a analizar el caso en concreto.

Señaló el juzgado de primera instancia, que el actor cuenta con autorización de servicios expedida por la Nueva EPS y direccionada a la Clínica del Prado, pero no ha sido posible la asignación de la cita. En el trámite de tutela la Clínica del Prado, programó el procedimiento médico denominado *urodinamia estándar*, para el día 27 de febrero del 2023. Comunicándole lo anterior al actor. Hecho confirmado por vía telefónica donde la señora Yaneth Cecilia Correa esposa del accionante, informo que a su esposo le habían efectuado el procedimiento médico que estaba reclamando.

En consecuencia, se presenta un hecho superado ante la efectiva y cierta protección de los derechos fundamentales del accionante en la materialización médica para la prestación de los servicios en salud que requeridos por Iván de

Jesús Rojas Cano. Concediendo el tratamiento integral para la patología denominada *hiperplasia de la próstata (N40X)*.

En relación a la solicitud de la entidad promotora de salud demandada en cuanto al reembolso de las sumas de dinero que cancele en razón del cumplimiento al fallo de tutela, la misma no procede, pues debe darse cumplimiento a lo establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social, por lo cual, no corresponde al Juez de tutela realizar pronunciamiento alguno sobre el tema.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primera instancia, la apoderada especial de la Nueva EPS, impugnó la misma en los siguientes términos:

Solicita revocar la orden judicial tratamiento integral, resalta que no observa ningún soporte probatorio donde se evidencie que el accionante requiera otro tipo de medicamentos o procedimientos a los solicitados, por lo que no es posible que el Juez Constitucional imparta una orden futura e incierta que indetermine el alcance del fallo de tutela.

Resaltó que esa entidad desde la contestación, solicitó se concedieran los reembolsos de todos aquellos gastos en que incurra Nueva EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para a cobertura de este tipo de servicios. Ordenando a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) garantizar el reconocimiento del 100% a la Nueva EPS del costo en que incurra por atenciones NOS PBS en cumplimiento del fallo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó el señor Iván de Jesús Rojas Cano, la protección de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por parte de la Nueva EPS, al omitir materializar la práctica del servicio médico *urodinamia estándar*, solicitando a su vez se conceda el tratamiento integral para la patología que padece.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar la presunta vulneración de derechos fundamentales al señor Iván de Jesús Rojas Cano por parte de la Nueva EPS, al omitir autorizar y materializar servicios de salud prescritos por el médico tratante para el tratamiento de su patología. Además, establecer la pertinencia de conceder el tratamiento integral.

3. Del Caso en Concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

Verificando los datos suministrados en el escrito tutelar, como resultado de la búsqueda en la página web del Adres, el señor Iván de Jesús Rojas Cano se encuentra activo en el régimen contributivo como cotizante de la Nueva EPS.

En efecto, el señor Iván de Jesús Rojas Cano invoca en su favor la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana, en el entendido de que se le ordene a la Nueva EPS materializar el procedimiento médico denominado *urodinamia estándar*, prescrito por el médico tratante, sin ningún tipo de dilaciones ni barreras administrativas. Así como el tratamiento integral para su patología.

En consecuencia, al verificar el material probatorio aportado por la demandante, da cuenta que existe orden médica emitida por el médico tratante, en la cual prescribe el procedimiento demandado. No obstante, asegura el actor que a la fecha de interponer la presente acción de tutela la Entidad Promotora de Salud encausada no había autorizado ni materializado el servicio de salud aludido.

El Juez *a-quo*, declaró la improcedencia de la presente acción de tutela por hecho superado dado que la Clínica del Prado el 27 de febrero de 2023, materializó el servicio médico *urodinamia estándar*, lo anterior fue confirmado por medio de llamada telefónica a la parte demandante, tal como consta en los archivos que reposan en la carpeta de primera instancia¹. Concediendo a su vez el tratamiento integral para la patología *hiperplasia de la próstata (N40X)*.

En consecuencia, debe indicarse que, del material probatorio allegado a la presente acción Constitucional, se evidencia que, frente al requerimiento médico nos encontramos ante un hecho superado, como quiera que la circunstancia que dio origen a la solicitud ha sido enmendada, lo cual torna improcedente el amparo.

¹ Archivo 013 del cuaderno principal

Frente a este tema la Corte Constitucional en sentencia T-017 del 23 de enero del 2020, señaló:

“E. Carencia actual de objeto - Modalidades. Reiteración de jurisprudencia⁽⁷⁸⁾.”

“113. Durante el trámite de la acción de tutela, hasta antes de que se profiera sentencia, pueden presentarse tres situaciones: (i) que los hechos que dieron origen a la acción persistan, y el asunto amerite emitir un pronunciamiento de fondo, porque se encuentran satisfechos los requisitos generales de procedencia, y 1. puede evidenciarse la configuración vulneración alegada, caso en el cual es procedente amparar los derechos invocados, o 2. no pudo comprobarse la afectación de un derecho fundamental, y debe entonces negarse la protección deprecada; (ii) que persistan los hechos que dieron origen al amparo, pero el caso no cumpla los requisitos generales de procedencia, caso en el cual debe declararse improcedente la acción de tutela; y (iii) que ocurra una variación sustancial en los hechos, de tal forma que desaparezca el objeto jurídico del litigio, porque fueron satisfechas las pretensiones, ocurrió el daño que se pretendía evitar o se perdió el interés en su prosperidad. Estos escenarios, han sido conocidos en la jurisprudencia como el hecho superado, daño consumado y situación sobreviniente, y son las modalidades en las que puede darse la carencia actual de objeto.”

“114. Al respecto, este tribunal ha reconocido, que antes de emitir un pronunciamiento de fondo en el marco de un proceso de tutela, pueden presentarse ciertas circunstancias que, por encajar en alguna de las hipótesis antes mencionadas, hacen desaparecer el objeto jurídico de la acción, de tal forma que cualquier orden que pudiera emitirse al respecto “caería en el vacío” o “no tendría efecto alguno”⁽⁷⁹⁾.”

“115. La primera modalidad, conocida como el hecho superado, se encuentra regulada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991⁽⁸⁰⁾, y consiste en que, entre la interposición de la acción de tutela, y el momento en que el juez va a proferir el fallo, se satisfacen íntegramente las pretensiones planteadas, por hechos atribuibles a la entidad accionada. De esta forma, pronunciarse sobre lo solicitado carecería de sentido, por cuanto no podría ordenarse a la entidad accionada a hacer lo que ya hizo, o abstenerse de realizar la conducta que ya cesó. En este caso, el juez no debe emitir un pronunciamiento de fondo, ni realizar un análisis sobre la vulneración de los derechos, pero ello no obsta para que, de considerarlo necesario, pueda realizar un llamado de atención a la parte concernida, por la falta de conformidad constitucional de su conducta, conminarla a su no repetición o condenar su ocurrencia⁽⁸¹⁾.”

“116. De esta manera, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, deben acreditarse tres requisitos, a saber: (i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta

asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó, por un hecho imputable a ésta. Así, esta Corte ha procedido a declarar el hecho superado, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas han reconocido las prestaciones solicitadas⁽⁸²⁾, el suministro de los servicios en salud requeridos⁽⁸³⁾, o dado trámite a las solicitudes formuladas⁽⁸⁴⁾, antes de que el juez constitucional emitiera una orden en uno u otro sentido.”

Se reitera entonces, en este caso nos encontramos frente al fenómeno denominado carencia actual de objeto por hecho superado, pues que para este momento ha variado la situación que originó la acción constitucional, toda vez que, en el trámite de esta acción constitucional, la Nueva EPS ha gestionado lo necesario para conseguir se ejecute el objeto de esta solicitud de amparo, por lo que perdería entonces eficacia dar una orden en tal sentido. Esto conforme a la materialización del servicio médico demandado.

Ahora, el motivo de disenso de la Nueva EPS, no fue otro que la concesión del tratamiento integral, por ende, es necesario indicar que los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud, el artículo 49 de la Carta Política consagra la salud bajo una doble connotación: como un derecho constitucional y como un servicio público esencial que impone al Estado la obligación de organizar, dirigir y reglamentar su prestación, así como garantizar el acceso a la misma conforme los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Así las cosas, esta Sala considera acertada la determinación del juez *a-quo* en el entendido de conceder el tratamiento integral al señor Iván de Jesús Rojas Cano para la patología *hiperplasia de la próstata* .

En ese orden de ideas entonces, no le queda otra alternativa a esta Sala que **CONFIRMAR** el fallo de tutela de primera instancia, proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí (Antioquia) el pasado 28 de febrero de 2023. Providencia discutida y aprobada por medios electrónicos.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el PARÁGRAFO SEGUNDO del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de

2022.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: Se **CONFIRMA** el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí (Antioquia) del día 28 de febrero de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia, se realizará conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **efe00cc8a46a95a9d0d53926f7888f1eb0dad582773213334bdad1bc2cdd3bdb**

Documento generado en 31/03/2023 03:16:02 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: 056153104003202300020 **NI:** 2023-0391-6
Accionante: Belén Piedad Salazar Ramírez
Accionada: Unidad Administrativa Especial para la Atención y
Reparación Integral a las Víctimas
Decisión: Confirma
Aprobado Acta No.: 49 de marzo 31 del 2023 **Sala**
No: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, marzo treinta y uno del año dos mil veintitrés

VISTOS

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), en providencia del día 22 de febrero de 2023, declaró la improcedencia por hecho superado la solicitud de amparo incoada por la señora Belén Piedad Salazar en contra de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la demandante, interpuso recurso de apelación que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de la presente acción constitucional fueron relatados por el Despacho de instancia de la siguiente manera:

“Sostuvo la accionante que, en diciembre del año 2000 presentó declaración por el hecho victimizante de desplazamiento forzado ante la personería municipal, encontrándose en estado incluido en el R.U.V. Que, desde el año 2019 se realizó solicitud de indemnización administrativa donde se entregó el radicado de cierre de dicha solicitud, para la cual, tenían plazo máximo de 120 días hábiles para brindar respuesta de fondo conforme a normativa vigente. Frente a la cual, ejerció los recursos de Ley solicitándose priorización en razón a la discapacidad de su hijo ANGEL ECHEVERRI SALAZAR

Que, la unidad de victimas notificó la Resolución N° 04102019 – 564577R del 27 de Julio de 2020 en la que resolvió “...CONFIRMAR en todas sus partes, la Resolución No. 04102019-5&577 - del 30 de abril de 2020 conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído”. Desconociendo y omitiendo la normatividad vigente que habla de las situaciones excepcionales de vulnerabilidad.

Que, ha sido desconocida la condición de vulnerabilidad por no contar con el certificado bajo los lineamientos de la Resolución 113 de 2020, frente a la cual el municipio de Rionegro se encontraba en proceso de implementación.

Conforme a lo anterior, mediante petición fechada el 27 de diciembre de 2022, solicitó:

- *“Se dé prioridad al desembolso y materialización de la indemnización administrativa hecho victimizante de Desplazamiento Forzado, el cual se encuentra registrado bajo el radicado SIPOD 515434 en estado Incluido, teniendo en cuenta la condición de discapacidad de mi hijo MIGUEL ÁNGEL ECHEVERRI SALAZAR.*

- • *Realizar las acciones administrativas y jurídicas para iniciar los procedimientos establecidos en la Resolución 00370 del 17 de abril de 2020 al igual que brindar acompañamiento por parte de personas de la UARIV en virtud al principio de “participación Conjunta”.*

- • *Se tenga en cuenta los principios de buena fe, Igualdad, favorabilidad, debido proceso y enfoque diferencial para el avance en la materialización de la indemnización administrativa con criterio de prioridad y respetando los lineamientos de la Resolución 1049 de 2019.*

- • *Realizar las acciones administrativas necesarias para que se realice una evaluación frente al alto grado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que me encuentro acorde a realidad actual.”*

Que, aun no recibe respuesta de fondo por parte de la UNIDAD DE ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS.

En esa medida, acude al Juez constitucional a fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales de petición y debido proceso y se ordene a la UNIDAD DE

ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS responder de manera clara, concreta y de fondo su petición radicada el 27 de diciembre de 2022 atendiendo a los criterios de priorización contenida en el Art. 4 de la Resolución 1049 de 2019. Asimismo, se le ordene la priorización del pago de la indemnización.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Una vez admitida la acción de tutela el pasado 14 de febrero del corriente año, se efectuó la notificación a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Por su parte la UARIV, señaló que para el caso de la señora Belén Piedad Salazar, si bien radicó un derecho de petición, el mismo fue resuelto por medio de comunicación N 2023-0102034-1 del 21 de enero de 2023.

Informó que por medio de la resolución N 04102019- 564577 del 30 de abril de 2020, reconoció en favor de la actora la medida de indemnización administrativa por el hecho victimizante de desplazamiento forzado, para la fecha del reconocimiento de su indemnización no se acreditó ninguna de las situaciones descritas como de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad para priorizar la entrega. Posteriormente aplicó el método técnico de priorización en el año 2022, concluyendo no ser procedente materializar la entrega de la medida de indemnización, aun así, esa unidad 31 de julio de 2023 aplicará de nuevo el método técnico.

Por otra parte, se encuentra en imposibilidad de brindar una fecha y cierta de pago de la indemnización administrativa, dado que se debe agotar el procedimiento establecido en la Resolución 1049 de 2019.

Agregó además, que en el grupo de la actora se encuentra Miguel Ángel Echeverri Salazar priorizado por acreditar un criterio conforme resolución 01049 de 2019, la prioridad es personal y no aplica sobre todo el núcleo familiar por lo cual no es procedente cambiar de ruta general a prioritaria a la actora.

Asegura que la UARIV ha atendido de manera clara y de fondo la solicitud realizada por la accionante dando respuesta a los hechos invocados que fundamentan la presente acción de tutela. Finalmente solicitó negar las pretensiones invocadas por la accionante dado que esa unidad ha realizado dentro del marco de sus competencias todas las gestiones necesarias para cumplir los mandatos legales y constitucionales.

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.

Reseña que efectivamente la señora Belén Piedad Salazar, presentó derecho de petición ante la UARIV el 27 diciembre de 2022, la unidad por su parte, allegó los medios de prueba para acreditar que en respuesta del día 17 de febrero de 2023 le informó a la actora que una vez aplicado el método técnico de priorización del año 2022 no resultó priorizada, el mismo se aplicará de nuevo para la vigencia del año 2023 el próximo 31 de julio, además que si bien en su grupo familiar existe una persona priorizada, lo anterior es personal y no aplica sobre todo el grupo familiar.

En consecuencia, declaró la improcedencia por presentarse la figura de carencia actual de objeto por hecho superado, dado que la unidad brindó una respuesta de fondo, clara y congruente.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, la demandante, impugnó la misma, pues señala que continua la vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso, cuestiona que el juez de instancia omitió realizar un análisis profundo de las pruebas documentales aportadas, que en

el fallo de tutela no se estudiaron todos los puntos que son objeto de impugnación. En ese sentido, solicita revocar el fallo de tutela de primera instancia, y en su lugar se ordene a la UARIV materializar el desembolso de la indemnización administrativa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicita la señora Belén Piedad Salazar la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por parte de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si en este caso efectivamente se vulneran derechos fundamentales invocados por la señora Belén Piedad Salazar Ramírez, por parte de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a la Víctimas, o conforme a la decisión de primera instancia, la unidad había resuelto de fondo la solicitud presentada por la actora.

3. Del derecho de petición y del caso en concreto

La garantía fundamental reconocida por el artículo 23 de la Carta Política, consiste no sólo en la posibilidad que tiene toda persona de presentar ante las autoridades peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular, sino el derecho a obtener una respuesta pronta y de fondo sobre lo pedido, como que el administrado no puede quedar en la indeterminación y tiene derecho a que le sean resueltos sus planteamientos sin vaguedad alguna.

La jurisprudencia constitucional en forma pacífica ha venido señalando las precisas situaciones en las que se presenta vulneración al derecho de petición:

(i) cuando la respuesta es tardía, esto es, no se da dentro de los términos legales; (ii) *cuando se muestra* aparente, o lo que es lo mismo, no resuelve de fondo ni de manera precisa lo pedido; (iii) su contenido no se pone en conocimiento del interesado, y (iv) no se remite el escrito ante la autoridad competente, pues la falta de competencia de la entidad ante quien se hace la solicitud no la exonera del deber de dar traslado de ella a quien sí tiene el deber jurídico de responder. Es así como la Corte Constitucional ha sostenido que las respuestas simplemente evasivas o de incompetencia desconocen el núcleo esencial del derecho de petición¹.

En el caso bajo estudio la señora Belén Piedad Salazar elevó solicitud desde el pasado 27 de diciembre de 2022 ante la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, pretendiendo el reconocimiento de la indemnización administrativa, de manera priorizada; no obstante, a la fecha de interponer la presente acción constitucional no había recibido respuesta de fondo.

Fue así entonces como la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, en réplica a lo peticionado por la demandante, manifestó que expidió la comunicación N 2023-0102034-1 calendada el 21 de enero de 2023, por medio de la cual le brindó respuesta al derecho de petición que demanda la actora, informándole que no resultó priorizada para la vigencia 2022, así que el 31 de julio de 2023 se aplicara de nuevo el método técnico de priorización por lo que surge para la entidad la imposibilidad de brindar una fecha cierta de pago de la indemnización administrativa, y que si bien, uno de los integrantes de su núcleo familiar miguel Ángel Echeverri se encuentra priorizado, ello es personal y no se aplica sobre todo el grupo familiar, y no es posible cambiar de ruta general a priorizada a la actora.

Tal como lo ha puesto en evidencia la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, asegurando haber realizado la

¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-219 y T-476 del 22 de febrero y 7 de mayo de 2001, respectivamente.

notificación de la respuesta al peticionario en debida forma, esto es, remitiendo la respuesta al correo electrónico belensalazar13@hotmail.com, con constancia de entrega.

Así las cosas, como la anterior dirección de correo electrónico difieren con la establecida en el escrito de tutela se hizo necesario la comunicación con la demandante por medio del abonado celular 311 632 65 22 donde la señora Belén Piedad Salazar manifestó haber recibido varias respuestas por parte de la Unidad de Víctimas donde le reiteran la negativa de la priorización para la entrega del resarcimiento.

En este punto se hace necesario resaltar que indiferente es si la respuesta es favorable o no a los intereses del peticionario, pues es competencia de la UARIV evaluar cada caso concreto, por ende, resultaría erróneo entorpecer el trámite interno de la unidad con una orden en tal sentido, máxime si no se avizora latente vulneración a derechos fundamentales.

Se concluye entonces, una vez auscultado los elementos de prueba, se vislumbra que la respuesta al derecho de petición objeto del presente trámite constitucional, fue contestado en debida forma y enviado a la dirección de correo electrónico de la demandante, tal como lo manifestó la actora. Lo que desvanece vulneración al derecho de petición que demanda.

Por ende, dar una orden contraria a lo determinado por la UARIV, sería invadir competencias que no le corresponden al Juez Constitucional, recuérdese que este es un mecanismo de protección de derechos constitucionales fundamentales de orden subsidiario y residual, no apto para entrar a valorar situaciones que deben ser analizadas por la entidad competente, quien tiene el deber de hacerlo.

En consecuencia, nos encontramos ante un hecho superado, pues considera la Sala que, en el presente caso, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, resolvió de forma clara, precisa,

congruente la solicitud extendida por la accionante el día 27 de diciembre de 2022, efectuándose una eficaz comunicación a la demandante a través de correo electrónico.

Frente a este tema la Corte Constitucional en sentencia T-017 del 23 de enero del 2020, señaló:

“E. Carencia actual de objeto - Modalidades. Reiteración de jurisprudencia⁽⁷⁸⁾.”

“113. Durante el trámite de la acción de tutela, hasta antes de que se profiera sentencia, pueden presentarse tres situaciones: (i) que los hechos que dieron origen a la acción persistan, y el asunto amerite emitir un pronunciamiento de fondo, porque se encuentran satisfechos los requisitos generales de procedencia, y 1. puede evidenciarse la configuración vulneración alegada, caso en el cual es procedente amparar los derechos invocados, o 2. no pudo comprobarse la afectación de un derecho fundamental, y debe entonces negarse la protección deprecada; (ii) que persistan los hechos que dieron origen al amparo, pero el caso no cumpla los requisitos generales de procedencia, caso en el cual debe declararse improcedente la acción de tutela; y (iii) que ocurra una variación sustancial en los hechos, de tal forma que desaparezca el objeto jurídico del litigio, porque fueron satisfechas las pretensiones, ocurrió el daño que se pretendía evitar o se perdió el interés en su prosperidad. Estos escenarios, han sido conocidos en la jurisprudencia como el hecho superado, daño consumado y situación sobreviniente, y son las modalidades en las que puede darse la carencia actual de objeto.”

“114. Al respecto, este tribunal ha reconocido, que antes de emitir un pronunciamiento de fondo en el marco de un proceso de tutela, pueden presentarse ciertas circunstancias que, por encajar en alguna de las hipótesis antes mencionadas, hacen desaparecer el objeto jurídico de la acción, de tal forma que cualquier orden que pudiera emitirse al respecto “caería en el vacío” o “no tendría efecto alguno”⁽⁷⁹⁾.”

“115. La primera modalidad, conocida como el hecho superado, se encuentra regulada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991⁽⁸⁰⁾, y consiste en que, entre la interposición de la acción de tutela, y el momento en que el juez va a proferir el fallo, se satisfacen íntegramente las pretensiones planteadas, por hechos atribuibles a la entidad accionada. De esta forma, pronunciarse sobre lo solicitado carecería de sentido, por cuanto no podría ordenarse a la entidad accionada a hacer lo que ya hizo, o abstenerse de realizar la conducta que ya cesó. En este caso, el juez no debe emitir un pronunciamiento de fondo, ni realizar un análisis sobre la vulneración de los derechos, pero ello no obsta para que, de considerarlo necesario, pueda realizar un llamado de atención a la parte concernida, por la falta de conformidad constitucional de su conducta, conminarla a su no repetición o condenar su ocurrencia⁽⁸¹⁾.”

“116. De esta manera, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, deben acreditarse tres requisitos, a saber: (i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó, por un hecho

imputable a ésta. Así, esta Corte ha procedido a declarar el hecho superado, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas han reconocido las prestaciones solicitadas⁽⁸²⁾, el suministro de los servicios en salud requeridos⁽⁸³⁾, o dado trámite a las solicitudes formuladas⁽⁸⁴⁾, antes de que el juez constitucional emitiera una orden en uno u otro sentido.”

De lo anterior, la Sala encuentra improcedente la acción impetrada, con lo que necesariamente deberá proceder a **CONFIRMAR** la providencia objeto de impugnación.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela del pasado 22 de febrero del año 2023, proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Belén Piedad Salazar Ramírez, en contra de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará por parte de la secretaría de esta Sala, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **8d6bf3a7508da90045570a3b467a2cfee141c116f536732238ffa815776bb9e**

Documento generado en 31/03/2023 03:15:19 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: 053763104001202300011 **NI:** 2023-0381-6
Accionante: Jairo de Jesús Giraldo Giraldo
Accionada: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Decisión: Confirma
Aprobado Acta No.: 49 de marzo 31 del 2023
Sala No: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, marzo treinta y uno del año dos mil veintitrés

VISTOS

El Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Antioquia), en providencia del día 28 de febrero de la presente anualidad, concedió el amparo constitucional invocado por el señor Jairo de Jesús Giraldo Giraldo frente a los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social, presuntamente vulnerados por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

Inconforme con la determinación de primera instancia, Colpensiones, 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:

“En síntesis, manifiesta tener 62 años, con diagnóstico de artrosis post traumática, dolor crónico intratable, fractura de peroné, fractura del maléolo interno y externo.

Por sus patologías, las incapacidades han excedido los 180 días, tiene rehabilitación desfavorable y su pérdida de capacidad laboral no dio el suficiente porcentaje para acceder a la pensión por invalidez. Por ello Colpensiones dejó de pagar las incapacidades desde el 07 de marzo de 2022 en adelante, y el 7 de febrero de 2023 le entregan comunicado en Colpensiones de no poder pagar sus incapacidades atendiendo a que el certificado de las mismas no cumple con los requisitos exigidos por el Decreto 1427 del 29 de julio de 2022.

Manifiesta que la situación le tiene afectado su mínimo vital, pues considera que es un trámite administrativo que deben solucionar entre las entidades.

Por tal motivo solicita que, se ordene el pago de todas las incapacidades adeudas y las que se ordenen hasta su reintegro al trabajo o hasta alcanzar su pensión”.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Una vez admitida la acción de tutela el 15 de febrero de 2023, se corrió traslado a la AFP Colpensiones y Sura EPS; posteriormente se ordenó la vinculación de la empresa de Flores Vegaflor, para que se pronunciaran frente a los hechos denunciados en la solicitud de amparo.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

La directora de acciones constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, cuestiona que al momento de la notificación del auto admisorio el despacho de instancia solo adjunto el auto admisorio, junto a un link al cual no había logrado acceder. Desconociendo el contenido íntegro de la tutela y así poder ejercer el derecho a la defensa.

El representante legal de la sociedad C.I. Flores de la Vega S.A.S., manifestó que, en el caso del actor, existe una relación laboral vigente con la empresa que representa desde el 12 de septiembre de 2011.

Asegura que durante dicha vigencia esa empresa ha dado cumplimiento a todas y cada una de las obligaciones legales y contractuales existentes a su cargo, en particular las relacionadas con la Seguridad Social. Pues en el presente caso se han generado varias incapacidades médicas. Pero, en este caso no es la llamada a reconocer las incapacidades que demanda el actor.

Culminó su intervención señalando que en el caso concreto se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la empresa que representa, C.I. Flores de la Vega S.A.S.

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.

Encontró en peligro los derechos fundamentales del actor, y la procedencia del mecanismo constitucional para resolver pretensiones de pago de incapacidades teniendo en cuenta que éstas constituyen el salario del incapacitado, pago del cual depende el mínimo vital del trabajador y de su núcleo familiar, y el no reconocimiento constituye una vulneración al mínimo vital y la dignidad humana.

Sumado a la condición de salud del trabajador sin una mayor probabilidad de recuperación, pues la EPS emitió concepto de rehabilitación desfavorable, continúa generando incapacidades adicionales. Ordenando a Sura EPS procediera a expedir los certificados de incapacidades generadas desde el 7 de marzo de 2022 al 30 de enero de 2023, remitiendo las mismas a Colpensiones. Así mismo, ordenó a Colpensiones, una vez obtenga los certificados por parte de Sura EPS, proceda a efectuar el pago de las incapacidades prescritas al actor del 7 de marzo de 2022 hasta el 30 de enero de 2023.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, Colpensiones, impugnó la misma y para sustentar el recurso señaló que lo solicitado por el actor resulta improcedente vía constitucional. Además, que Sura EPS les notificó el 8 de junio de 2022 bajo el radicado el concepto de rehabilitación desfavorable, y no le asiste derecho al reconocimiento de incapacidades.

Se le practicó al actor la calificación de la pérdida de capacidad laboral emitiendo el dictamen DML 4699053 del 4 de enero de 2023, notificado al accionante el 20 de enero de 2023, sin manifestación de inconformidad. Asiente que el actor presentó solicitud de pago de incapacidades las cuales fueron negadas por el concepto de rehabilitación desfavorable.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó el señor Jairo de Jesús Giraldo Giraldo, el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente conculcados por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y en ese sentido se reconozca y pague unos certificados de incapacidad generados en el periodo del 7 de marzo de 2022 a la fecha.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si en el caso en concreto se presenta vulneración a derechos fundamentales del señor Jairo de Jesús Giraldo Giraldo al omitir el reconocimiento y pago de dinero producto de unas incapacidades generadas por enfermedad común, o por el contrario no es procedente su reconocimiento vía acción constitucional.

3. Del Caso en Concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial, o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

Sea lo primero señalar que frente a las incapacidades que expresa el señor Giraldo Giraldo no le han sido reconocidas ni canceladas, tiene para decir la Sala que la acción de tutela, en principio, no es el mecanismo para el reconocimiento o pago de prestaciones económicas, pues dicha acción Constitucional ha sido diseñada para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

También es criterio aceptado que la acción de tutela es improcedente, si los derechos fundamentales que se estiman vulnerados pueden ser protegidos mediante los mecanismos ordinarios de defensa dispuestos por el ordenamiento jurídico. De allí el carácter residual y subsidiario de esta acción constitucional.

No obstante, la propia norma Constitucional reconoce que la tutela puede operar como mecanismo transitorio de protección si, a pesar de existir otros medios judiciales de defensa, éstos no tienen la suficiente eficiencia para precaver el daño. En otros términos, el perjuicio irremediable es factor determinante en la procedibilidad de la acción, de acuerdo con lo dispuesto en las normas constitucionales, así como en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

Del anterior contexto, se extrae que, el amparo incoado no sería procedente para obtener el pago de prestaciones económicas. Ello, por cuanto el ordenamiento jurídico dispone de una completa serie de recursos y procedimientos para lograr ese fin, no siendo legítimo que se acuda a una vía excepcional y urgente como la acción de tutela para perseguirlo. Admitir lo anterior conduciría, como mínimo, a que los jueces de tutela invadieran competencias ajenas, duplicando las funciones de la Administración y confundiendo los cauces ordinarios por los que deben resolverse los conflictos jurídicos.

Sobre este tema la Corte Constitucional en sentencia T-020 del 05 de febrero del 2018, ha señalado:

“5. Procedencia excepcional de la acción de tutela en asuntos relacionados con el pago de incapacidades. Reiteración de jurisprudencia[42]”

“5.1. El supuesto de subsidiariedad que integra la acción de tutela se observa en el artículo 86 de la Constitución, y condiciona la procedencia excepcional a que el interesado no disponga de otro medio judicial para defender los derechos invocados[43]. Establece como excepción el que se pretenda su uso para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”

Más adelante agregó:

“5.3. Adicional a lo anterior, esta Corte ha sostenido, en principio, que a la jurisdicción ordinaria le corresponde resolver las controversias laborales, y que la procedibilidad de la acción de tutela resulta justificada cuando la falta de pago de acreencias de esa índole genera amenaza o vulneración de derechos fundamentales como al mínimo vital y a la vida digna cuando constituye la única fuente de ingresos del afectado y su núcleo familiar. Así, en la citada T-909 de 2010 se expuso:”

“... la Corte ha reiterado que el no pago oportuno y completo de las incapacidades laborales puede ser objeto de tutela, siempre que afecte el mínimo vital del actor.”

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales.”

“Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”[52].

“La actuación subsidiaria al mecanismo ordinario se fundamenta en dos situaciones a saber, la afectación inminente de derechos fundamentales, y lo efectivo del medio frente al agotamiento de las vías ordinarias azas ineficaces. Rememoró que en los eventos en que la acción u omisión invade prerrogativas de esa estirpe (fundamental), la acción de tutela procede no solo como mecanismo transitorio, sino definitivo[53].”

“La probanza de esa trasgresión del derecho al mínimo vital exige únicamente la afirmación que el accionante presente en ese sentido, cuando no es desvirtuada en el trámite[54]. Para sustentar lo enunciado resulta oportuno evocar lo dicho en anterior pronunciamiento[55] respecto de que:”

“3.4. Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.”

*“Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica **no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgredan derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.[56]**”*

*“3.5. Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela **indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto**”. (Esta Sala subraya).”*

De acuerdo a lo anterior, se tiene que sin duda alguna para que proceda este mecanismo excepcional para el pago de acreencias laborales, dice la Corte, debe demostrar el demandado de que, ante el no reconocimiento y pago de las incapacidades prescritas por el médico tratante, se está poniendo en riesgo no solo su mínimo vital sino también el de su núcleo familiar, y esto es precisamente lo manifestado por el actor, pues relata afectación a su mínimo vital.

En el presente asunto, una vez auscultado el material probatorio, da cuenta que la totalidad de los certificados de incapacidad no han sido objeto de transcripción por la entidad promotora de salud. Es decir, dichos certificados no fueron objeto de transcripción ante la EPS Sura, si bien en el presente caso lo pertinente sería que el accionante procediera a transcribirlas ante la EPS para un eventual reconocimiento y pago de la prestación económica, Sura EPS a pesar de encontrarse debidamente notificada dentro del presente trámite desde el auto que avoca, según consta en el expediente aportado por el despacho judicial de primera instancia, no emitió pronunciamiento alguno, ni mucho menos desvirtuó lo denunciado por el accionante de no haber recibido respuesta frente a la solicitud de transcripción de los certificados de incapacidad radicados lo que supone que ya fue realizado tal condicionamiento por parte del actor ante la entidad promotora de salud.

En ese orden de ideas entonces, no le queda otra alternativa a esta Sala que **CONFIRMAR** el fallo de tutela de primera instancia, proferido por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Antioquia) el pasado 28 de febrero de 2023.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Antioquia), calendada el día 28 de febrero de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente decisión se realizará conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **53a7cf454ac03aa7695542ed30621142dc3dd2f98faa8f60f38aba1316e8525a**

Documento generado en 31/03/2023 03:14:39 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 050453104001202300035

NI: 2023-0363-6

Accionante: Gilberto Moreno Valoyes

Accionados: Nueva EPS

Decisión: Confirma y adiciona

Aprobado Acta N°49 de marzo 31 del 2023

Sala N°: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, marzo treinta y uno del año dos mil veintitrés

VISTOS

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), en providencia del pasado 22 de febrero de 2023, negó el amparo Constitucional invocado por el señor Gilberto Moreno Valores en contra de la Nueva EPS.

Inconforme con la determinación de primera instancia, el demandante, interpuso recurso de apelación, que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de esta acción constitucional fueron relatados por el Despacho de instancia de la siguiente manera:

“La accionante aduce que se encuentra afiliado en salud a Nueva EPS, por reubicación de EPS Coomeva; en el 2006 sufrió un accidente de tránsito que le ocasionó fractura de platillos tibiales de la pierna derecha y tromboembolismo pulmonar, el cual le dejó

secuelas de circulación de la sangre en ambas piernas, y por ese motivo su médico tratante le ordenó medias de compresión graduada y antiembólicas, cantidad dos (2), frecuencia de uso seis (6) meses, tratamiento un (1) año, total cuatro (4) pares de medias; pero la Nueva EPS cambió el sentido de la orden autorizando un par de medias cada tres meses, indicando que no están obligados a suministrar los dos pares de medias juntas, y no van a dar trámite a lo que dice MIPRES. Ha intentado allegar copia del fallo, el cual no le han querido recibir aduciendo que no les incumbe y para reconocerle los derechos tiene que ser por tutela.

Considera que se le están vulnerando los derechos fundamentales a la salud, la vida, dignidad humana y mínimo vital.

Pide tutelar los citados derechos fundamentales, ordenándole a Nueva EPS, autorice y le entregue lo ordenado por el médico tratante, se le asigne las citas a que haya lugar, le brinde el tratamiento integral para que se realice en el municipio de Apartadó, y en un eventual movimiento a otra ciudad, suministre el transporte con acompañante, gasto de viajes, viáticos de alimentación, hospedaje y transporte intraurbano, y se le exonere de copagos por ser una persona de escaso recursos económicos”.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 9 de febrero de la presente anualidad, ordenó la notificación a la Nueva EPS, en el mismo auto se dispuso la vinculación de Coomeva EPS en liquidación, Clínica Panamericana de Urabá, Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, y Empresa Healthumana S.A.S. Informándoles del inicio de la misma para que realizaran las explicaciones frente a los hechos relacionados en el escrito de tutela.

La apoderada general de Coomeva EPS, manifestó que la Superintendencia Nacional de Salud mediante resolución N° 2022320000000189-6 del 25 de enero del 2022, ordenó la liquidación de Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A., ordenando el traslado de sus afiliados a otras EPS.

Debido a lo anterior, el demandante fue trasladado a la Nueva EPS, ya que desde el 1 de febrero de 2022 perdió la capacidad para prestar servicios de salud, y en ese sentido es la Nueva EPS la encargada de suministrar los servicios médicos al actor.

El representante legal de Promotora Clínica Zona Franca de Urabá S.A.S., manifestó la presente acción de tutela no debe dirigirse en contra de esa entidad, si no directamente en contra de la entidad prestadora de salud, es decir, Nueva EPS, que es el asegurador que ha incumplido a su obligación principal que es la de autorizar servicios de salud. Configurándose frente a esa entidad una falta de legitimación en la causa por pasiva por lo cual solicita su desvinculación.

El señor Jorge Eliecer Martínez Cañaveras apoderado especial de la Nueva Eps, manifestó que se encuentran en revisión del caso con el área encargada para determinar las presuntas demoras en el trámite, una vez el área encargada emita el concepto lo estarán remitiendo al juez de primera instancia por medio de respuesta complementaria junto con los respectivos soportes.

Resaltó que esa entidad no presta el servicio de salud directamente sino por medio de sus IPS contratadas, las cuales son avaladas por la Secretaria de Salud del municipio respectivo; dichas IPS programan las citas, cirugías y demás procedimientos de los usuarios de acuerdo con su disponibilidad.

Aseguró que la Nueva EPS no ha negado ningún servicio de salud al usuario por lo que no es posible amparar servicios que aún no se han solicitado. Sobre el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas solo a los conceptos que emita el personal médico.

Finalmente solicitó declarar la improcedencia de la presente acción de tutela, dado que esa entidad ha cumplido con todas sus obligaciones y ante la falta de vulneración de derechos fundamentales. Así mismo, se ordene al ADRES

reembolsar todos aquellos gastos en que incurra Nueva EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, el derecho a la salud, luego el *a-quo* procede a analizar el caso en concreto.

Considero el juez de primera instancia, luego del estudio de los documentos aportados a la presente acción de tutela que el accionante padece de insuficiencia venosa, por lo que el médico tratante el 23 de noviembre de 2022 ordenó medias de compresión graduada y anti embólicas, cantidad 2, frecuencia de uso 6 meses, el tratamiento por un año. Sin embargo, la EPS las autorizó erróneamente, solo un par, elevó petición a la entidad recibiendo respuesta negando cualquier inconsistencia en la entrega del suministro médico, pues la prescripción medica indica 4 medias, es decir 2 pares.

Considerando que *“No obstante, en la orden se anotó medias de compresión graduada y anti embólicas, cantidad 2, frecuencia de uso 6, duración del tratamiento 1 año, cantidad total 4. Se observa que en la casilla de cantidad se anotó 2 sin especificar que eran dos pares, y como en la casilla de servicio complementario figura la expresión medias, se concluye que el número 2 se refiere a las medias, 2 medias para el uso de 6 meses, y como la duración del tratamiento es un año, el total de medias es cuatro”*.

Conforme lo anterior, así lo entendió la entidad accionada, y procedió a expedir las autorizaciones de conformidad con lo dispuesto por el médico tratante, pues en la casilla de cantidad no se especificó que son dos pares cada seis meses, debe entenderse que son dos medias para un semestre. Considerando la ausencia de vulneración de derechos fundamentales

invocados por el accionante, por lo tanto, negó la solicitud de amparo deprecada por el actor.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primera instancia, el demandante, impugnó la misma en los siguientes términos:

Cuestiona la determinación del juez de primera instancia en el entendido de negar el amparo solicitado dado que el médico tratante le ordenó el suministro de 4 pares de medias de compresión, desconociendo con la orden la prescripción médica para el tratamiento de su enfermedad, pues su problema de salud es en las dos piernas y debe tener un par para cambiarla mientras se asean.

En ese sentido solicita revocar el fallo de tutela de primera instancia, el cual negó la solicitud de amparo, y en su lugar se efectúe la entrega de las medias graduadas de compresión y anti embólicas, 15-20 MM HG talla L, en cantidad de 4 pares.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó el señor Gilberto Moreno Valores, la protección de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por parte de la Nueva EPS, al omitir suministrar las medias de compresión graduadas en un total de 4 pares, es decir, 2 pares cada 6 meses, tratamiento por un año. Al igual que se ordene el tratamiento integral para el diagnóstico que padece, junto a los gastos de transporte y viáticos para él y un acompañante cuando en razón de sus padecimientos le sea necesario desplazarse por fuera del municipio donde reside, y finalmente la exoneración del pago de copagos.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si la Nueva EPS, se ha sustraído de proveer al actor el suministro de las medias de compresión en la cantidad y periodicidad prescritos por el médico tratante, o, por el contrario, los hechos no revisten vulneración alguna a sus derechos fundamentales. Aunado a ello, la procedencia del tratamiento integral para las patologías padecidas por el afiliado, el suministro del transporte y viáticos para él y un acompañante cuando sea necesario su desplazamiento para asistir a las citas.

1. *El cubrimiento de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación para el paciente y un acompañante. Reiteración jurisprudencial*

4.1. Transporte. Según la Ley 1751 de 2015, artículo 6º, literal c, “(l)os servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la **accesibilidad física**, la asequibilidad económica y el acceso a la información” (Resaltado propio). En concordancia, el transporte y los viáticos requeridos para asistir a los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes, si bien no constituyen servicios médicos^[27], lo cierto es que sí constituyen elementos de acceso efectivo en condiciones dignas.

Resulta importante diferenciar entre el transporte intermunicipal (traslado entre municipios) e interurbano (dentro del mismo municipio)^[28]. En relación con lo primero, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 5857 de 2018- “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, el cual busca que “las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o las entidades que hagan sus veces, garanticen el **acceso a los servicios y tecnologías en salud bajo las condiciones previstas en esta resolución**” (Resalta la Sala).

Bajo ese entendido, dicha Resolución consagró el Título V sobre “transporte o traslado de pacientes”, que en el artículo 120 y 121 establece las circunstancias en las que se debe prestar el servicio de transporte de pacientes por estar incluido en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), con cargo a la UPC. En términos generales “el servicio de transporte para el caso de pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS y debe ser autorizado por la EPS cuando sea necesario que el paciente **se traslade a un municipio distinto al de su residencia (transporte intermunicipal), para acceder a una atención que también se encuentre incluida en el PBS**”^[29] (Resaltado propio).

Siguiendo lo anterior, en principio el paciente únicamente está llamado a costear el

*servicio de transporte cuando no se encuentre en los eventos señalados en la Resolución 5857 de 2018^[30]. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que cuando el servicio de transporte se requiera con necesidad y no se cumplan dichas hipótesis, los costos de desplazamiento no se pueden erigir como una barrera que impide el acceso a los servicios de salud prescritos por el médico tratante. Por consiguiente, “es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando **ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS**” (Negrilla fuera de texto original).*

En consideración a lo anterior se han establecido las siguientes subreglas que implican la obligación de acceder a las solicitudes de transporte intermunicipal, aun cuando no se cumplan los requisitos previstos en la Resolución 5857 de 2018:

“i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente^[31].

ii. Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.

iii. De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.

3. Del Caso en Concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez

constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

Verificando los datos suministrados en el escrito tutelar, como resultado de la búsqueda en la página web del Adres, el señor Gilberto Moreno Valoyes se encuentra activo en el régimen contributivo de la Nueva EPS.

En síntesis, reclama el actor vía constitucional le sean suministradas las medias de compresión graduada y anti embólica en cantidad de 4 pares por un año, es decir, 2 pares cada 6 meses. Además, se le suministre el transporte y viáticos para él y un acompañante cuando sea necesario para la asistencia a citas y procedimientos médicos su desplazamiento por fuera del municipio de Apartadó, sumado a la exoneración de copagos y el tratamiento integral para la patología que padece.

El juez *a-quo* negó la solicitud de amparo por no observar vulneración de derechos fundamentales, considerando que la Nueva EPS se encuentra suministrando las medias de compresión tal como fue prescrito por el médico tratante al actor. No obstante, solo se pronunció sobre un punto de las pretensiones del actor, dejando de lado los demás servicios demandados.

Así las cosas, esta Sala, entrará a definir si se cumplen con los requisitos para la procedencia de la acción constitucional.

La acción de tutela fue creada para que toda persona puede reclamar ante los jueces de la República en todo momento y lugar, bajo un procedimiento preferente y sumario la protección de los derechos fundamentales que consideren vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, no obstante, se debe de cumplir con los siguientes requisitos: (I) legitimación en la causa por activa; (II) trascendencia iusfundamental del asunto; (III) subsidiariedad; e (IV) inmediatez.

Respecto a la *trascendencia iusfundamental del asunto*, este requisito se demuestra cuando se encuentra involucrado una controversia en torno al contenido, alcance y goce de algún derecho fundamental. Pues se tiene que el juez constitucional no puede inmiscuirse en asuntos que no denoten una clara importancia constitucional, de lo contrario se involucra en asuntos que les competen a otras jurisdicciones.

La trascendencia constitucional se funda en que se debe propender por la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos ante un quebrantamiento o amenaza latente, que sea evidente la vulneración de derechos fundamentales y que en esa medida sea necesaria la intervención del Juez de tutela para conjurar tal situación. En el presente caso no se avizora vulneración de derecho fundamental alguno, por ende, no es posible dar una orden judicial y con ella cambiar la cantidad y periodicidad de los servicios médicos prescritos por el médico tratante, tal como lo exige el actor, máxime si del material probatorio no se deriva transgresión de derechos, pues la EPS no se está sustrayendo de suministrar las medias de compresión antiembólicas, solo que el actor parece no estar de acuerdo con la cantidad prescrita por el médico tratante.

Ahora, esta Sala se pronunciará frente a los demás servicios que demanda el actor y de los cuales el juez *a-quo* nada manifestó. En cuanto al suministro del transporte y viáticos para él y un acompañante, cuando sean programadas las citas y servicios médicos por fuera del municipio de residencia y requiriera desplazarse.

Respecto a lo anterior, en cuanto al pago del servicio de transporte para un acompañante la Corte Constitucional en sentencia T-259 de 2019, señaló lo siguiente:

...“transporte, alimentación y alojamiento para un acompañante. En algunas ocasiones el paciente necesita un acompañante para recibir el tratamiento médico. Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que las EPS deben costear los gastos de traslado de un acompañante cuando (i) se constate que el usuario es

“totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”; (ii) requiere de atención “permanente” para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tengan la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado^[34].”

De lo que se concluye que, no se vislumbra que el afiliado dependa totalmente de un tercero para su desplazamiento, por lo que se negará el servicio de transporte para él y un acompañante, bajo el argumento que no se demostró que requiera total asistencia de un tercero para realizar sus labores cotidianas, tampoco sobre la incapacidad económica para costear dichos gastos.

En cuanto al *tratamiento integral*, se niega dicha solicitud dado que no se demostró que la Nueva EPS se estuviese sustrayendo en sus actuaciones de suministrar los servicios médicos requeridos por el afiliado. Sucede lo mismo con la solicitud de exoneración de copagos.

En consecuencia, no le queda más a esta Sala que **CONFIRMAR Y ADICIONAR** el fallo de tutela de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) el día 22 de febrero de 2023. Se **CONFIRMA** en cuanto a la negativa del suministro de las medias de compresión antiembólicas en la cantidad y periodicidad que reclama el actor. Se **ADICIONA** la negativa de los servicios de transporte y viáticos para él y un acompañante, la exoneración de copagos, y el tratamiento integral para la patología que padece el afiliado al no evidenciarse vulneración de derechos fundamentales.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el PARÁGRAFO SEGUNDO del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Se **CONFIRMA** el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) el día 22 de febrero de 2023, en cuanto a la negativa del suministro de las medias de compresión antiembólicas en la cantidad y periodicidad solicitada por el actor. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Se **ADICIONA** al fallo de primera instancia la negativa del servicio de transporte y viáticos para él y un acompañante, la exoneración de copagos, y el tratamiento integral para la patología que padece el afilado.

TERCERO: La notificación de la presente sentencia de tutela, se realizará de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: 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: **7fae5b6c50159da45312d2e67ef39d34dedb6919f1810f3d40aaacbf43f1275a**

Documento generado en 31/03/2023 03:14:19 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 058373104001202300014

NI: 2023-0400-6

Accionante: Adianys María Hernández Polo

Accionados: Nueva EPS

Decisión: Anula

Aprobado Acta N°:49 del 31 de marzo del 2023

Sala N°: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, marzo treinta y uno del año dos mil veintitrés

VISTOS

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo (Antioquia), en providencia del pasado 14 de febrero de 2023, concedió el amparo Constitucional invocado por la señora Adianys María Hernández Polo en contra de la Nueva EPS y la Corporación Latina.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la Corporación Latina, interpuso recurso de apelación, que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de esta acción constitucional fueron relatados por el Despacho de instancia de la siguiente manera:

“ADIANYS MARÍA HERNÁNDEZ POLO, actuando en nombre propio, ejerció acción de tutela, con el fin de que fueran protegidos sus derechos fundamentales al mínimo

vital, los cuales consideró vulnerados por la Nueva EPS, por el no pago de la licencia de maternidad prescritas por el médico Alberto José López Berrio adscrito a la Clínica Zayma de la ciudad de Montería, Córdoba desde el 2 de diciembre de 2022 hasta el 06 de abril de 2023.

Refirió que desde el día 27 del mismo mes mediante derecho de petición radicó ante su EPS la cancelación por este concepto, obteniendo respuesta el 5 de enero de 2023, donde le suministran una guía de instrucción para el reclamo de su pago; como quiera que aún no se reflejaba el pago, el día 25 del mismo mes radica nueva petición que fue atendida al día siguiente, donde le hicieron saber que en la plataforma debería figurar creación de cuenta, pero en el caso, no se contaba con solicitud de cobro a nombre de esta”.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 31 de enero de la presente anualidad, ordenó la notificación a la Nueva EPS, en el mismo auto dispuso la vinculación de la Cooperativa Corporación Latina, informándoles del inicio de la misma para que realizaran las explicaciones frente a los hechos relacionados en el escrito de tutela.

El apoderado especial de la Nueva EPS, asegura que no evidencia registro de solicitud de pago de incapacidades realizado por el aportante, es decir el empleador de la accionante. Añadió lo siguiente: *“Se indica al despacho que, de acuerdo con la legislación vigente, es deber del empleador o aportante cobrar a la EPS los valores por licencias y/o incapacidades y reconocer en la periodicidad de la nómina, dichos valores a sus empleados y en ningún caso podrá trasladar esta responsabilidad a su trabajador; por ende la EPS no se encuentra facultada para proceder con el pago directamente a nombre del cotizante”.*

En consecuencia, y como no se ha realizado solicitud de pago por parte del aportante, debe decretarse la improcedencia de la presente acción de tutela.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, el derecho a la salud, luego la *a-quo* procede a analizar el caso en concreto.

Encontró la juez de primera instancia en peligro los derechos fundamentales de la actora, pues era evidente que la señora Hernández Polo cuenta con incapacidad medica por licencia de maternidad desde el día 2 de diciembre de 2022 hasta el 6 de abril de 2023 para un total de 126 días, la Nueva EPS efectuó la autorización de la licencia por maternidad N 0008555336, pero determinando allí que esta iniciaba el 23 de noviembre de 2022 y finalizaba el 28 de marzo de 2023, con un total de 126 días. Por su parte, la Nueva EPS aseguró no contar con la solicitud para el pago, siendo deber del empleador reconocer los salarios generados por licencia y/o incapacidad, para posteriormente cobrar a la EPS.

Si bien, las licencias de maternidad son reconocidas por la EPS, pero la materialización del pago recae en el empleador, quien posteriormente debe gestionar el reconocimiento ante la EPS para que esta entidad reconozca al empleador el salario reconocido en favor de la afiliada, así que es la Cooperativa Corporación Latina, como su empleador la llamada a atender el pedimento de la actora. Añadió *“Lo anterior en virtud del artículo 21 del decreto 19 de 2012 y del artículo 2.2.3.1.1 del decreto 780 de 2016, de manera que no le corresponde a la empleada hacer ninguna gestión ante la EPS, y el empleador paga directamente a la trabajadora la licencia de maternidad”*.

En consecuencia, concedió la protección del derecho fundamental al mínimo vital, ordenando a la Cooperativa Corporación Latina procediera a cancelar la licencia de maternidad a la señora Adianys María Hernández Polo.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primera instancia, representación legal de la Corporación Latina, impugnó la misma en los siguientes términos:

Cuestiona el fallo de tutela de primera instancia pues carece de fundamento, de indebida notificación de las partes, falta de legitimación en la causa por pasiva, de violación al debido proceso.

Demanda la errónea notificación del auto admisorio del día 14 de febrero de 2023, se vinculó a la Cooperativa Corporación Latina, notificando al correo electrónico de la Corporación Latina, sin allegar un número de identificación sobre la entidad a quien va dirigida, siendo estas dos entidades totalmente diferentes en su razón social. Por ende, existe falta de legitimación en la causa por pasiva.

En cuanto a la violación al debido proceso, teniendo en cuenta que el auto que vincula le concede 2 horas para pronunciarse al respecto, tiempo que se torna insuficiente para emitir la respuesta, por lo que considera vulnerado gravemente el derecho al debido proceso, además por que el fallo de tutela es del mismo día, es decir el 14 de febrero de 2023.

Reclama que se esta condenado a la entidad que representa a efectuar un pago que no le corresponde.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Corporación observa que si bien en la acción tutela rige el principio de informalidad, éste no es absoluto y es necesario satisfacer ciertos presupuestos básicos para evitar una decisión que no proteja los derechos fundamentales, entre ellos la integración de la causa pasiva.

Al respecto la Corte Constitucional en auto 287 del 06 de junio del 2019, señaló:

“Debida integración del contradictorio en sede de tutela. Reiteración de jurisprudencia”

“5. Llegado a este punto, es importante resaltar que la jurisprudencia constitucional, de forma unívoca y consistente, señala que la falta de integración del contradictorio en tutela, no implica de entrada retrotraer la actuación judicial hasta su inicio. En algunos casos, un proceder semejante puede comprometer “desproporcionadamente los derechos fundamentales del respectivo accionante”[55].

“Si bien se ha estimado que, sin lugar a dudas, la falta de notificación de las decisiones en tutela, y específicamente del auto admisorio de la demanda, compromete el debido proceso de quien no fue enterado de las determinaciones del juez y de la existencia del proceso, y que ello impone la declaratoria de nulidad de lo actuado en el proceso; en sede de tutela ello no opera en forma automática, dados los bienes jurídicos que están en juego[56] y en atención a “los principios de economía y celeridad procesal que guían el proceso tutelar”[57].”

“6. En suma, ante la falta de notificación de las partes o de terceros con interés legítimo en el proceso de tutela, en sede de revisión existen dos opciones[58]. La Sala de Revisión puede optar, bien por (i) devolver el proceso a la primera instancia para efecto de que se rehaga el proceso o bien, (ii) en virtud de la urgencia de la protección constitucional y ante una situación que a primera vista pueda considerarse apremiante, por vincular directamente a quien no fue llamado al proceso.”

“La segunda opción, que se orienta por la vinculación en sede de revisión, implica que las personas vinculadas renunciarían a su derecho a controvertir la decisión que se adopte, sea o no desfavorable a ellas. Bajo esa perspectiva, la Corte ha sostenido que, de asumir esta postura, las distintas salas de revisión deben obrar conforme lo normado en el artículo 137 del C.G.P. y advertir la nulidad, junto con la posibilidad de que las personas vinculadas decidan si es de su interés proseguir con el trámite, o

reclamar la reiniciación del mismo con el objetivo de lograr participar en él y fortalecer el debate ante los jueces de instancia.”

“Esta postura ha sido reiterada en múltiples pronunciamientos que destacan, como lo recordó el Auto 281A de 2010[59], que el uso excepcional de la vinculación directa en sede de revisión implica que las circunstancias de hecho lo ameriten.”

“7. Cuando la persona vinculada solicita la nulidad, en resguardo de su derecho al debido proceso, resulta imperioso remitir el expediente a la sede judicial de primera instancia para que se surta, nuevamente, el trámite de instancia y se asegure la comparecencia de quien no había sido convocado al proceso y no pudo materializar su derecho a la defensa[60]. Lo anterior en el entendido de que, aun en los eventos en los cuales es urgente la protección constitucional, el debido proceso es una garantía que no puede ser restringida a los sujetos involucrados en el proceso constitucional de tutela[61].”

Es así, como cuando durante el proceso de tutela la causa pasiva ha sido integrada incorrectamente o una parte con un interés legítimo no ha sido notificada, la Corte Constitucional ha encontrado que se configura una causal de nulidad del proceso de tutela y ha considerado que el procedimiento adecuado consiste en devolver el expediente al juez de instancia, con la finalidad que subsane el vicio y se integre correctamente el contradictorio.

En el presente caso una vez revisada la actuación, se observa que, la acción de tutela se dirigió en contra de la Nueva EPS, pero culminando el trámite ordenó vincular a la Cooperativa Corporación Latina y ordenarle el pago de la licencia reclamada, entidad sobre la cual no se tiene certeza de que sea el empleador de la demandante, esto derivado del material probatorio, y sin más, la juez primigenia direcciona la responsabilidad en dicha entidad en detrimento de los derechos de contradicción y defensa; pues debe tenerse en cuenta que el auto que vincula es del 14 de febrero, concediéndole a la entidad vinculada el término de 2 horas para pronunciarse frente al requerimiento efectuado, y el fallo de tutela es de la misma calenda, empero, en el escrito de impugnación, la entidad que se vinculó, asevera no ser la entidad obligada, pues no es

empleador de la demandante surgiendo duda en cuanto a la entidad responsable del pago, lo que debe hacerse sin premura alguna. Tornándose el trámite constitucional viciado.

Bajo ese escenario, una vez auscultado el trámite constitucional, se advierte que el juzgado primigenio omitió vincular en debida forma al empleador de la señora Adianys María Hernández Polo, el cual puede verse inmiscuido en las resultas de la presente acción de tutela, al igual, para establecer las presuntas faltas presentadas en el trámite que demanda la entidad vinculada.

Conforme a lo mencionado con antelación, concurre un impedimento para que esta Sala se pronuncie de fondo en el tema propuesto. Por tanto, se hace necesario efectuar las vinculaciones debidas, estableciendo responsabilidades sin detrimento al derecho de defensa y contradicción.

Por las razones expuestas anteriormente, se decretará la nulidad de la actuación viciada, que en este preciso caso es la que se surtió a partir del auto proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo el pasado 31 de enero de 2023, dejando a salvo las pruebas que obran en el expediente, con la finalidad de que se integre correctamente la causa pasiva en el proceso de la referencia.

Así las cosas, se dispondrá la remisión inmediata del asunto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo (Antioquia), para que en su lugar imprima el trámite correspondiente.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el PARÁGRAFO SEGUNDO del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado, a partir del auto proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo (Antioquia), el pasado 31 de enero de 2023, con excepción de las pruebas practicadas conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordena remitir las presentes diligencias de inmediato al Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo (Antioquia), para que imprima el trámite correspondiente.

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: **b9db61a3847294a0851913c8cdd6882859adf07ee0e75a9c6f67222fcd6c4874**

Documento generado en 31/03/2023 04:36:03 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: 050002204000202300128

NI: 2023-0461-6

Accionante: Luis Enrique Isaza Quintero

Accionados: Fiscalía 120 Seccional de Sonsón (Antioquia)

Decisión: Niega

Aprobado Acta No.: 49 marzo 31 del 2023

Sala

No.: 06

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, marzo treinta y uno del año dos mil veintitrés

VISTOS

El señor Luis Enrique Isaza Quintero, solicitó protección Constitucional a sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por parte de la Fiscalía 120 Seccional de Sonsón (Antioquia).

LA DEMANDA

Indica el señor Luis Enrique Isaza Quintero, que el 25 de noviembre de 2022 presentó denuncia penal ante la Fiscalía Seccional de Sonsón por el presunto delito de fraude a resolución judicial, el delegado fiscal designado solicitó a la Inspección de Policía de Sonsón, suministrar el expediente del proceso verbal abreviado por presunta perturbación a la posesión, procedimiento que se llevó a cabo dado que el señor Julián Alberto Naranjo Galvis realizó una modificación del camino sin autorización alguna y causando labores invasivas en su predio, transgrediendo su derecho a la propiedad.

El 12 de enero de 2023 la fiscalía le comunica sobre el archivo de la denuncia por fraude a resolución judicial en contra del señor Julián Alberto Naranjo Galvis, determinación frente a la cual interpuso recurso de apelación, recibiendo una negativa dado que la orden de archivo no es susceptible de recurso alguno.

Como pretensión constitucional insta por la protección a sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, en ese sentido se reasigne el caso a otro fiscal o se imponga sanción al funcionario judicial para que modifique la decisión de archivo de la denuncia.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la demanda el pasado 22 de marzo de la presente anualidad, se dispuso notificar a la Fiscalía 120 Seccional de Sonsón (Antioquia) y la Fiscalía General de la Nación, en el mismo auto se ordenó la vinculación de la Alcaldía Municipal de Sonsón, la Inspección de Policía de Sonsón, Personería Municipal de Sonsón, al señor Julián Alberto Naranjo Galvis, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sonsón y al Juzgado Civil del Circuito de Sonsón (Antioquia).

La Dra. Luz Stella Agudelo Ochoa Fiscal 120 Seccional de Sonsón (Antioquia), señaló que, una vez estudiadas las diligencias remitidas por la Inspección de Policía de Sonsón, logró establecer que no se configuraba la conducta descrita en el artículo 454 del C.P., dado que el señor Julián Alberto Naranjo Galvis, se encontraba cumpliendo de manera parcial con lo ordenado en la resolución 035 de fecha 30 de junio de 2022. Añadió que *“Es así entonces que al existir constancia que el cumplimiento parcial que en la actualidad persiste se debe a que los taludes con altas pendientes de inclinación y pendientes negativas no pueden ser realizadas de manera manual, porque para ello se requiere el ingreso de maquinaria pesada al predio y ello, no ha sido autorizado por el señor LUIS ENRIQUE ISAZA QUINTERO, quien se niega a permitir el uso de dicha maquinaria. En igual sentido, se verifico dentro del diligenciamiento que el*

señor JULIAN ALBERTO, ha venido cumpliendo con lo ordenado por la inspección de policía y confirmado por la Alcaldía Municipal, no se observa que se haya sustraído por al algún medio a desacatar las diferentes resoluciones administrativas, que ha evacuado de acuerdo con las constancias que existen en el expediente las recomendaciones que se le han indicado de manera puntual por las autoridades ambientales, así como lo que le fue ordenado por la inspección de policía municipal”.

Así que, el 9 de noviembre del año 2022, se reunieron las partes, con el fin de llegar a una conciliación, pero no se llegó a ningún acuerdo, pues las condiciones del actor al señor Julián Naranjo, se tornaron imposibles de efectuarlas de manera manual, requiriendo de maquinaria amarilla. Además, las actividades que consideraba el actor perturbadoras fueron suspendidas, y es el accionante quien no ha permitido el cumplimiento.

Señala que ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal, se adelanta proceso verbal servidumbre de tránsito, donde constan como demandantes los señores Julián Alberto Naranjo Galvis, Luis Fernando Arias Loaiza Y Gloria Elena Cano Arango y demandados Luz Elena Cifuentes León y Luis Enrique Isaza Quintero.

En consecuencia, el 12 de enero de 2023, archivó las diligencias, decisión notificada al actor y al Personero Municipal, si bien, el 25 de enero de 2023 recibió recurso de apelación, en la misma fecha se le informó al actor que la decisión de archivo no es objeto de recurso alguno. En todo caso, señala que la decisión de archivo se efectuó dado el estudio detallado de las diligencias, respetando los derechos fundamentales de las partes.

El señor Julián Alberto Naranjo Galvis, asiente que el día 19 de mayo de 2022 emprendieron trabajos para ampliación de camino veredal, trabajo que se inició con licencia otorgada por planeación municipal, al igual también fueron suspendidos mediante resolución de inspección de policía N 035 de 2022.

Desmiente que aún se continúan realizando acciones ilegales e invasivas, pues fueron suspendidas desde el mes de mayo de 2022.

Además, que el 10 de junio de 2022 mediante resolución RE 02195-2022 expediente 057560340265 Cornare le impone una medida preventiva adoptando determinaciones al respecto, medida que se levantó el 6 de diciembre de 2022 por medio del radicado RE-04791-2022 expediente 057560340265 dado a que se cumplieron dichos requerimientos.

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sonsón (Antioquia), manifiesta que el 4 de octubre de 2022 le fue asignado por reparto acción constitucional promovida por el actor en contra de la Inspección de Policía, la Alcaldía Municipal de Sonsón y Cornare, el 18 de octubre declaró la improcedencia de la acción de tutela, manifestando el actor inconformismo, el Juzgado Civil del Circuito de Sonsón revocó el fallo de primera instancia, amparando el derecho de petición, ordenando a la Inspección de Policía Municipal procediera a dar respuesta de fondo y concreta a la petición de la accionante.

Posteriormente, el 26 de enero del 2023 el actor radicó incidente de desacato al fallo de tutela y el 16 de febrero sancionó a la señora Marcela Henao Escobar Inspectora de Policía de Sonsón. Finalmente asegura que ese despacho no ha vulnerado garantía fundamental alguna al actor.

El Dr. Alaix Cuervo Montoya Personero Municipal de Sonsón, cuestiona lo pretendido por el actor por medio de la presente acción de tutela, ante la existencia de otros mecanismos judiciales para resolver su petición.

El Juzgado Civil del Circuito de Sonsón (Antioquia), en oficio 139 del 24 de marzo de 2032, conoció la segunda instancia de la tutela proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sonsón, y la consulta de la sanción impuesta al Inspector de Policía de Sonsón, decidiendo revocar la sanción al considerar que había cumplido con la orden judicial.

El Dr. Edwin Andrés Montes Henao Alcalde del Municipio de Sonsón, resalta la subsidiariedad de la acción constitucional, y que ese despacho no ha vulnerado derecho fundamental alguno al actor, configurándose la falta de legitimación en la causa por pasiva.

La Inspectora de Policía de Sonsón (Antioquia), manifiesta conocer los hechos constitutivos que reprocha el actor, aun así, manifiesta que no se pronunciará frente al requerimiento efectuado en la presente acción constitucional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017, que modificara el Decreto 1069 de 2015 y el decreto 333 de 2021 respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

2. Solicitud de amparo

El señor Luis Enrique Isaza Quintero, solicita el amparo constitucional de sus derechos constitucionales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por la Fiscalía 120 Seccional de Sonsón (Antioquia), en su determinación de archivar la denuncia identificada con código único de investigación 057566000349202250029 interpuesta por el presunto delito de fraude a resolución judicial, y en su lugar, se reasigne el caso a otro delegado fiscal para que continúe con la investigación.

3. De la naturaleza de la acción

La acción de tutela se ha establecido como el mecanismo por excelencia ágil y eficaz de defensa de los derechos constitucionales fundamentales, frente a las amenazas o agresiones de las que sean objeto por acción u omisión de

cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

4. 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 Luis Enrique Isaza Quintero, que protesta ante la Fiscalía 120 Seccional Sonsón, cuestionando su determinación de archivo de la denuncia por él interpuesta

en contra del señor Julián Alberto Naranjo Galvis, y en ese sentido se reasigne el caso a otro delegado fiscal que lleve a cabo la investigación por el presunto delito de fraude a resolución judicial.

Frente al tema del archivo de la denuncia la ley 906 de 2004 en su artículo 79 preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 79. ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS. <Artículo *CONDICIONALMENTE* *exequible*> Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.

Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal.”

Así las cosas, esta Sala, entrará a definir si se cumplen con los requisitos para la procedencia de la acción constitucional.

La acción de tutela fue creada para que toda persona puede reclamar ante los jueces de la República en todo momento y lugar, bajo un procedimiento preferente y sumario la protección de los derechos fundamentales que consideren vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, no obstante, se debe de cumplir con los siguientes requisitos: (I) legitimación en la causa por activa; (II) trascendencia iusfundamental del asunto; (III) subsidiariedad; e (IV) inmediatez.

Respecto a la *trascendencia iusfundamental del asunto*, este requisito se demuestra cuando se encuentra involucrado una controversia en torno al contenido, alcance y goce de algún derecho fundamental. Pues se tiene que el juez constitucional no puede inmiscuirse en asuntos que no denoten una clara importancia constitucional, de lo contrario se involucra en asuntos que les competen a otras jurisdicciones.

La trascendencia constitucional se funda en que se debe propender por la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos ante un quebrantamiento o amenaza latente, que sea evidente la vulneración de derechos fundamentales y que en esa medida sea necesaria la intervención del Juez de tutela para conjurar tal situación.

Frente a los requisitos generales, relativo al carácter subsidiario de la acción de tutela, al efecto y conforme al requisito de la *subsidiariedad*, el cual se establece cuando el accionante para la protección de sus derechos fundamentales no dispone de otro medio de defensa judicial, a no ser, que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; pues al existir otros medios judiciales idóneos y eficaces para la protección de esos derechos, este requisito se desvanece. Consecuente con lo anterior, un medio judicial es idóneo cuando es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales.

Recuérdese que esta acción es de carácter residual y subsidiaria y solo procede ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa, a menos que se invoque de manera transitoria para conjurar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, quebranto que debe ser aducido por quien acciona.

En ese sentido se precisa que el demandante, al considerar vulnerados sus derechos, y al pretender cuestionar la orden de archivo de la denuncia por él interpuesta por el presunto punible de fraude a resolución judicial, existe otro medio para la defensa judicial del derecho invocado, esto es, puede acudir ante el juez de control de garantías para solicitar el desarchivo de la misma. Además, según lo manifestado por el delegado fiscal, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Sonsón se adelanta proceso verbal servidumbre de tránsito, como demandantes los señores Julián Alberto Naranjo Galvis, Luis Fernando Arias Loaiza y Gloria Elena Cano Arango, y como demandados Luz Elena Cifuentes León y Luis Enrique Isaza Quintero.

Es por esto que no existen motivos que hagan evidente la vulneración de derechos fundamentales y que en esa medida sea necesaria la intervención del Juez de tutela para conjurar tal situación y ahora como si la acción de tutela fuera una instancia procesal, pretende el quejoso que se revise tal pronunciamiento, cuando tiene otros medios de defensa judicial para debatir lo pretendido por medio de la presente acción de tutela. Pues recuérdese que la decisión de archivo de la denuncia es discrecional del fiscal delegado, al analizar cada caso concreto, por lo cual además tiene el mecanismo de defensa judicial idóneo establecido en la ley para obtener lo pretendido por medio de la presente acción de tutela, máxime si no se avizora latente vulneración de derechos fundamentales.

Así las cosas, resulta que no es evidente el quebrantamiento a los derechos fundamentales invocados por el señor Luis Enrique Isaza Quintero, por ende, no le queda más a esta Sala que **NEGAR** las pretensiones invocadas por el accionante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, sede Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Luis Enrique Isaza Quintero, en contra de la Fiscalía 120 Seccional Sonsón (Antioquia), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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: **4ce900f5981d41b593edc29a2bc1a6c275e094478cc018fc03bbbcd2c4570bb3**

Documento generado en 31/03/2023 04:36:13 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta No. 28 del 23 de marzo de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Fiscalía
Tema	Valoración probatoria – Razón suficiente para condenar
Radicado	05-579-4089-002-2021-00084 (N.I.2023-0117-5)
Decisión	Revoca y condena

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto la por fiscalía en contra de la sentencia absolutoria de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Puerto Berrío - Antioquia en favor de Leidy Milena Garzón Arias.

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral primero del C.P.P. ley 906 de 2004.

HECHOS

El día domingo 19 de enero del 2020, en el establecimiento de comercio “Fonda del Caballo” ubicado en el municipio de Puerto Berrío Antioquia, se encontraba la señora Manuela Toro Ospina, lugar donde además departían su expareja sentimental Adrián Fernando Velilla con otros amigos, entre ellos, Leidy Milena Garzón Arias. Manuela Toro lanzó un cubo de hielo contra su expareja, pero éste hizo blanco en la humanidad de la señora Garzón Arias quien lanzo un vaso de vidrio impactando a la señora Toro Ospina.

Este hecho tuvo como consecuencia en la integridad personal de la víctima: lesión en cavidad oral, laceración de mucosa interna de labio superior de dos centímetros aproximadamente sin equimosis y sangrado activo al momento luxación obstructiva del 11 con aumento de la sensibilidad del 11 al 23 con 7 días de incapacidad”

LA SENTENCIA

El 11 de enero de 2023, luego de finalizada la audiencia de juicio oral y de conformidad con el sentido de fallo anunciado, el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Puerto Berrío - Antioquia profirió fallo absolutorio en favor de LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS.

A efectos de sustentar su decisión, el Juez ofreció las siguientes razones:

En realidad, lo que se ventiló en juicio no fue más que un cúmulo de dudas de donde no se puede extraer la responsabilidad en un delito

de lesiones de la procesada. No quedaron demostradas las lesiones recibidas por la víctima, quien no compareció al juicio a declarar ni a medicina legal para determinar el grado de las secuelas generadas por la lesión.

Informó que con la testigo Claudia María Velilla, la fiscalía no concretó si ella vio los hechos, solo se supo que estaba en el lugar; no existe prueba que ella hubiese visto lanzando el vaso a la acusada; incluso en principio habló de una copa. No se le indagó a la testigo si desde donde ella estaba situada podía observar a la victimaria. Se contradijo en el día exacto que acompañó a la víctima al médico. Tales generan dudas acerca del actuar de la acusada.

El testimonio de Adrián Velilla Suarez solo informó que estaba al lado de la victimaria ,pero no vio el momento en que ésta lanzó el objeto contra la víctima, solo se percató cuando emanaba sangre de su boca. Esta versión suma incertidumbre respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como se dieron los hechos y sobre todo quién sería la persona responsable de los mismos.

Por último, estima que la fiscalía realizó lo posible para probar su teoría del caso, sin embargo, los testigos presenciales que llevo al juicio, no le aportaron nada diferente al proceso que dudas significativas respecto del verdadero responsable de los hechos.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la fiscalía presentó oportunamente recurso de apelación. Informó lo siguiente:

Se logró probar con la declaración de Claudia María Velilla Suarez que ella y Manuela Toro Ospina, llegaron juntas a la Fonda el Caballo en

horas de la noche. Luego de permanecer un tiempo allí Manuela, al ingresar a la parte administrativa del establecimiento y percatarse de la presencia de Adrián Fernando Velilla Suarez, le lanzó un hielo que hizo blanco en la humanidad de LEIDY MILENA GARZON ARIAS y ésta, no otra persona, reaccionó lanzándole un vaso, sin detenerse si quiera a considerar las consecuencias que podría causar. El vaso impactó con suficiente puntería y violencia en la boca de Manuela Toro Ospina a quien le causó la lesión que padeció y que se acreditó con el informe pericial forense de lesiones no fatales.

Informa que la maniobra realizada por cada una de las actrices fue vista por la testigo Claudia María Velilla Suarez como lo advierte en su declaración. La luz existente en el lugar fue suficiente para ver la forma como se desarrollaron los hechos. La testigo fue precisa en indicar que al interior del establecimiento con la luz de colores navideños y la luz que emanaban de las neveras permitían observar con suficiente claridad lo que sucedió, siendo testigo directo de los hechos que dejaron el resultado antijurídico que afectó la salud y la integridad física de Manuela Toro Ospina. Por ello no entiende el por qué se concluye que esta testigo: *“no concreta si ella vio o no vio los hechos, solo se estableció que estaba en el lugar de los mismos, no existe prueba que ella hubiese visto lanzando el vaso a la acusada, es más en principio hablo incluso de una copa”*.

Confrontado ese testimonio con la declaración de Adrián Fernando Velilla Suarez se tiene que entre el bar o zona administrativa y la zona VIP en la que éste se encontraba al lado de LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS tan solo hay 3 o 4 metros y no se informó que fuera un cuarto oscuro. La luz que existe en el establecimiento entre el bar y la zona VIP le permitió observar con detalles a Claudia María Velilla Suarez lo narrado por ella, le permitió ver con facilidad a Manuela Toro Ospina para lanzarle el hielo a Adrián Fernando Velilla Suarez, y a LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS reaccionar con puntería cuando lanzó el vaso contra

la cara de la víctima. La reacción de LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS en lanzarle el vaso a Manuela Toro Ospina evidencia entre ese grupo que fue ella y no otra persona.

Finalmente cuestiona la valoración que realizó el Juez de instancia frente a la tardía valoración pericial de la lesión de la víctima. Afirma que de la información obtenida y el examen a la víctima se pudo determinar su lesión en región bucal y su incapacidad que para el caso se determinó solo la provisional porque la incapacidad definitiva no fue posible ya que la víctima cambió su domicilio fuera del país. Sin embargo, existe un dictamen con incapacidad provisional que evidencia la existencia de una lesión y sobre ella gravitó la acusación.

Advierte que, si bien es cierto, la recepción del testimonio de Manuela Toro Ospina víctima y testigo directo, era importante, los elementos de prueba que fueron arimados fueron suficientes para acreditar la responsabilidad de la investigada, pues no existe tarifa legal. La testigo Claudia María Velilla Suarez fue suficientemente clara para la Fiscalía en su relato fue testigo con el que compromete seriamente la responsabilidad penal de LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS en los hechos que le fueron enrostrados.

Solicita sea revocada la absolución y en su lugar se dicte sentencia condenatoria en contra de LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS.

CONSIDERACIONES

La Sala adelanta la conclusión de que la sentencia de primera instancia será revocada. Contrario a lo definido por el Juez, se colmó el requisito probatorio para proferir sentencia condenatoria en contra de LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS. En primer lugar, se dejará establecida la

materialidad de la conducta, para luego centrarnos en la valoración probatoria frente a la responsabilidad de la procesada.

- La calificación jurídica establecida por la fiscalía en contra de la procesada fue de lesiones dolosas con una incapacidad que no superó los treinta (30) días, artículos 111 y 112 inciso 1º del Código penal. No era necesario que la víctima acudiera a Medicina Legal a definir secuelas, o un grado mayor de incapacidad, bastaba mínimamente con probar la lesión que concordara con los hechos ocurridos en la noche del 19 de enero de 2020 para dar por probada la materialidad de la conducta imputada.

En medio de la practica probatoria, mediante informe pericial de clínica forense número 055790220102-00023-2020 del 29 de enero de 2020 emitido por el doctor Javier Molina Castillo, se estipuló el hallazgo establecido referente a la lesión sufrida por la señora Manuela Toro Ospina y se dio como probado el siguiente hecho: *“lesión en cavidad oral, presenta laceración de mucosa interna de labio superior de dos centímetros aproximadamente sin equimosis y sangrado activo al momento luxación obstructiva del 11 con aumento de la sensibilidad del 11 al 23 (...) con 7 días de incapacidad profesional (...)”*¹

Como se verá más adelante, el hallazgo estipulado con la valoración realizada por el médico forense, concuerda con lo informado por los testigos, quienes indicaron haber visto a Manuela Toro Ospina - sangrando - luego del impacto recibido por cuenta de la procesada la noche del 19 de enero de 2020. Le asiste razón al recurrente frente a la determinación de la lesión, pues lo que pretendió probar la fiscalía fue la materialidad de unas lesiones dolosas con una incapacidad que no superó los treinta (30) días, artículos 111 y 112 inciso 1º del Código penal, sin que sea necesario determinar un grado de incapacidad mayor, o secuelas provocadas, como lo reprochó el Juez de instancia,

¹ Record 08:50:00 en adelante, “125VideoReconstruccionAudiencia”.

frente a un posible desentendimiento de la víctima al no acudir a Medicina Legal.

- La base esencial para probar la responsabilidad de la procesada parte de la declaración de la testigo Claudia María Velilla Suarez. Cuestiona el recurrente la valoración probatoria realizada por el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Puerto Berrío Antioquia, al informar que la testigo *“no concreta si ella vio o no vio los hechos, solo se estableció que estaba en el lugar de los mismos, no existe prueba que ella hubiese visto lanzando el vaso a la acusada, es más en principio hablo incluso de una copa”*. Siendo imposible más allá de toda duda razonable determinar la responsabilidad penal de LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS.

Las premisas que se ofrecieron en la sentencia de primera instancia en relación con la responsabilidad penal de la procesada, no constituyen duda razonable. Por el contrario, existe *razón suficiente*² para dar por probada la teoría del caso de la fiscalía.

No obstante, el Juez le restó merito suasorio a la declaración de la testigo debido a varios factores: I) no fue posible determinar la distancia entre la testigo Claudia María Velilla Suarez y la procesada que permitiera esclarecer la visibilidad que tuvo para presenciar los hechos; ii) la testigo Claudia María Velilla Suarez en su declaración habla de un vaso y luego de una copa; iii) Claudia María Velilla Suarez se contradijo en el día que acompañó a la víctima al centro médico debido a la lesión sufrida esa noche.

² CSJ Penal radicado 33837 de 2015 M.P. Fernández Carleir. “La Sala, en sentencias como CSJ SP, 13 feb. 2008, rad. 21844, y CSJ SP, 12 sep. 2012, rad. 36824, ha definido al principio de razón suficiente como «aquel que reclama, en aras de reconocer el valor positivo de verdad de un enunciado, un motivo apto o idóneo para que ello sea así y no de cualquier otra forma». En otras palabras, es el que «alude a la importancia de establecer la condición –o razón– de la verdad de una proposición» o «a la aserción que requiere de otra para ser reconocida como válida».

Esa información resulta poco trascendente frente a los hechos jurídicamente relevantes narrados por la fiscalía. Veamos:

I) Los motivos que ofrece el Juez no son suficientes para restarle credibilidad a la declaración de la testigo respecto a la visibilidad que tuvo, por el contrario, ella destacó que se encontraba esa noche con la víctima y el lugar tenía buena iluminación. No se determinó que, desde el punto donde ella se encontraba estuviera limitada visualmente para percibir los hechos, y más importante aún, la lesión ocurrió dentro de un local comercial, no había un número excesivo de personas departiendo en el lugar, y la distancia entre ellas no era extensa para inferir una imposibilidad de percibir lo que ocurrió como lo determinó el Juez de primera instancia.³

Lo cierto es que, Claudia María Velilla Suarez fue clara al indicar que la noche del 19 de enero de 2020 se encontraba en la Fonda el Caballo con Manuela Toro, y que esta, -ingresó a la administración tiró un hielo donde se encontraba Adrián y le cayó a LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS, y esta, le respondió lanzándole un vaso-.⁴ Luego, informó que -después de los hechos se fueron para la casa y de ahí al hospital porque estaba sangrando mucho.-⁵

ii) Ahora, no se comprende la trascendencia sustancial sobre la falta de claridad del objeto específico lanzado (vaso o copa). No hay duda que la testigo presencié a la agresora lanzando un objeto contundente en contra de la integridad de la víctima, con el que resultó lesionada, con lo que sangró por el impacto recibido en la boca, y que tal agresión concuerda con la valoración médico forense que causó una incapacidad médica provisional de siete días.⁶

³ Claudia María Velilla Suarez Informó en juicio que: "*Estaba a 4 o 5 metros de la señora Manuela. Había por ahí 10 o 15 personas*" Record 23:13 a 25:58 minutos, audiencia juicio oral del 5 de septiembre de 2022 "094videomp4"

⁴ Record 12:06 a 12:45, audiencia juicio oral del 5 de septiembre de 2022 "094videomp4"

⁵ Record 25:30 a 25:58 minutos, audiencia juicio oral del 5 de septiembre de 2022 "094videomp4"

⁶ Record 08:50:00 en adelante, "125VideoReconstruccionAudiencia".

iii) Frente a la posible contradicción de la testigo en el día exacto que acompañó a la víctima al centro médico: esto pudo deberse al tiempo que trascurrió entre la ocurrencia de los hechos y la declaración de la testigo en el juicio.⁷ Lo cierto, es que es un hecho posterior y diverso al y que prometió probar la fiscalía, situación que no tiene relevancia para establecer la responsabilidad de la procesada.

Es razonable que la testigo lograra percibir lo que narró, las involucradas son personas de su núcleo familiar y social,⁸ por tanto, no tuvo dificultad alguna para establecer los sujetos, identificando la agresora y la víctima. Además, Claudia María Velilla Suarez indicó que luego de que LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS le lanzara el objeto a Manuela Toro Ospina, iniciaron las discusiones entre ellas.⁹ No hay otra explicación por la cual Manuela Toro Ospina y LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS discutieran luego del lanzamiento del objeto, de no haber sido porque fueron las directas involucradas en los hechos.

Le asiste razón al recurrente. No existe duda que la testigo Claudia María Velilla Suarez presencié los hechos, pues situación contraria no fue determinada en juicio.

Ahora, expuso la fiscalía que la declaración de Adrián Velilla Suarez apunta a brindar más firmeza a lo dicho por Claudia María Velilla Suarez. Veamos:

El testigo informó que presencié los hechos; que en la noche del 19 de enero de 2020 se encontraba en la Fonda del Caballo, -todo fue muy

⁷ Trascurrieron más de dos años desde la ocurrencia de los hechos y la practica probatoria en juicio. Los hechos datan del 19 de enero de 2020 y la declaración se dió el 5 de septiembre de 2022.

⁸ Quedó probado en Juicio que Manuela Toro Ospina es la madre del sobrino de la testigo. También que conocía a Leidy Milena Garzón Arias porque es comerciante del pueblo y hace un tiempo tuvo un disgusto con ella. Record 08:27 a 18:25 minutos, audiencia juicio oral del 5 de septiembre de 2022 "094videomp4"

⁹ Record 17:05 en adelante, audiencia juicio oral del 5 de septiembre de 2022 "094videomp4"

rápido-; se encontraba al lado de LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS en un lugar del establecimiento y Manuela Toro Ospina llegó con su hermana Claudia María Velilla Suarez y se ubicaron en la parte administrativa del establecimiento.¹⁰ Vio el momento en que Manuela Toro Ospina tenía la boca reventada: “hasta donde sé Manuela Toro Ospina lanzó un hielo hacia donde estaba y le cayó a LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS, en ese momento Leidy Garzón le lanzó un vaso o una copa nose, y ya fue cuando vi a la muchacha echando sangre”.¹¹ El Juez le restó valor a la declaración del testigo, debido a que, a pesar de haber informado que estuvo sentado al lado de la procesada, cuando fue conainterrogado por la defensa, dijo no haber visto el momento exacto en que Manuela Toro Ospina fue lesionada.¹²

A pesar de lo informado en el conainterrogatorio, Adrián Velilla Suarez sí fue testigo directo de los hechos como lo manifestó inicialmente,¹³ es posible inferir que al momento de ser conainterrogado puntualmente frente a la responsabilidad de LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS, se abstuvo de ser más explícito en el señalamiento que ya había efectuado. Tal actitud es apenas normal debido a que, como lo expresó en el juicio, tiene una amistad con la procesada.¹⁴

Véase que, de ambas declaraciones se logra extraer que los testigos presenciaron los hechos objeto de acusación, y comparados los testimonios se da como probado lo siguiente:

- Manuela Toro Ospina y LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS se encontraban la noche del 19 de enero de 2020 en la Fonda del Caballo al momento de los hechos.

¹⁰ Record 32:00:00 en adelante, audiencia juicio oral del 5 de septiembre de 2022 “094videomp4”

¹¹ Record 38:40:00 en adelante, audiencia juicio oral del 5 de septiembre de 2022 “094videomp4”

¹² Record 45:00:00 en adelante, audiencia juicio oral del 5 de septiembre de 2022 “094videomp4”

¹³ Record 38:30:00 en adelante, audiencia juicio oral del 5 de septiembre de 2022 “094videomp4”

¹⁴ Record 31:09:00 en adelante, audiencia juicio oral del 5 de septiembre de 2022 “094videomp4”

- Al momento de los hechos, Manuela Toro Ospina se encontraba acompañada de la testigo Claudia María Velilla Suarez, y LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS del testigo Adrián Velilla Suarez.
- Manuela Toro Ospina lanzó un hielo donde se encontraba Adrián Velilla, y LEIDY GARZÓN ARIAS lanzó un objeto a Manuela Toro Ospina por la acción inicial de esta.
- Manuela Toro Ospina fue lesionada por la acción de la procesada LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS, tanto así, que fue observada sangrando.
- Inmediatamente se presentó una discusión entre víctima y acusada.

Además de lo anterior, se tiene que la procesada se encontraba acompañada del padre del hijo de la víctima, siendo este, un motivo más para que iniciara la rencilla entre ambas, la cual, como se observó, terminó con un acto desmedido por parte de la procesada LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS.

Como se informó en la parte inicial de las consideraciones, el Juez acudió a circunstancias insustanciales omitiendo realizar una valoración probatoria conjunta de las pruebas que, como se ha visto, corroboraron la propuesta de los hechos jurídicamente relevantes

Más explícitamente, las circunstancias de la distancia entre las partes, la fecha exacta en que fue valorada Manuela Toro Ospina, o la determinación exacta del objeto lanzado a la víctima, no cobran mayor relevancia, ponderadas frente al señalamiento directo realizado por Claudia María Velilla Suarez que concuerda con lo informado por Adrián Velilla Suarez frente a la responsable del hecho que soporta la materialidad de la conducta. Véase que existió una agresión previa

que terminó en una discusión entre las involucradas, unos testigos que sin duda estuvieron allí y unas señales corporales de lo sucedido, con concordancia de tiempo modo y lugar.

De esta manera la propuesta fáctica de la fiscalía, se consolida en una *hipótesis con el grado de confirmación suficiente* para colmar el estándar probatorio de conocimiento más allá de toda duda acerca de la ocurrencia del hecho y la responsabilidad de la acusada, **sin que se vislumbre la existencia de una mejor hipótesis a la presentada por el ente acusador como lo quiso hacer ver el Juez de instancia**, asistiéndole razón en su motivo de alzada a la fiscalía, por cuanto lo probado en juicio fue suficiente para derivar la responsabilidad de LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS en los hechos jurídicamente relevantes propuestos.

En consecuencia, la conducta es típica de lesiones dolosas, la procesada es imputable y no se debatió en el presente asunto, ni surgen de las pruebas, ninguna de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en el artículo 32 del C.P., por lo que se puede afirmar que actuó sin justificación alguna y obró en contra del derecho, pudiendo haberse abstenido de hacerlo de esta manera. Se hace necesario entonces proceder a determinar la punibilidad que corresponda.

TASACIÓN DE LA PENA

El delito es el de lesiones previsto en los artículos 111 y 112 inciso primero del C.P. por haber generado incapacidad de siete (7) días, el cual contempla pena de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses. En cumplimiento de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 61 del C.P. se dividirá el ámbito punitivo de movilidad referido, así:

Primer Cuarto	16 meses a 21 meses
cuartos medios	21 meses 1 día a 31 meses
Último Cuarto	31 meses 1 día a 36 meses

De conformidad con los criterios previstos en el inciso segundo del artículo 61 del C.P., la pena ha de ubicarse dentro del primer cuarto de movilidad en tanto que no se demostraron circunstancias genéricas de agravación.

Por tanto, la pena será la mínima del cuarto ya relacionado, en tanto que no se demostraron circunstancias genéricas de agravación, y se estima que la gravedad del evento específico fue la propia de este tipo de conductas, por lo que se considera suficiente el quantum de la pena en el caso concreto, por razón de los criterios allí contenidos. En consecuencia, la pena que habrá de cumplir la procesada en definitiva será de dieciséis (16) meses de prisión.

Se impondrá como accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de conformidad con lo previsto en el artículo 52 inciso 3 del C.P., por el mismo lapso de la privativa de la libertad.

SUBROGADO PENAL Y PRISIÓN DOMICILIARIA

El artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 vigente para la fecha en que sucedieron los hechos, sólo prevé requisitos de carácter objetivo para evaluar el subrogado penal que se pretende en esta oportunidad, salvo cuando al sentenciado le figuren antecedentes penales dentro de los cinco (5) años anteriores, caso en el cual el juez hará el análisis subjetivo que corresponda.

LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS cumple con el primer requisito previsto en la citada norma, toda vez que la pena de prisión no excede los cuatro (4) años. De igual manera, en lo que respecta al segundo requisito, es claro que la conducta punible por la que es condenada, no hace parte de los delitos listados en el inciso 2º del artículo 68 A del Código Penal. Así mismo, no se acreditó que cuente con antecedentes por lo que sobra referirse a lo previsto en el numeral 3º del artículo 63 *ídem*.

Así las cosas, esta Sala le concederá a LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS la suspensión condicional de la ejecución de la pena con período de prueba de dos (2) años, durante los cuales cumplirá las obligaciones del artículo 65 del Código Penal. Para disfrutar del subrogado, la sentenciada deberá suscribir diligencia de compromiso que garantizará mediante caución, por valor de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Conforme al comunicado 05/19 del 9 de abril de 2019 de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia, se advierte que, frente a la decisión que contiene la primera condena, procede la impugnación especial para la procesada y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de casación.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia **ABSOLUTORIA** de primera instancia del 11 de enero de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Puerto Berrío -Antioquia.

SEGUNDO: DECLARAR penalmente responsable a LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS como autora del delito de lesiones dolosas, previsto en los artículos 111 y 112 inciso primero del C.P. En consecuencia, se le impone la pena principal de dieciséis (16) meses prisión.

TERCERO: De manera accesoría, por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad, se le impone la inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas.

CUARTO: CONCEDER a LEIDY MILENA GARZÓN ARIAS la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de dos (2) años, durante los cuales cumplirá las obligaciones del artículo 65 del Código Penal. Para disfrutar del beneficio concedido, la sentenciada deberá suscribir diligencia de compromiso que garantizará mediante caución, por valor de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: Contra esta decisión procede la impugnación especial para la procesada y/o su defensor; mientras que, para las demás partes e intervinientes, el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Sentencia segunda instancia Ley 1826

Acusado: Leidy Milena Garzón Arias

Delito: Lesiones dolosas

Radicado: 05-579-4089-002-2021-00084

(N.I.2023-0117-5)

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: **038ba2ba6761d550e4b70e0255ea672b5ece6741f18310437d484f7f127ea503**

Documento generado en 23/03/2023 10:04:20 PM

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

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

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

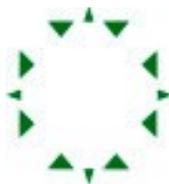
Acusado: Gildardo Andrethy Pérez

Cartagena y otros

Delito: Hurto calificado y
agravado

Radicado: 054406000000202200015

(N.I. 2022-1981-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente:

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 29 del 27 de marzo de 2023

Proceso	Sentencia
Sistema	Ley 1826 de 2017—procedimiento abreviado—
Instancia	Segunda
Apelante	Representante de víctima
Radicado	054406000000202200015 (N.I. 2022-1981-5)
Decisión	Modifica pena. Indebida aplicación del artículo 269 del C.P.

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el representante de víctima en contra de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Marinilla-Antioquia.

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Gildardo Andrethy Pérez

Cartagena y otros

Delito: Hurto calificado y
agravado

Radicado: 054406000000202200015

(N.I. 2022-1981-5)

HECHOS

Los relacionó así la sentencia de primera instancia:

El día 19 de abril de 2022 aproximadamente a las 01:00 horas, en la carrera 30 A con calle 23, Barrio La Dalia, en vía pública del municipio de Marinilla, fueron capturados los señores GILDARDO ANDRETHY PEREZ CARTAGENA, CRISTIAN CAMILO ARDILA GRAJALES, JHON ALEXANDER MARIN COLORADO, JUAN JOSÉ VIVEROS TOBON y SANTIAGO CORTEZ MARIN, actuando de común acuerdo, con distribución de trabajo criminal y con dominio de los hechos, y de manera violenta, forzando el gabinete o armario de almacenamiento y cortando los cables, se apoderaron de cosa mueble ajena, de 20 metros de CABLE PE-BH-SECO 400 PARES, los cuales se encontraban vinculados al gabinete o armario (62704) de la red fija de cobre, infraestructura de redes de telecomunicaciones en tecnología de cobre, de propiedad de la EMPRESA TIGO UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., elementos destinados a comunicaciones telefónicas, y dejados expuestos a la confianza pública por la necesidad del servicio publico domiciliario. Para lo cual los señores JHON ALEXANDER y SANTIAGO, se encargaron de servir de campaneros para anunciar la presencia policial en la parte externa del alcantarillado, mientras simulaban hablar por celular y tenían en poder ya un costal con cable MULTIPAR; y los señores GILDARDO ANDRETHY, CRISTIAN CAMILO y JUAN JOSE, lo hacían desde dentro del alcantarillado con otros costales con cable MULTIPAR, todos los cables ya cortados y listos para llevarlos consigo. Lo cual fue avaluado con daños y perjuicios en la suma de NUEVE MILLONES TRECIENTOS ONCE MIL SEISCIENTOS CINCO PESOS (\$9.311.605). Motivo que llevé a que fueran capturados en flagrancia e incautado el objeto material del hurto y elementos de comunicación.

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Gildardo Andrethy Pérez

Cartagena y otros

Delito: Hurto calificado y
agravado

Radicado: 054406000000202200015

(N.I. 2022-1981-5)

ACTUACIÓN PROCESAL

Previo a la instalación de la audiencia concentrada, el 21 de septiembre de 2022 la fiscalía presentó un preacuerdo. Los procesados GILDARDO ANDRETHY PEREZ CARTAGENA, CRISTIAN CAMILO ARDILA GRAJALES y JHON ALEXANDER MARIN COLORADO declararon su responsabilidad en la conducta de tentativa de hurto calificado y agravado artículo, 27, 239, 240 numeral 1 inciso 5, 241 numerales 7 y 10 del C.P. A cambio se les reconocería rebaja del 50% de la pena, para lo cual se entendería que actuaron en calidad de cómplices, solo para efectos de la rebaja.

SENTENCIA

El 1º de septiembre de 2022 se profirió sentencia condenatoria en contra de GILDARDO ANDRETHY PEREZ CARTAGENA, CRISTIAN CAMILO ARDILA GRAJALES y JHON ALEXANDER MARIN COLORADO al hallarlos penalmente responsables del delito de tentativa de hurto calificado y agravado. Les impuso pena de nueve (9) meses de prisión y negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal.

Para efectos de tasar la pena impuesta el Juez estimó procedente la aplicación de la rebaja del artículo 269 del C.P. con el pago por la suma de dos millones setecientos mil pesos , a pesar de que la víctima UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. estimó los perjuicios en cuatro millones quinientos mil pesos.

La sentencia adujo :

“la responsabilidad penal es de carácter individual o personal, aspecto que es un principio general del derecho penal, consagrado en instrumentos de

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Gildardo Andrethy Pérez

Cartagena y otros

Delito: Hurto calificado y
agravado

Radicado: 054406000000202200015

(N.I. 2022-1981-5)

derecho internacional tales como el Reglamento de La Haya (1907), el Convenio de Ginebra (1949), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 5, párr. 3; el Estatuto de la CPI (1998), art. 25 y art. 28; principio que además es reconocido por la jurisprudencia nacional y que implica que nadie puede ser juzgado y sancionado por la conducta de otro, más si bien es el mismo derecho penal el que establece mecanismos amplificadores del tipo penal como lo es la complicidad, figura aplicada en este caso concreto, ello no implica una comunidad de los procesados frente a la pena y demás consecuencias producto de su actuar criminal, lo que conlleva a señalar en el caso de la obligación de indemnización de perjuicios, ella debe producirse de manera individual y no conjunta como lo pretende la apoderada de la víctima, de allí que la posición que han asumido los apoderados de los procesados es acertada y debe el despacho acogerla, pues cada uno de los procesados que han aceptado los cargos en este caso concreto, ha procedido, habiéndose establecido previamente el valor de los perjuicios, a indemnizar en una cuota igual a su participación criminal, que para el caso concreto se dio entre cinco personas, de allí que efectivamente de manera individual se pueda predicar que cada uno de los procesados, ha indemnizado de manera integral a su víctima, la EMPRESA TIGO UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.; independientemente que la sumas de sus consignaciones no cubra el total del monto aceptado por la empresa, pues los tres procesados contra los que aquí se dicta esta sentencia, no están obligados a cubrir el monto de la indemnización que es responsabilidad de los otros dos procesados en contra de los cuales sigue pendiente el proceso penal."

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la representación de la víctima interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Gildardo Andrethy Pérez

Cartagena y otros

Delito: Hurto calificado y
agravado

Radicado: 054406000000202200015

(N.I. 2022-1981-5)

En esencia el apoderado de la víctima adujo:

“ se evidencia el incumplimiento de uno de los presupuestos necesarios para la aplicación del Artículo 269 del Código Penal, en atención a que no se reparó de forma completa y a satisfacción el monto acordado, comoquiera que es ostensiblemente inferior a la suma aceptada en la propuesta de indemnización de perjuicios causados a UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. De hecho, se tiene dado que las consignaciones realizadas por los procesados (de las que únicamente se remitieron a representantes de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. una de las tres) correspondieron a un valor de DOS MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS (\$ 2.700.000). Monto que únicamente cubriría poco más del cincuenta por ciento del valor acordado y elevado por la defensa de CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$ 4.500.000). Esto es, no se acreditó un pago total, indistintamente de quien lo haya elevado, ya que dicho valor era exigible a los cinco (05) procesados en solidaridad y debía ser cubierto en su totalidad y no fraccionado o parcialmente.”

El defensor como no recurrente se pronunció oponiéndose a la pretensión del apelante.

Estima que es equivocada la pretensión de que los tres acusados que aceptaron cargos deban pagar la totalidad de la indemnización reclamada por la víctima. Señala que los acusados pagaron la parte que les corresponde, por lo que la víctima lo que pretende es que sus defendidos paguen por lo que les corresponde a los otros dos participes del delito. Asegura que la pretensión del apelante “ no tiene asidero jurídico”. Dice que aprovecha la oportunidad para solicitar les sea concedida a los procesados la prisión domiciliaria del artículo 38 G del C.P. dado que ya han cumplido más de seis meses de la pena impuesta de nueve meses de prisión.

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Gildardo Andrethy Pérez

Cartagena y otros

Delito: Hurto calificado y
agravado

Radicado: 054406000000202200015

(N.I. 2022-1981-5)

CONSIDERACIONES

La Sala abordará la inconformidad del recurrente para lo cual se analizará la interpretación del artículo 269 del Código Penal.

Le asiste razón al representante de la víctima en que el Juez no acertó al conceder la rebaja prevista en el artículo 269 del C.P. El pago de los daños y perjuicios como condición para la obtención de la rebaja allí prevista debe ser integral.

Efectivamente, la representación de víctimas luego de fijar los perjuicios en la suma detallada en los hechos, accedió a rebajar esa cifra hasta la suma de a cuatro millones quinientos mil pesos m/cte (\$ 4.500.000)

Sin embargo, el Juez dejó de lado el hecho de que el pago no cubrió todos los perjuicios según lo manifestó el representante de víctimas en la audiencia del artículo 447 y en comunicación posterior que se anexó a la carpeta digital.

Las razones ofrecidas por el Juez no son correctas puesto que no existe norma legal o jurisprudencial que equipare la responsabilidad penal individual con la obligación que tienen todos los responsables de un delito de procurar el pago integral de los daños y perjuicios causados a la víctima.

En tales condiciones el Juez no podía otorgar la rebaja del artículo 269 del C.P. . La CSJ en Sala Penal en reciente decisión¹ ha expuesto que el pago

¹ CSJ Sala Penal 56012 de 2021 CSJ Sala Penal 56012 de 2021. la Sala ha sostenido que los requisitos son: (i) que ocurra antes de dictarse sentencia de primera instancia; (ii) que se haya restituido el objeto material del delito, cuando ello sea posible, o, en su defecto, se haya cancelado el valor del mismo; y (iii) **que sea íntegra, lo que comporta la obligación de indemnizar los perjuicios causados.** Esta última eventualidad **se tendrá por cumplida si se demuestra que la víctima fue indemnizada, ya sea por obrar acuerdo al respecto, por acreditarse por cualquier medio de prueba que la reparación se produjo respecto de todos los daños y perjuicios, materiales o morales causados por la infracción** o, de resultar irreconciliables las posturas entre víctima y victimario, el procesado atendió el pago del monto establecido por un perito designado para el efecto (CSJ SP16816-2014, Rad. 43959; CSJ SP4318-2015, Rad. 42208; CSJ AP7870-2016 Rad. 47369, entre otras).

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Gildardo Andrethy Pérez

Cartagena y otros

Delito: Hurto calificado y
agravado

Radicado: 054406000000202200015

(N.I. 2022-1981-5)

debe ser integral. No era correcto otorgarla, dado que los acusados solo pagaron una parte: dos millones setecientos mil pesos.

En estas condiciones y dado que el Juez hizo relación a que la pena se acordó en treinta y seis (36) meses de prisión para cada uno de los sentenciados y a partir de allí realizó la rebaja del artículo 269 del C.P., de conformidad con lo ya expuesto la pena quedará en ese lapso, excluyendo la rebaja otorgada de forma incorrecta.

A propósito de la manifestación de la defensa de que “ aprovecha la oportunidad para solicitar la prisión domiciliaria” se destaca que el traslado para que se pronuncie acerca de la apelación, no es momento indicado para realizar solicitudes que no fueron objeto de la apelación. De cualquier forma, para efectos de solicitar la prisión domiciliaria deberá dirigirse al Juez de primera instancia competente para ese tipo de asuntos.

Sin necesidad de más consideraciones, se modificará la sentencia emitida el 10 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Marinilla Antioquia en el numeral segundo de la parte resolutive. En su lugar se condena a GILDARDO ANDRETHY PEREZ CARTAGENA, CRISTIAN CAMILO ARDILA GRAJALES y JHON ALEXANDER MARIN COLORADO a la pena de treinta y seis (36) meses de prisión.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión apelada, en el sentido de condenar a GILDARDO ANDRETHY PEREZ

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Gildardo Andrethy Pérez

Cartagena y otros

Delito: Hurto calificado y
agravado

Radicado: 054406000000202200015

(N.I. 2022-1981-5)

CARTAGENA, CRISTIAN CAMILO ARDILA GRAJALES y JHON ALEXANDER MARIN COLORADO a la pena de treinta y seis (36) meses de prisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la providencia de origen y naturaleza conocidos.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

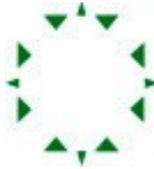
Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **29e475413c0dd8403d97e1d5827fad2ba4db7c8c56a3733cbfb18b71e0d84a82**

Documento generado en 27/03/2023 02:09:30 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 29 del 24 de marzo 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	05 615 60 00 364 2018 00334 (N.I.:2022-1802-5)
Decisión	Revoca y absuelve

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral primero del C.P.P. ley 906 de 2004.

HECHOS

La Sentencia de **primera instancia** los presentó así:

“Desde el 12 de julio de 2018 en horas de la mañana, la familia de JUAN ALEJANDRO GOMEZ AGUDELO no supo más de él, luego de haber salido de su casa ubicada en el barrio La Laja del municipio de Rionegro a cumplir con su jornada laboral cotidiana (Cotero), como no regresó a su morada, para el 16 del mismo mes y año, la señora Heidy Milena Agudelo, se presentó ante las autoridades a denunciar la desaparición de su hijo, poniendo de presente que era mayor de edad, consumidor de estupefacientes y medicado como esquizofrénico.

Para el 18 de julio de 2018, a eso de las 4:00 pm, se reporta la existencia de un cuerpo sin vida flotando en las aguas del río Rio Negro, en el sector conocido como la vía “El tranvía”, y quien correspondía al joven reportado como desaparecido JUAN ALEJANDRO GOMEZ AGUDELO, con brazos amarrados y signos de tortura.”

Por su parte la **fiscalía acusó** con base en los siguiente **hechos**¹:

“El lunes 16 de julio de 2018, la señora HEIDY MILENA AGUDELO, se presentó ante los Funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de la Fiscalía General de la Nación, y puso en conocimiento la DESAPARICION de su hijo JUAN ALEJANDRO GOMEZ AGUDELO, de 19 años de edad, quien se dedicaba al oficio de “Cotero”, consumidor de marihuana y medicado como esquizofrénico, de quien aduce que el día anterior había salido temprano de su casa (Barrio La Laja del municipio de Rionegro) y que desde ese momento no tenía noticias de su paradero.

¹ Escrito de acusación presentado el 27 de febrero de 2019 . Se extraen los apartes pertinentes para esta decisión, por los delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir, este último para verificar lo relacionado con el acusado Gómez Mendoza.

El miércoles 18 de julio, a eso de las 4:00 p.m., los funcionarios de Policía Judicial del CTI, son informados de la existencia de un cuerpo sin vida en el Rio Negro, en inmediaciones del Centro de Reclusión del municipio de Rionegro, Sector de la vía "Tranvía" lugar al cual se dirigen a realizar los respectivos actos investigativos.

De la inspección técnica del cadáver, se pudo determinar, preliminarmente, que el cuerpo estaba en gran estado de descomposición, presentaba "herida de arma de fuego en el temporal" y ambos brazos amarrados, con un lazo (en material sintético azul y blanco y un cordón negro), a la altura de la columna (atrás) y varias heridas post-mortem producidas por aves de rapiña o similares.

Del Informe Pericial de Necropsia se pudo concluir, entre otros aspectos, que el cuerpo estaba en avanzado estado de descomposición, con signos de animales carroñeros en diferentes partes del cuerpo, que fallece por asfixia mecánica secundaria a sumersión, con signos de tortura por estar atadas las manos a la espalda, determinando como causa básica de muerte, sumersión en agua dulce, y la manera de muerte violenta – homicidio.

Los Investigadores, de acuerdo a las labores de verificación, pudieron relacionar el homicidio, con la desaparición del joven JUAN ALEJANDRO GOMEZ AGUDELO y continuaron con sus pesquisas en aras de su confirmación y demás actos investigativos.

Fue así, que se recepcionó entrevista al señor JUAN CARLOS GOMEZ, progenitor del JUAN ALEJANDRO, quien aseguró que las prendas de vestir que tenía el cadáver eran las mismas que llevaba puestas su hijo al momento de desaparecer, plena identidad que pudo corroborarse, con la que hiciera Medicina Legal con el cotejo dactiloscópico decadactilar.

Don JUAN CARLOS GOMEZ, adujo que durante los días anteriores había estado averiguando por el paradero de su hijo y había obtenido información, por un par de indigentes, que se localizaban en el sector de “4 esquinas”, que ese mismo jueves (12 de julio), habían tirado un muchacho al Río. De igual manera agregó que su hijo, 8 días antes (miércoles 6 de julio) había llegado todo golpeado (frente reventada y sangrando, en el brazo derecho tenía 2 puntazos realizados como con cuchillo o algo punzante) y, que de acuerdo a sus propias indagaciones, le dijeron que había sido golpeado en el sector de “El Laberinto”, lugar donde compraba las sustancias alucinógenas para su consumo.

De igual manera se le recepcionó entrevista al señor NEVIR ALONSO MEJIA TORRES, compañero de oficio (coterero) de JUAN ALEJANDRO, a quien conocía como “BARRILETE”, de quien aseguró que el día 12 de julio de 2018 (jueves), había estado con él en el sector de la INMUNIZADORA y a eso de las 11 de la mañana, al momento de estar trabajando, JUAN ALEJANDRO, decidió ir a conseguir o a comprar la “roquita1”, al sector de “EL LABERINTO”; que a pesar de manifestarle su inconformidad, por lo sucedido días antes (la golpeada del 12 de julio), él decidió irse y nunca regresó. Desde ese momento no supo más de su paradero.

Siguiendo con sus pesquisas, la Policía Judicial, con una fuente humana del Barrio JUAN ANTONIO MURILLO (“EL LABERINTO”), obtuvo información que efectivamente ese jueves 12 de julio de 2018, entre los sujetos conocidos como MELLIZO y PESCAO, habían subido a un muchacho, lo habían ingresado a la casa de alias GALLO y que horas más tarde lo habían bajado en una “cama-tarima”, muerto y amarrado, lo bajaron por las escalas y luego lo habían tirado al Río. Después agregó que esa cama-tarima la habían comprado a la señora LEONELA, vecina de GALLO, a quien individualiza, así como a los sujetos con los alias de MELLIZO y LAGARTO.

En virtud a las pistas obtenidas, se solicitó colaboración al de CENTRO DE MONITOREO Y CONTROL (Policía Nacional – Alcaldía de Rionegro) y de la INMUNIZADORA RIONEGRO, para que aportaran los videos de las cámaras de seguridad, con visual al Barrio JUAN ANTONIO MURILLO (EL LABERINTO), de los días 12 y 13 julio de 2018, con el fin de verificar la información obtenida, videos que no solo fueron allegados a la investigación, sino analizados por los acuciosos Investigadores.

De uno de los videos, se pudo determinar que, a eso de las 11:40', del 12 de julio de 2018, es ingresado el joven JUAN ALEJANDRO GOMEZ AGUDELO, al sector de EL LABERINTO2, por un grupo de personas, el cual uno de ellos lo lleva "encuellado" o "enñalado", lo ingresan al callejón, donde es visto por última vez y se observa el comportamiento del grupo, durante algo más de 2 horas (1:48': p.m.).

En otro de los videos, se observa, a eso de la 1:39'30'' p.m., cuando un par de sujetos, bajan del Barrio JUAN ANTONIO MURILLO (EL LABERINTO), con una carreta, llevando en ella un objeto de color rojo, atraviesan la Avenida y toman la acera que bordea el Rio Negro, lo que corrobora la información preliminar respecto a la muerte y traslado del cuerpo hacia el rio.

Con base en los videos, se le recibe entrevista al Señor Patrullero JOSE VICENTE PALACIN GARCIA, quien de la extracción de las imágenes y de acuerdo a sus labores desarrolladas como policía del sector, conociendo la problemática del sitio y a sus habitantes, logra identificar a:

- BRYAN GONZALEZ ARBOLEDA (alias DAMIAN o DEMONIO O EL MONO o EL CARNICERO - Imagen N° 01 – Encerrado en el círculo rojo),
- DANIEL OSPINA CASTAÑO (alias PACHELO - Imagen N° 1 – Encerrado en el círculo amarillo),
- JOSE JULIAN ALZATE TEJADA (menor) y EDWIN CASTAÑO MUÑOZ (alias JULIAN y CHIGÜI - Imagen N° 1 – Encerrados en el círculo anaranjado),

- SHIRLY MELISA CASTRILLON (menor) y JAIR ANTONIO ESPINOSA CALLE (alias SHIRLY y MONCHO - Imagen N° 02 – Encerrados en el círculo amarillo),
- SEBASTIAN VERGARA (alias LAGARTO – Imagen N° 2 - Encerrado en el círculo rojo),
- NATALIA SANCHEZ RUA (menor) (alias LA FLACA – Imagen 02 - Encerrada en el círculo azul), quienes se dirigen hacia la parte de atrás del callejón.

De igual manera identifica a:

- JOSE LEONARDO CARDENAS ATEHORTUA (alias MELLO – Imagen 05 - Encerrado en el círculo amarillo),
- GIOVANY ALBERTO HOLGUIN MUÑOZ (alias EL VIEJO – Imagen 07 – Encerrado en el círculo azul),
- CRISTIAN DANIEL CARDONA MARTINEZ (alias GATIEL o PIRAÑA – Imagen 18 – acompaña a alias El Viejo);
- YEFRI ESTIVEN PINEDA SANTAMARIA (alias NARI – Imagen 23 – Encerrado en círculo azul);
- JOHAN SEBASTIAN VILLEGAS ACOSTA (alias EL CALVO – Imagen 23 – Encerrado en círculo amarillo);
- CRISTIAN ALEXIS VERGARA BARRERO (alias CRILIN – Imagen 23 – Encerrado en círculo rojo).

Entre tanto, se recepcionó la declaración de la señora LILIANA MARIA ORTIZ, vecina del Barrio JUAN ANTONIO MURILLO (EL LABERINTO) y, en especial, de la casa ("casa de fachada azul") donde habitan la gran mayoría de estos sujetos, a quienes señala como integrantes del Grupo Delincuencial LOS DEL LABERINTO, parte estructural de los URABEÑOS, al mando del sujeto alias GALLO, quien luego de varias indagaciones, se identificó como CARLOS ALBERTO GALLO RESTREPO, dedicados al tráfico de estupefacientes (marihuana, cocaína y bazuco), con injerencia, desde hace varios años, en este Barrio JUAN ANTONIO MURILLO y LAS PLAYAS del municipio de Rionegro, quienes para mantener controlada la zona y cumplir sus intereses criminales (tráfico

de estupefacientes), cometen, entre otros delitos, amenazas, constreñimientos, lesiones y homicidios; además portan armas y vigilan el sitio, no solo de la intervención o presencia policial, sino también de la intromisión de otros grupos delincuenciales, como son los también conocidos "PAMPLONAS".

Entre los autores del homicidio del joven JUAN ALEJANDRO GOMEZ AGUDELO, puede asegurarse, que intervinieron GALLO, MONO, NARI, CHIGÜI, CRISTIAN DANIEL, JULIO, SHILY, LAGARTO, CHAVO, CHIQUI, CALVO, CARE-NIÑO, CRILIN, PIRAÑA, JUAN DAVID, PACHELO, MUECHO y la mujer de JAIR. Asegura que momentos después este grupo de personas, gritaban que: "habían matado a ese Pamplona", además que, alias CHIQUI, el día que encontraron el cuerpo, le había asegurado que era el mismo que habían sacado en la cama-tarima, sujetos que pudo identificar plenamente en los reconocimientos fotográficos.

Tanto LILIANA MARIA ORTIZ, como la señora DEISY PAOLA GARCIA ORTIZ, vinculan a estas personas, como integrantes del Grupo Criminal, aduciendo el papel que desempeña cada uno, entre otros, los siguientes de manera resumida:

- GALLO: como jefe, coordinador, quien recibe la droga, la distribuye, recibe el dinero y paga a sus integrantes.
- LAGARTO: golpea a la gente, cuida o vigila.
- EL CALVO: Vende, cuida o vigila
- CHIGUI: golpea a la gente, cuida o vigila
- MONCHO: vende, cuida o vigila
- PACHELO: vende, cuida o vigila
- CRILIN: vende, cuida o vigila
- BRYAN: segundo al mando, administra, vende, mata, lo conoce también como EL CARNICERO, asegura lo vio salir con un cuchillo untado de sangre.

- JOTA: vende, cuida o vigila
- JULIAN: vende
- LA FLACA: cuida e individualiza como la mujer de MONCHO
- EL MELLO: hace los mandados, les lleva comida
- SHIRLEY: vende, cuida o vigila e individualiza como la mujer de LAGARTO
- EL VIEJO: vende y cuida o vigila
- PIRAÑA: vende y cuida o vigila
- EL NARI: cuida o vigila
- FERLEY: cuida o vigila
- CHAVO: vende, cuida o vigila
- RAPUNSEL: cuida o vigila
- SEBAS: cuida o vigila, además custodia la droga (marihuana, perico)
- MUECO: vende
- LA TIA: vende, cuida o vigila

Cargos por los que se formula Acusación:

La Fiscalía General de la Nación, conforme a lo previsto en el artículo 336 de la ley 906 de 2004, en atención que de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, puede afirmar, con probabilidad de verdad, que la conductas delictivas investigadas existieron, que los Imputados son coautores de las mismas, que actuaron con dolo y que no existen causales de exoneración de su responsabilidad (art. 32 del C.P.), procede a presentar acusación en su contra, de acuerdo a la siguiente readequación jurídica:

YEFRI ESTIVEN PINERA (alias NARI): 1. HOMICIDIO AGRAVADO, consagrado en los artículos 103, 104.5 y .7 del Código Penal.

CHRISTIAN DANIEL CARDONA MARTINEZ (alias PIRAÑA o GATIEL): 1. HOMICIDIO AGRAVADO, consagrado en los artículos 103, 104.5 y .7 del Código Penal.

CRISTIAN ALEXIS VERGARA BARRERA alias CRILIN): 1. HOMICIDIO AGRAVADO, consagrado en los artículos 103, 104.5 y .7 del Código Penal.

GIOVANY ALBERTO HOLGUIN MUÑOZ (alias EL VIEJO): 1. HOMICIDIO AGRAVADO, consagrado en los artículos 103, 104.5 y .7 del Código Penal.

SEBASTIAN GOMEZ MENDOZA, 1. CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO (con fines de tráfico de estupefacientes y homicidio), tipificados en el artículo 340 inciso 2º del mismo Código Penal.

HOMICIDIO AGRAVADO, tipificado los artículos 103 y 104 .5 (valiéndose de la actividad de inimputable –utilización de menores de edad-) y 104.7 (aprovechándose de la situación de indefensión de la víctima), del Capítulo Segundo, del Título I “Delitos contra la vida y la integridad personal”, del Libro Segundo “Parte Especial de los delitos en particular”, del Código Penal, que en lo pertinente establece: El que matare a otro, incurrirá en prisión ... La pena será de prisión de cuatrocientos (400) meses a seiscientos (600) meses de prisión, ...

CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, tipificado en el artículo 340 inciso 2º, del Capítulo Primero, “DEL CONCIERTO, EL TERRORISMO, LAS AMENAZAS Y LA INSTIGACION”, del Título XII “DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA”, del Libro Segundo “Parte Especial de los delitos en Particular”, del Código Penal, que en lo pertinente consagra: Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada.... Cuando el concierto sea para cometer delitos de ... homicidio ... fabricación o porte de estupefacientes... la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18)

años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes." (sic).

LA SENTENCIA

El 31 de agosto de 2022, luego de finalizada la audiencia de juicio oral y de conformidad con el sentido de fallo anunciado, el señor Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia profirió fallo condenatorio en contra de GIOVANNY ALBERTO HOLGUIN MUÑOZ, YEFRI ESTIVEN PINEDA SANTAMARIA, CHRISTIAN DANIEL CARDONA MARTINEZ y CRISTIAN ALEXIS VEGARA BARRERO como coautores responsables del delito de Homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104 numeral 7 del C.P.. En consecuencia, les impuso pena cuatrocientos sesenta (450) meses de prisión y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por veinte (20) años. Igualmente se negó la suspensión de la pena y la prisión domiciliaria.

Además, condenó a SEBASTIAN GÓMEZ MENDOZA a la pena principal de noventa y seis (96) meses de prisión y multa de dos mil setecientos (2.700) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se negó la suspensión de la pena y la prisión domiciliaria.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, los defensores presentaron y sustentaron oportunamente recurso de apelación, con la pretensión de obtener la absolución de los acusados. Los dos defensores presentaron argumentos esencialmente iguales de la siguiente forma:

Luego de un recuento de la actuación procesal, señalan que la condena se basó exclusivamente en prueba de referencia.

Aducen que la testigo Liliana María Ortiz, de quien se esperaba que otorgara una narración clara de la participación de los acusados en el homicidio "resulto a la postre ser un testigo no solo contaminado durante el juicio por el investigador que de manera constante le paso información durante su interrogatorio, sino, además, fue un testigo de referencia" (sic). Indica que la testigo, a pesar de que informó que vivió por nueve años en el barrio "El Laberinto" no recordó la dirección de su casa lo que indica que tiene problemas de memoria.

Advierten que en curso de ese testimonio Ortiz fue auxiliada por los investigadores de la fiscalía. Aseguran que "incluso se podría decir, antes de su deponencia le recomendaron algunos nombres como crili y el nary," Resaltan que "En el minuto 1.00.48: se le pregunta: "...quienes estaban cargando la cama? R/ Nary, chiwi, todos los que le había mencionado, calvo, carnicero, los otros no me acuerdo bien doctor.."

Cuestionan que la testigo respondió de forma imprecisa y al azar acerca de las personas que presuntamente vio cargando la cama, en la que posteriormente fue hallado el cuerpo sin vida, Sobre esta circunstancia citan otro aparte del testimonio así:

- "Minuto 1.02.10 pregunta el fiscal: 5 Al parecer error de lectura por referirse a chiwi 11 "...si ud hiciese memoria o esperamos unos minutos frente a e esas personas ud recordaría? R/ por los cosos no casi...yo les reconozco es el rostro la verda..." (sic)

- Continúa el interrogatorio el señor Fiscal: "Ud. menciono que nary estaba dentro de esos ocho? R/ Si... piraña no se...gatiel? Me parece que me suena..."(sic)

- En el minuto 1.16.43 el Fiscal le pregunta: ". alguna otra persona que recuerde? R/ espere... (se agacha lee y dice) lagarto" Una vez se le

pone de presente un documento para refrescar memoria al minuto 1.29.15 indica: "...estaban care niño, lagarto, el mono eran los que estaban ahí..."

Estiman que "parte el Juez de una regla de la experiencia falsa, al decir, que por cargar una cama tarima o quedarse parados (según indica la testigo, sin precisar más datos), ello conlleva a que ellos TODOS participaron en un homicidio sin más elementos" (sic)

Critican que las preguntas formuladas por el Juez no se limitaron a complementar el testimonio, sino que fueron la base para fundamentar la condena:

-Pregunta del Juez: "Todos ayudaron a transportar la cama tarima? R/ Si porque ahí estaban todos (¿?!)." Y luego aclara en el minuto 1.53.14: "Unos cogieron la cama tarima y otros se quedaron ahí parados..."

Alegan que la testigo Liliana Ortiz no mencionó ninguno de los nombres y " ni siquiera hizo reconocimiento en álbumes fotográficos tal como se anunció en el escrito de acusación y en la audiencia preparatoria, quedándose el despacho huérfano no solo de establecer la plena identidad de los que participaron en el homicidio, solo en unos alias que la testigo ni siquiera, a pesar de indicar que ha vivido tantos años en el sector, recordaba, e indica que solo viendo los rostros los reconoce, pero -repito- ni siquiera eso tuvo el señor fiscal en realizar dicha actividad dentro del juicio"

Aducen que las siete personas que participaron en el homicidio de Juan Alejandro Gómez ya aceptaron los cargos.

Igualmente, que el testigo de la fiscalía Andrés Mauricio Ruiz dio cuenta de que "Incluso en el minuto 1.07.46 hay una manifestación directa del testigo que indica: "GIOVANI me manifestó que le decía que no

mataran al muchacho él les insistió mucho...lo mismo me dijo pocholo..."

Proponen que esta versión es "absolutamente coherente con los videos donde se observa que, si bien se observa a GIOVANI o el VIEJO, siempre se le vio en las afueras, o en la tienda, muy pocas veces se ve ingresando al callejón."

Concluyen, luego de hacer una descripción propia de lo que observó, que "hasta el final de los videos solo se ve actividad de las personas que aceptaron los cargos."

Insisten en que "Como se puede observar, en todos los videos, declaraciones de los propios testigos de la fiscalía que participaron en el homicidio, los señores CRISTIAN ALEXIS VERGARA alias PIRAÑA, CRISTIAN ALEXIS VERGARA BARRERO alias CRILI, GIOVANY ALBERTO HOLGUIN MUÑOZ alias EL VIEJO (quien en boca del testigo investigador de la fiscalía ANDRES MAURICIO RUIZ BETANCUR minuto 1.07.46 de la audiencia del 20 de mayo de 2021 rogaba que no lo mataran), YEFRY ESTIVEN PINEDA SANTAMARIA alias EL NARI o NARI, SEBASTIAN GOMEZ MENDOZA alias SEBAS, no participaron el homicidio."

Objetan que el Juez estableciera la participación de los acusados en el homicidio por el hecho de pertenecer al grupo delincencial, en especial reprochan que el Juez afirme que "Se tiene entonces que los aquí procesados por el homicidio agravado de JUAN ALEJANDRO GOMEZ AGUDELO, no necesariamente tuvieron que haber participado de manera física o directa causando la muerte a la víctima, pues este tipo de organizaciones criminales, se encuentran jerarquizadas en sus funciones, dando a cada uno de sus integrantes un rol a realizar, no obstante, en el caso en concreto cada uno de ellos sea como sicario, vigilante o punto, llevando o trayendo elementos, vigilando la zona, campaneando, etc, prestaron una ayuda importante para la comisión

del homicidio, no quedándole duda a este funcionario la participación de los procesados YEFRI ESTIVEN PINEDA SANTAMARIA, CRISTIAN DANIEL CARDONA MARTINEZ, CRISTIAN ALEXIS VEGARA BARRERO y GIOVANNY ALBERTO HOLGUIN MUÑOZ en calidad de coautores en los hechos de sangre donde perdió la vida JUAN ALEJANDRO GOMEZ, pues sin esa ayuda, aporte o contribución no habría sido posible su consumación."

Alegan sobre esta circunstancia que "El señor Juez escucho de boca de los propios testigos, que la guardia que se realizaba no era para prestar una ayuda frente al homicidio, sino que el rol de la organización era vender estupefacientes dicho por los propios investigadores, y que la misma (guardia) se hacía para alertar que no entrara la policía y les quitara el dinero o que el combo contrario ingresara en su zona."(sic)

Advierten que el Juez acogió la versión de una persona, alias Pachelo, quien fue entrevistado por un investigador, pero que no compareció personalmente a juicio, para afirmar la participación de los acusados y corroborar la versión de Liliana Ortiz.

Finalizan afirmando "si bien al final de los videos se observa a CRISTIAN ALEXIS VERGARA BARRERO (alias CRILI), y a CHRISTIAN DANIEL CARDONA MARTIEZ (alias PIRAÑA o GATIEL), quienes al parecer ingresan por la otra entrada no tomada por la cámara del 123, ello tiene explicación y lo dijeron los testigos, ellos apenas llegaban al Laberinto, luego no tenían conocimiento de lo que acontecía; igual sucede con YEFRY ESTIVEN PINEDA SANTAMARIA (alias EL NARI o NARI). Es por lo que nunca se les observo en la cámara del 123, durante el relato del investigador, y solo, repito, fue al final que aparecieron, cuando el cuerpo sin vida ya era trasportado en una carreta. De otro lado, si bien al señor GIOVANY ALBERTO HOLGUIN MUÑOZ (alias EL VIEJO) se observa en el video, siempre se le vio en la baranda, en la parte externa, de donde no se puede derivar una responsabilidad en un delito del cual nunca, en boca del investigador, estuvo de acuerdo,

ni tuvo ninguna participación (según los propios testigos de la Fiscalía y coacusados), bien sabemos que conforme al artículo 12 del C.P. esta proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.”

A propósito de acusado Sebastián Gómez Mejía su defensor expuso:

“Frente al señor José Vicente Palacin García, cuya declaración se realizó el día 18 de mayo de 2021, indico: Minuto 2.32.14: SEBASTIAN GOMEZ MENDOZA quien es él? R/ era uno de los coordinadores lo capture por estupefacientes por dosis por estupefacientes con droga...posteriormente por la cantidad mínima no ameritaba darle medida de aseguramiento. Posteriormente era dejado en libertad...”

Mas adelante se le pregunta por la defensa: Minuto 2.36.12: Nos puede describir como era el señor Sebastián? r/el señor Gómez Mendoza es blanco delgado tez blanca cabello pintado de mono...de rubio. sarquito..1.75 estatura promedio..” Al indagarle sobre el otro SEBASTIAN indica: “Era joven moreno bajito también era menor de edad entre 17 a 18 años para el año 2018...”

Mas adelante: “Captura una o dos veces a Sebastián con dosis mínima”. Indica además que no recuerda el apellido del otro Sebastián y no recuerda otras características.

Esta sola afirmación, falsa por demás, pobre in extremo, con la que no se soporta siquiera una inferencia razonable de autoría o participación el juez de primera instancia no solo dio sentido de fallo condenatorio, sino además ordeno la captura inmediata del señor SEBASTIAN GOMEZ MENDOZA, sin absolutamente ningún elemento de corroboración. (aporta la defensa un foto de una persona que reseña ser del acusado) Como se puede observar no es ni mono, ni zarquito, ni tez blanco como lo afirma el testigo. De tal manera al parecer se confundió con otra persona, que valga resaltar al despacho, en la acusación se mencionaron varios Sebastianes como fueron:

1. Sebastián Vergara (Alias Lagarto)
2. Jhoan Sebastián Villegas Acosta (Alias El Calvo)
3. Sebastián Gómez Mendoza (Alias Sebas)

¿A cuál verdaderamente se refería el testigo?, porque a Sebastián Gómez Mendoza no se refería como se acaba de observar.

Además, indica que le han realizado varias capturas, luego dice que fueron una o dos, pero ningún registro de captura se llevó al juicio a fin de corroborar dicha información.

Esta sola afirmación jamás podrá ser valorada bajo la óptica de la sana crítica por cuanto no tiene otra prueba con la cual se pueda verificar lo dicho por este investigador, no hay documentos que lo corroboren, no hay otra declaración, no se le observo o menciono en todos los interrogatorios como miembro del grupo delincuencia, lo cual evidencia la forma tan arbitraria y el poco análisis que tuvo el juez al momento de proferir el sentido del fallo, ordenando captura sin pruebas, y además condenando al joven a una pena de 96 meses de prisión.

Por último, frente al señor Sebastián Gómez Mendoza (alias SEBAS), solo fue mencionado por un investigador con una descripción o individualización errada, en ninguna otra parte del juicio se le menciona." (sic)

CONSIDERACIONES

La Sala anuncia que revocará la sentencia apelada. Los hechos enunciados como premisa fáctica de la sentencia hacen patente la imposibilidad de que con base en ellos se edifique una condena por los delitos objeto de la acusación, en contra de los cinco acusados.

Para sustentar la decisión que se anuncia, primero se abordará la premisa fáctica de fallo, luego la incorrecta elaboración de la

acusación, especialmente de los hechos jurídicamente relevantes. Más adelante los problemas de congruencia que se verifican en esta actuación. Finalmente se determinará cómo las pruebas son completamente deficientes para sostener la condena que se impuso, de forma que la consecuencia no será la nulidad, sino la absolución en relación con los cargos contenidos en la acusación.

1. La premisa fáctica del fallo.

La deficiencia de la condena que se estudia en apelación se revela desde la premisa fáctica propuesta por el Juez de primera instancia. Revelador el hecho de que en la relación fáctica no se contengan circunstancias básicas del delito de homicidio. La premisa fáctica que ofreció la sentencia consta de dos párrafos. En el primero se relaciona que Juan Alejandro Gómez Agudelo salió de su casa el día 12 de julio de 2018 y no regresó, luego se informa que su madre denunció su desaparición. En el segundo párrafo se relaciona el hallazgo seis días después de un cuerpo sin vida que corresponde a aquella persona, con los brazos amarrados y signos de tortura.

Con base en esa premisa fáctica la sentencia condenó a cuatro personas por el delito de homicidio agravado por el numeral 7 del artículo 104 del C.P. y una por el delito de concierto para delinquir agravado artículo 340 inciso 2 del C.P.

Las falencias de la premisa fáctica saltan a la vista:

- No se explicitaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habría ocurrido el homicidio. Se relacionó una desaparición y un posterior hallazgo del cadáver, pero no se explicitó cómo, cuándo y dónde ocurrió el homicidio.
- A pesar de que se condena a cuatro personas, en la relación de los hechos no se puede conocer cuál fue el aporte de cada una

de ellas para la consumación de la muerte de Gómez Agudelo. La premisa expuesta por el Juez no relacionó ninguna acción desplegada por los cuatro condenados. Incluso en los hechos no está relacionada ninguna persona o personas como autor o coautores del homicidio.

- La condena lo fue por el delito de homicidio agravado por el numeral 7 por aprovecharse del situación de indefensión de la víctima. La premisa fáctica no informa cuál fue el presupuesto de hecho que realizaron los cuatro condenados para incurrir en esa agravante.
- La sentencia condenó a una quinta persona – Sebastián Gómez Mendoza- por el delito de concierto para delinquir agravado. En el acápite de los hechos, no se relacionó ningún hecho con relación ese delito que permitiera fundamentar la condena.

La Corte Suprema de Justicia ha explicado la naturaleza y trascendencia de la premisa fáctica del fallo, explicación que se desprende del numeral 4 del artículo 162 del C.P.P.² que contiene los requisitos de la sentencia.

Siendo lo deseable que el Juez ofrezca la premisa fáctica de la sentencia en el acápite de los hechos, es posible que en el contenido del resto de la sentencia se pueda verificar los hechos que se aceptan como probados.

² La premisa fáctica del fallo no es nada distinto a los hechos que el Juez acepta como probados luego de finalizado el debate oral. CSJ Sala Penal radicado 44599 de 2017 : “Esta norma indica con claridad que en el fallo **el Juez debe especificar cuáles son los hechos que declara probados**. Igualmente, debe relacionar las normas aplicables al caso, lo que implica desentrañar, merced a una adecuada interpretación de las mismas, cuáles son los presupuestos factuales previstos en abstracto por el legislador como presupuesto de la respectiva consecuencia jurídica.

Cuando uno o varios **hechos jurídicamente relevantes se hayan demostrado a través de inferencias, el fallador debe precisar cuáles son los datos o hechos indicadores a partir de los cuales se hizo ese razonamiento lógico.**”

El Juez en el examen de la prueba expuso: “ Se tiene entonces que los aquí procesados por el homicidio agravado de JUAN ALEJANDRO GOMEZ AGUDELO, no necesariamente tuvieron que haber participado de manera física o directa causando la muerte a la víctima, pues este tipo de organizaciones criminales, se encuentran jerarquizadas en sus funciones, dando a cada uno de sus integrantes un rol a realizar, no obstante, en el caso en concreto cada uno de ellos sea como sicario, vigilante o punto, llevando o trayendo elementos, vigilando la zona, campaneando, etc, prestaron una ayuda importante para la comisión del homicidio, no quedándole duda a este funcionario la participación de los procesados YEFRI ESTIVEN PINEDA SANTAMARIA, CRISTIAN DANIEL CARDONA MARTINEZ, CRISTIAN ALEXIS VEGARA BARRERO y GIOVANNY ALBERTO HOLGUIN MUÑOZ en calidad de coautores en los hechos de sangre donde perdió la vida JUAN ALEJANDRO GOMEZ, pues sin esa ayuda, aporte o contribución no habría sido posible su consumación.”

Acerca de la responsabilidad penal de Sebastián Gómez Mendoza dio por probado, también al valorar la prueba, que:

“Ahora bien, frente al enjuiciado SEBASTIAN GOMEZ MENDOZA (Alias SEBAS), acusado solo por Concierto para delinquir agravado, se logró demostrar su participación en la organización criminal, quien fue reconocido por el testigo JOSE VICENTE PALACIN GARCIA, miembro de la Policía Nacional que reconoció a Sebastián Gómez alias Sebas como uno de los líderes o coordinador del sector, recordó que en varias ocasiones los capturaban con pequeñas dosis de estupefacientes, por lo que no ameritaba su judicialización.”

Más adelante veremos cómo llegó el Juez a esas conclusiones y si estas se corresponden con lo probado en juicio oral.

2- Los hechos jurídicamente relevantes propuestos en la acusación.

La fiscalía desatendió el contenido del artículo 337 del C.P.P. en tanto no relacionó los hechos en la forma en que lo impone la ley, esto es, de forma clara y sucinta, y, en especial, que se trate de hechos jurídicamente relevantes. Desatendió también la reiterada línea jurisprudencial³ que explica con detalle, en pautas sencillas y concretas, qué se entiende por hecho jurídicamente relevante.

Veamos de qué forma se desatendieron esas pautas en el escrito de acusación, que fue transcrito en lo pertinente en el acápite hechos de la presente sentencia:

Lo que se presentó como hechos de la acusación develan que el fiscal se propuso hacer una relación de los elementos con vocación de prueba que tenía a su disposición relacionándolos de forma más o menos ordenada. La tarea que le impone el numeral 2 del artículo 337 del C.P.P. no es relacionar las entrevistas, informes y videos que logra acopiar la fiscalía en la fase investigativa.

La labor de la fiscalía en vía de la presentación de los hechos es realizar, lo que ha llamado la Corte, *el juicio de acusación*⁴, que no es nada

³ Sobre el tema de los hechos jurídicamente relevantes, véase entre otras, CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, y radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, ambas M.P. Patricia Salazar Cuellar.

⁴ CSJ Sala Penal 52311 de 2018 "En este ámbito, la labor del fiscal, al realizar el "juicio de acusación", y la del juez, al establecer la premisa fáctica de la sentencia, abarca varios aspectos, entre los que cabe destacar los siguientes: (i) la debida interpretación de la norma penal, que, finalmente, se traduce en la determinación de los hechos que, en abstracto, fueron previstos por el legislador; (ii) la delimitación de los hechos del caso objeto de análisis; (iii) la determinación acerca de si esos hechos, ocurridos bajo determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar, encajan o no en la respectiva descripción normativa; y (iv) la constatación del estándar de conocimiento que hace procedente cada una de esas decisiones –"probabilidad de verdad", "convencimiento más allá de duda razonable", etcétera-."

distinto a presentar ante el Juez de conocimiento una narración clara y sucinta de aquellos hechos- que obtuvo en las labores investigativas, sin ofrecer su contenido- que se correspondan con los presupuestos del tipo penal y de todas aquellas normas de las que se deriven consecuencias jurídicas, incluidas las circunstancias de agravación punitiva. Es decir: debe presentar los hechos jurídicamente relevantes.

En esta ocasión la acusación de la fiscalía no cumplió esa tarea, sino que se dedicó a realizar una presentación de las labores investigativas adelantadas. Tal falencia se verifica con facilidad:

- Informó al Juez de una denuncia presentada por la madre de la víctima.
- Informó al Juez de una inspección técnica a cadáver.
- Informó al Juez de una Necropsia y sus conclusiones.
- Relacionó labores de verificación: entrevista al padre de la víctima y a un compañero de trabajo.
- Hizo relación a una "fuente humana" de la que se obtuvo información acerca de la muerte.
- Informó de las labores de investigación para la obtención de videos de cámaras de seguridad.
- Informó al Juez del contenido de los videos.
- Informó al Juez de la versión de un investigador quien habría logrado identificar en los videos a varias personas a cuatro de los acusados.
- Informó al Juez de la existencia de una testigo de nombre Liliana María Ortiz vecina de lugar donde habría ocurrido el homicidio y de su conocimiento de varios alias entre los que relacionó : Nari, Cristian, Crilin y Piraña.

De esta forma, en realidad lo que hizo el fiscal fue presentar hechos indicadores previos, concomitantes y posteriores en relación con el

homicidio, con lo que evidencia una abierta confusión entre hechos indicadores, hechos jurídicamente relevantes y medios de prueba.⁵

A pesar de la forma inadecuada en el que el fiscal ofrece la acusación, se logra inferir que el objeto fáctico de su acusación hace relación a la muerte violeta de Juan Alejandro Gómez Agudelo quien falleció por asfixia mecánica secundaria a sumersión con signos de tortura con las manos atadas a la espalda. Los hechos ocurrieron el Jueves 12 de julio de 2018, luego de que dos sujetos relacionados con los alias de *Mellizo* y *pescao* lo ingresaron “encuellado” o “ enñalado” a la casa de alias *gallo* en el sector de Barrio Juan Antonio Murillo conocido como “ El laberinto” del municipio de Rionegro. De este lugar la víctima fue llevada en una cama tarima, luego en una carreta y lanzado al Rio Negro. Entre las personas que habrían transportado la cama tarima donde iba la víctima estarían, entre otros las personas que corresponden a los alias Nari, el viejo, Cristian Daniel o Crili, Piraña.

Con base en estos hechos fueron acusados por el delito de Homicidio agravado artículo 103 y 104 numerales 4 y 7. en contra de Yefri Estiven Pineda Santamaria, Giovanni Alberto Holguín Muñoz, Cristian Daniel Cardona Martínez y Cristian Alexis Vergara Barrero .

⁵ CSJ Sala Penal 52311 de 2018: La diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, "hechos indicadores" y medios de prueba. 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.

Al estructurar la hipótesis, **la Fiscalía debe especificar los hechos jurídicamente relevantes** (en este caso, entre ellos, que el procesado fue quien le disparó a la víctima). **Si en lugar de ello se limita a enunciar los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, la imputación y/o la acusación es inadecuada.**

La fiscalía no explicó cuál fue el aporte de cada uno de estas personas para la consumación del homicidio. Se infiere, porque la acusación no lo explicita, que se les adjudica el hecho de haber cargado la cama tarima en la que fue llevada la víctima hasta el río donde fue lanzado.

La audiencia de acusación fue llevada a cabo en dos sesiones⁶, en la primera se acusó a Yefri Pineda Santamaria. Sobre su participación en el homicidio no se explicitó cuál fue su aporte. Únicamente se hace relación al alias de Nari como una de las personas que habría llevado la cama tarima en la que fue llevada la víctima.

En la segunda sesión en la que se acusó a Giovanni Holguín Muñoz, Cristian Daniel Cardona Martínez y Cristian Alexis Vergara no se hizo ninguna referencia explícita al aporte de estas tres personas para la comisión del homicidio. Fue en la primera sesión, en la que ellos no fueron objeto de acusación, que el fiscal los mencionó acerca de su participación en el homicidio. Del primero indicó “que es quien llevaba una bolsa y que además prestaba vigilancia” ; del segundo afirmó “que es uno de los que acompaña a alias el viejo” ; del tercero no explicitó ninguna acción.

Al final de la primera sesión, en la que, se repite, se acusó solo a uno de los cuatro condenados por homicidio, el Juez le solicitó a la fiscalía que concretara la razón por la que eran acusados como coautores.

La fiscalía se limitó a dar lectura a los incisos 1 y 2 del artículo 29 del C.P. y respecto de los hechos que soportaron la coautoría, expresó: “De acuerdo con la exposición que se hizo de los hechos, pues cada uno de ustedes, de acuerdo con la información que se tiene por parte de la fiscalía, realizó una conducta diferente, cierto... y con un mismo objetivo, que fue causarle la muerte al joven Juan Alejandro, puede ser

⁶ La primera el 08-08-2019 y la segunda el 27-08-2019, el Juez decidió hacerla con los acusados que tenían presente su defensor y la siguiente involucró a los restantes acusados.

que uno no lo haya amarrado, que el otro no lo haya tirado al río, que el uno prestó vigilancia que el otro simplemente lo llevó, que el otro simplemente estuvo al lado, pero de acuerdo entonces a esa división del trabajo la fiscalía considera que cada uno de ustedes en virtud de esas funciones de acuerdo con lo que se dijo en los hechos, que el uno estuvo en un lado que el otro estuvo en el otro, que el uno lo subió, que el otro estuvo en la casa, cierto, que el uno fue el que impartió la orden, que el otro llevó, que el otro trajo, es por eso que se entiende que todos participaron de igual manera y por eso la norma establece la figura de la coautoría."

Tal referencia que hizo el fiscal, enuncia de manera genérica elementos normativos y otros fácticos, pero no explicó de forma específica, para cada uno de los acusados, cuál fue la importancia del aporte y por qué se debía entender que actuaron mediando un acuerdo común y en división del trabajo criminal⁷. El fiscal intenta subsanar esa falencia en su explicación remitiéndose a las actividades relacionadas en el relato de los hechos, pero como se ha mostrado, en la relación de los hechos no se explicó, con mínima claridad, cuál fue la acción desplegada por cada uno de los cuatro acusados por el homicidio.

Tampoco explicó la fiscalía como entendió tipificada la agravante del artículo 104 numeral 7⁸, por aprovecharse de la situación de indefensión de la víctima. Tampoco informó de qué forma conocían que tal circunstancia ocurrió o si ellos mismos la llevaron materialmente a cabo.

⁷ CSJ Sala Penal 52311 de 2018: "De otro lado, cuando en los cargos se plantea que el imputado o acusado actuó a título de coautor (de uno o varios delitos en particular), la Fiscalía debe precisar: (i) cuál fue el delito o delitos cometidos, con especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar; (ii) la participación de cada imputado o acusado en el acuerdo orientado a realizar esos punibles; (iii) **la forma cómo fueron divididas las funciones;** (iv) **la conducta realizada por cada persona en particular;** (v) **la trascendencia del aporte realizado por cada imputado o acusado, lo que, más que enunciados genéricos, implica establecer la incidencia concreta de ese aporte en la materialización del delito;** etcétera"

⁸ Como la sentencia condenatoria no incluyó la agravante del numeral 4 del artículo 104 no se hará referencia en esta instancia.

La incertidumbre sobre la acusación específica en contra de los cuatro condenados aumenta por el hecho de que por la muerte de José Alejandro fueron acusadas once personas, en las dos sesiones de esa audiencia. Las restantes personas llegaron a preacuerdo con la Fiscalía.

En relación con Sebastián Gómez Mendoza la acusación refiere, haciendo relación a dos testigos, que entre los integrantes de la grupo ilegal el Laberinto se menciona el alias de "Sebas: cuida o vigila, además custodia la droga (marihuana, perico)". Con base en tal mención fue acusado por el delito de concierto para delinquir agravado artículo 340 inciso segundo por concertarse para cometer delitos de fabricación o porte de estupefacientes.

3- Principio de congruencia

El artículo 448 del C.P.P dispone : El acusado no podrá ser declarado culpable **por hechos que no consten en la acusación**, ni por delitos por los que no se ha solicitado condena.

Veremos entonces si la fiscalía ofreció hechos a partir de los cuales se podría sustentar una condena que respete el principio de congruencia, esto es, hechos jurídicamente relevantes, al tenor de los criterios jurisprudenciales que se han citado.

3.1 Lo que se obtiene, de **los hechos que constan en la acusación**, en contra de cada uno de los acusados por el delito de homicidio se contrae a lo siguiente:

3.1.1 Yefri Pineda Santamaria. La acusación relaciona su nombre en con el alias de *nari*. Acerca de este alias se refiere que la testigo Lina María Ortiz expresó que entre los autores del homicidio del joven JUAN ALEJANDRO GOMEZ AGUDELO, puede asegurar, que intervinieron,

entre otros (...) NARI. La fiscalía en la acusación expresó que esta testigo: “Asegura que momentos después este grupo de personas, gritaban que: “habían matado a ese Pamplona”, además que, alias CHIQUI, el día que encontraron el cuerpo, le había asegurado que era el mismo que habían sacado en la cama-tarima, sujetos que pudo identificar plenamente en los reconocimientos fotográficos”

En la formulación de acusación al relacionar el delito de homicidio el fiscal mencionó el nombre de Yefri Pineda Santamaria, luego de relacionar la acción de otros dos acusados, sobre esta persona se limitó a referir su nombre sin explicar alguna acción específica en el homicidio.

De forma que el hecho que fue objeto de la acusación en contra de esta persona, haciendo una inferencia de lo propuesto por la fiscalía, porque en verdad no se le señaló directamente de esta acción, es que esta persona habría sacado la cama tarima donde se transportó la víctima.

3.1.2. Condenar a una persona como coautor por esta acción, implicaría desconocer que era obligación de la fiscalía explicar de forma explícita la trascendencia del aporte realizado por el acusado y establecer la incidencia concreta de ese aporte en la materialización del delito.

Por esta misma circunstancia, el resultado en la sentencia no fue otro que remitirse a enunciados genéricos acerca del aporte de este acusado.

El Juez expreso : “no tuvieron que haber participado de manera física o directa causando la muerte a la víctima, pues este tipo de organizaciones criminales, se encuentran jerarquizadas en sus funciones, dando a cada uno de sus integrantes un rol a realizar, no

obstante, en el caso en concreto cada uno de ellos sea **como sicario, vigilante o punto, llevando o trayendo elementos, vigilando la zona, campaneando, etc, prestaron una ayuda importante para la comisión del homicidio**, no quedándole duda a este funcionario la participación de los procesados YEFRI ESTIVEN PINEDA SANTAMARIA, CRISTIAN DANIEL CARDONA MARTINEZ, CRISTIAN ALEXIS VEGARA BARRERO y GIOVANNY ALBERTO HOLGUIN MUÑOZ."

El Juez no atribuyó alguna de estas acciones de forma directa o específica al condenado. Al final de la sentencia y sin explicar claramente como llegó a esa conclusión expresó: "el conocimiento que tuvieron del homicidio y el rol que cumplió cada uno de ellos, para ingresar a la víctima al barrio, para vigilar el sector en el momento en el que se cometía el delito y la ayuda para transportar el cadáver dentro de la cama-tarima, fue fundamental para la materialización de los resultados, porque es ahí donde van insertos los presupuestos del conocimiento y voluntad."

En concreto, el hecho jurídicamente relevante que no se presentó en la acusación y por el que a pesar de dicha falencia fue condenado, tendría que haberse expresado, para este acusado, no solo como el-presunto- transporte de la cama donde fue iba la víctima. La acusación debió explicar por qué el acusado conocía de que en la cama tarima se llevaba una persona muerta, que el acusado actuó en ese transporte como un aporte al homicidio y que ese transporte fue producto de una división del trabajo con conocimiento previo o concomitante para la materialización del delito.

Como esos hechos jurídicamente relevantes no fueron explicitados en la acusación la sentencia no podía, sin afectación del principio de congruencia, condenar supliendo la labor del fiscal al intentar ofrecer las razones de hecho y de derecho no contenidas en la acusación.

3.1.3 CRISTIAN ALEXIS VERGARA BARRERO. La acusación relaciona su nombre con el alias de *crilín*. Acerca de este alias se refiere que la testigo Lina María Ortiz expresó que entre los autores del homicidio del joven JUAN ALEJANDRO GOMEZ AGUDELO, puede asegurar, que intervinieron, entre otros; (...) alias *crilín*. La fiscalía en la acusación expresó que esta testigo: "Asegura que momentos después este grupo de personas, gritaban que: "habían matado a ese Pamplona", además que, alias CHIQUI, el día que encontraron el cuerpo, le había asegurado que era el mismo que habían sacado en la cama-tarima, sujetos que pudo identificar plenamente en los reconocimientos fotográficos".

En la formulación de acusación al relacionar el delito de homicidio el fiscal mencionó el nombre de Cristian Alexis Vergara Barrero, luego de relacionar la acción de otros dos acusados, sobre esta persona se limitó a referir su nombre sin explicar alguna acción específica en el homicidio.

De forma que el hecho que fue objeto de la acusación en contra de esta persona, haciendo una inferencia de lo propuesto por la fiscalía, por que en verdad no se le señaló directamente de esta acción, es que esta persona habría sacado la cama tarima donde se transportó la víctima, junto con otras dieciséis personas.

En lo restante sobre este condenado se remite a las mismas consideraciones del acápite 3.1.2. No obstante se reitera que como esos hechos jurídicamente relevantes no fueron explicitados en la acusación la sentencia no podía, sin afectación del principio de congruencia, condenar supliendo la labor del fiscal al intentar ofrecer las razones de hecho y de derecho no contenidas en la acusación.

3.1.4 Giovanni Alberto Holguín Muñoz. La acusación relaciona su nombre con el alias de *el viejo*. En el escrito de acusación no se

relaciona acción por parte de esta persona relacionada con el homicidio de Juan Alejandro Gómez, En la primera sesión de acusación en la que no se le acusó a él, se dijo en relación con el homicidio: “que es quien llevaba una bolsa y que además prestaba vigilancia”. De esta manera escueta y abiertamente imprecisa se relacionó su acción con el delito de homicidio. De nuevo, la fiscalía no explicó cuál fue la importancia del aporte y por qué se debía entender que actuó mediando un acuerdo común y en división del trabajo criminal, más allá de la insustancial aclaración, ya transcrita, que hizo a petición del juez en la primera sesión de acusación.

En lo restante sobre este condenado se remite a las mismas consideraciones del acápite 3.1.2.

3.1.5 Cristian Daniel Cardona Martínez. La acusación relaciona su nombre con el alias de *piraña* o *gatiel*. Acerca de este alias se refiere que la testigo Lina María Ortiz expresó que entre los autores del homicidio del joven JUAN ALEJANDRO GOMEZ AGUDELO, puede asegurar, que intervinieron, entre otros; (...) *Cristian Daniel*(...) *gatiel*. La fiscalía en la acusación expresó que esta testigo: “Asegura que momentos después este grupo de personas, gritaban que: “habían matado a ese Pamplona”, además que, alias CHIQUI, el día que encontraron el cuerpo, le había asegurado que era el mismo que habían sacado en la cama-tarima, sujetos que pudo identificar plenamente en los reconocimientos fotográficos”.

En la formulación de acusación al relacionar el delito de homicidio el fiscal mencionó el nombre de Cristian Daniel Cardona Martínez, luego de relacionar la acción de otro acusado sobre este se limitó a referir: “este es uno de los que acompañaba a alias *el viejo*” sin explicar alguna acción específica en el homicidio.

De forma que el hecho que fue objeto de la acusación en contra de esta persona, haciendo una inferencia de lo propuesto por la fiscalía, por que en verdad no se le señaló directamente de esta acción, es que esta persona habría sacado la cama tarima donde se transportó la víctima.

En lo restante sobre este condenado se remite a las mismas consideraciones del **acápito 3.1.2.** Únicamente se agrega que el fiscal no explicó por qué “acompañar a alias el viejo” se constituye en un hecho jurídicamente relevante en punto de coautoría, según los criterios ya citados. Además, no quedó claro finalmente en la acusación si su aporte fue transportar la cama tarima o “acompañar a alias *el viejo*”. La sentencia tampoco explicó por cuál de estas dos acciones profirió la condena.

3.2 Congruencia en el delito atribuido a **Sebastián Gómez Mendoza**

A esta persona se le acusó por el delito de concierto para delinquir agravado. Se refirió en la formulación de cargos que entre los integrantes de la grupo ilegal el Laberinto se menciona el alias de “Sebas: cuida o vigila, además custodia la droga (marihuana, perico)”. En la relación de acusados se vinculó este alias con el nombre de Sebastián Gómez Mendoza.

De forma totalmente incongruente la sentencia decidió condenarlo, no ya por cuidar, vigilar o custodiar la droga, que fueron los hechos relacionados por la fiscalía en el rol que habría cumplido dentro del grupo criminal, sino porque un “miembro de la Policía Nacional que reconoció a Sebastián Gómez alias Sebas como uno de los líderes o coordinador del sector, recordó que en varias ocasiones los capturaban con pequeñas dosis de estupefacientes, por lo que no ameritaba su judicialización”.

Más allá de que la sentencia no podía condenar por hechos que no fueron debidamente expuestos en la acusación sin afectar el principio de congruencia, en el siguiente numeral se mostrará que en cualquier caso la fiscalía no logró demostrar la responsabilidad penal por la precariedad probatoria en contra de los cinco acusados, tal y como lo reclama la bancada de la defensa en apelación, por lo que se impone privilegiar la absolución por encima de la evidente afectación del debido proceso por violación de aquel principio.

4. Evaluación probatoria

En este numeral se determinará cómo las pruebas son completamente deficientes para sostener la condena que se impuso, de forma que la consecuencia no será la nulidad, sino la absolución en relación con los cargos contenidos en la acusación.

4.1 Prueba en contra de Yefri Pineda Santamaria.

La sentencia lo condenó con base en el testimonio de Liliana María Ortiz de quien se dice que afirmó el juicio que el día de la muerte de Juan Alejandro Gómez observó a vicio, entre otros, a alias (...) "Nary", ayudando a cargar la cama tarima.

El Juez también afirmó, de forma genérica, acerca de los cuatro acusados por homicidio que: " hay evidencia de como ingresaron a la víctima al sector de "El laberinto" lo cual se pudo observar en el video cuándo, cómo y por quiénes iba acompañado el día ya la hora que fue visto por última vez con vida; hay declaraciones de como se le dio muerte a JUAN ALEJANDRO y las razones del homicidio y se probó quienes ayudaron transportando la cama-tarima para deshacerse del

cuerpo lanzándolo al río negro luego de habersele causado su muerte”.

Además, el Juez consideró probada la responsabilidad de esta persona en el homicidio, así: “Mírese por ejemplo que dentro de las labores investigativas que se realizaron, el investigador practicó interrogatorio a alias PACHELO quien le contó las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, reconociendo a muchos de los que llevaban a la víctima con rumbo a “la casa azul” donde lo asesinaron, entre ellos, señaló AL VIEJO (GIOVANNY ALBERTO HOLGUIN MUÑOZ), al NARY (YEFRI ESTIVEN PINEDA SANTAMARIA), GATIEL O PIRAÑA (CHRISTIAN DANIEL CARDONA MARTINEZ), BAZUQUERO, LAGARTO, CRILIN (CRISTIAN ALEXIS VEGARA BARRERO), reafirmando con esto, las declaraciones de la señora LILIANA MARIA ORTIZ”.

La Sala luego de revisar los registros de audio y video de las pruebas llevadas a juicio oral, encontró lo siguiente:

4.1.1 Acerca de testimonio de Liliana María Ortiz⁹ más allá de las insinuaciones de que alguna persona le indicaba algunos alias – según la apelación- circunstancia que en verdad no se evidencia en el registro de audio-video de su declaración, lo que sí se pudo evidenciar es que la testigo, a pesar de que manifestó que alias nari fue uno de los que cargó la base cama cuando la sacaron de la casa, fue muy imprecisa al momento de señalar, no solo los alias de quienes habrían ayudado a cargarla, sino que se evidenció -en el video de su testimonio- que al momento de contestar sobre quiénes habrían ejecutado tal acción, lo que hizo fue relacionar a todas las personas que expuso en su declaración anterior como pertenecientes al grupo criminal que delinquía en el sector.

⁹ Registro 2.48:18 audio 18 de mayo de 2021

Tampoco se puede dejar de anotar que la fiscalía en el afán de lograr datos más concretos de la testigo, se dio a la tarea de interrogar de forma sugestiva:

Fiscalía : Ud. dijo que vio como a ocho que estaban cargando la cama, Ud. nos puede decir quiénes eran los que estaban cargando la cama?

Testigo: Nari, chiwi, todos los que la había mencionado ahí, el calvo, carnicero...

Fiscalía: lleva cuatro

Testigo: pero es que ya los otros no me acuerdo bien doctor.

Fiscalía: Si Ud. hiciese memoria esperamos unos minutos frente a esas personas.. Ud recordaría?

Testigo: Con los cosas no casi ... yo les reconozco los rostros, la verdad.

Fiscalía: Por los apodos Ud. podría saber si las personas estarían ahí o no?

Testigo: Sí señor.

Fiscalía: Alias narí estaba?

Testigo: Sí señor.

Ante la evidencia de preguntas sugestivas, la defensa intervino y el Juez le advirtió a la fiscalía que utilizara otro método para hacer recordar los alias o nombres a la testigo. El fiscal utilizó la entrevista ya referida en la que le testigo nombró a los miembros de la banda y no específicamente a quienes habrían cargado la base cama.

4.1.2. La sentencia señala que la participación de todos los acusados por homicidio se sustenta en ese testimonio de Liliana Ortiz, el que considera corroborado por los videos acreditados por el investigador

Mauricio Ruiz. Acerca de la intervención de “Yefri alias Nari” -que fue la forma como el investigador lo relacionó- se tiene lo siguiente:

El investigador dio tres versiones acerca de cómo pudo establecer la identidad de las personas que reseñaba en el curso de su declaración en la que se exhibían los videos de las cámaras de seguridad. En primer lugar dijo que él supo lo que hizo cada uno de los acusados por información que le suministró alias Pachelo. También explicitó que fueron las testigos Liliana María Ortiz y Deisy Paola García Ortiz las que “señalan con nombre claro a cada una de las personas que están en las imágenes”. Finalmente explicó que él también los pudo reconocer por labores anteriores en el sector en relación con el tráfico de estupefacientes, dado que varios de ellos, entre ellos alias el nari, solían ser sorprendidos en posesión de esas sustancias.

La primera versión es objetada de forma adecuada por la defensa ya que el investigador hace relación a la versión de una tercera persona, con lo que se constituye en prueba de referencia no admisible. Asumiendo que alias “pachelo” se trata de Daniel Ospina Cataño, según lo referido en el escrito de acusación, esta persona declaró en juicio oral y allí brindó una versión en esencia distinta a la que refirió el investigador Ruiz, en relación con la participación de alias nari y de los demás acusados.

La versión de Liliana Ortiz, ya evaluada, deja serias dudas acerca de la forma en que expuso los alias de quienes habrían sacada la cama tarima y en verdad en el curso de su declaración no queda claro por qué el testigo Mauricio Ruiz dijo que la referencia acerca de la identidad de los acusados provenía de la versión de aquella, que, como se vio, fue poco precisa y ciertamente insegura en su relato en punto de la labor y la identidad de los acusados, en lo que ella conocía y lo que pudo percibir.

La versión del investigador acerca del conocimiento personal de los acusados, por labores previas queda en vilo, en tanto él mismo la condicionó a la información de alias "pachelo" y la testigo Ortiz. Pero, aun dando crédito a que por sus labores de investigación en el sector le permitían reconocer quiénes se veían en aquel video, la conclusión probatoria es precaria, de cara a la participación del acusado Yefri Pineda, especialmente según la acción que -de forma genérica- le imputó la fiscalía en la acusación, esto es, cargando la base cama.

4.1.3. El investigador relacionó así al acusado en los videos de la cámara de seguridad, denominada "la galería":

13.20.15¹⁰ el investigador dice: "por la forma de caminar este es mi **amigo el nari** , está con pachelo, **sí ese es yefri, yefri** que ingresó al callejón".

13.24.01* "**sale el nari ese es yefri, conocido como el nari**, siempre lo hemos conocido así. . Frecuente visitante de la unidad local por sus capturas. Sigue y se encuentra con lagarto".

13.43.35* aparecieron el demonio ya sin camisa, detrás de él el calvo, luego Jair cambiado, Natalia, crilin, shirly, todos se van a parar ahí, lagarto nuevamente todos mirando hacia abajo. Al frente esta la vía llamada tranvía y pasando esa calle está el río. **Apareció el nary**, se reúne con el resto. **Se refiere a yefri**. Crili vuelve con el demonio, el calvo y Jair, todos están juntos.

13.53.53* "Edwin aparece 13.53.12*. aparece el demonio, **el nari detrás**, se abrazan los tres"

¹⁰ Esta hora y las siguientes señaladas con asterisco, son las que se registran en los videos de las cámaras de seguridad, expuestas en juicio oral en el curso del testimonio del investigador Mauricio Ruiz.

13.56-32* “aparece nuevamente el demonio, el calvo, **el nari**, julian sin camisa también. Jair perdón, llegó Julián cambiado de ropa, llegó el del nacional también a la derecha, **se ve clarito al nari**, el demonio abrazando Julián abrazando **al nari**”

4.1.3.1. El video de la otra cámara de seguridad, muestra unas imágenes ocurridas a las 13.41.53* el investigador dice que allí en la parte inferior del video, en que se ve un movimiento, llevan “la base cama, Juan Alejandro y un colchón encima”. Dice que en un lugar - que no se visualiza en el video- está la carreta “con el bazuquero y con el mello.”

De esta forma las únicas imágenes, en las que el investigador señala que se trata de la salida de la base cama del barrio por uno de los callejones de salida del barrio, son bastantes lejanas y en verdad se observa un movimiento en que unas personas llevan un objeto de gran tamaño -según las proporciones de las cosas que se observan- que puede ser la base cama en cuestión, pero no se puede conocer de forma alguna quiénes la iban cargando.

En estas condiciones y comparando las dos cámaras en cuestión, y asumiendo que el investigador sí da cuenta cierta de quiénes son las personas que aparecen en el video de la cámara “la galería”, se habría determinado que yefri o alias el nari, no aparece en el momento en que ingresa la víctima caminando por la baranda del barrio y es conducido al callejón, pero sí se le observa, a partir de las 13:20* de ese día en el sector en compañía de algunas de las personas que aceptaron los cargos por el homicidio, con quienes conversa y se abrazan, según lo expuesto por el investigador en referencia a las cámaras de seguridad, lo que sería poco después -13.43.35*- de la salida de la base cama que llevó la víctima hasta el río, según la otra cámara de seguridad. De esta forma se podría inferir, por la actitud con quienes fueron ya condenados por ese hecho, que algún

conocimiento tuvo de lo ocurrido, sin embargo, no se corrobora, como lo propuso la fiscalía, que hubiere cargado la base cama en que se sacó a la víctima de la casa, y del barrio, y en la que fue llevada la víctima antes de ser arrojada al río. La incertidumbre acerca de su participación se suma a la precariedad de la propuesta acusatoria que dejó en ciernes los requisitos legales y jurisprudenciales para la adecuada atribución de la coautoría.

4.2 Prueba en contra de Cristian Alexis Vergara Barrero.

La sentencia lo condenó con base en el testimonio de Liliana María Ortiz de quien se dice que afirmó el juicio que el día de la muerte de Juan Alejandro Gómez observó a vio, entre otros, a alias (...) "Crilin", ayudando a cargar la cama tarima.

El Juez también afirmó, de forma genérica, acerca de los cuatro acusados por homicidio que: " hay evidencia de como ingresaron a la víctima al sector de "El laberinto" lo cual se pudo observar en el video cuándo, cómo y por quiénes iba acompañado el día ya la hora que fue visto por última vez con vida; hay declaraciones de como se le dio muerte a JUAN ALEJANDRO y las razones del homicidio y se probó quienes ayudaron transportando la cama-tarima para deshacerse del cuerpo lanzándolo al rio negro luego de habersele causado su muerte".

Además, el Juez consideró probada la responsabilidad de esta persona en el homicidio, así: "Mírese por ejemplo que dentro de las labores investigativas que se realizaron, el investigador practicó interrogatorio a alias PACHELO quien le contó las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, reconociendo a muchos de los que llevaban a la víctima con rumbo a "la casa azul" donde lo asesinaron, entre ellos, señaló AL VIEJO (GIOVANNY ALBERTO HOLGUIN MUÑOZ), al NARY (YEFRI ESTIVEN PINEDA SANTAMARIA), GATIEL O PIRAÑA (CHRISTIAN DANIEL CARDONA

MARTINEZ), BAZUQUERO, LAGARTO, CRILIN (CRISTIAN ALEXIS VEGARA BARRERO), reafirmando con esto, las declaraciones de la señora LILIANA MARIA ORTIZ".

En relación con el testimonio de Liliana Ortiz lo expresado por la testigo acerca de este acusado fue lo siguiente:

Fiscalía: ¿Cuándo ud. dice que ellos a quienes se refiere?

Testigo: Los que se llevaron la cama, estaba crili, el nari, no le digo los nombres porque yo los nombres no me los sé. Yo los conozco así sobre apodos. Crili, estaba el calvo, estaba wichi. Habían muchos, no me acuerdo de los apodos de ellos sino pues ya. Eso fue como entre ocho que bajaron esa cama.

Fiscalía: Cuando Ud. menciona a crili, quién es crili?

Testigo: Es... pues yo lo ví ahorita a él en la foto, él vivía en Juan Antonio morillo, eso era como más de una cuadrita, exactamente no, vivía con la suegra y la mujer.

La Sala se remite a la evaluación ofrecida en el **acápito 4.1.1.** en tanto que el señalamiento de la testigo fue enumerar algunos alias quienes habrían cargado la base cama, las consideraciones allí expresadas valen, para lo que concierne, a quien se señaló como Cristian alias crili. Igualmente valen las premisas ofrecidas por la Sala en relación con la deficiente corroboración por parte del investigador Andrés Mauricio Ruiz en el **acápito 4.1.2.** haciendo, claro está, referencia a alias crili.

4.2.1 El investigador relacionó así al acusado en los videos de la cámara de seguridad, denominada "la galería"¹¹:

¹¹ Audiencia de juicio oral del 24 de sept 21

13.13.53.¹² sale del callejón demonio con crili. Con esas mismas prendas de vestir lo habíamos individualizado en varias ocasiones.

13.23.18* entra Cristian crili con lagarto, Cristian crili hacia el callejón.

13.43.35* aparecieron el demonio ya sin camisa, detrás de él el calvo, luego Jair cambiado, Natalia, crilin, shirly, todos se van a parar ahí, lagarto nuevamente todos mirando hacia abajo. Al frente esta la vía llamada tranvía y pasando esa calle está el río. Crili vuelve con el demonio, el calvo y Jair, todos están juntos.

13.48.05* crili, sigue con ellos al parecer se toman una foto.

Para el análisis de estas referencias del investigador acerca del contenido de las cámaras de seguridad se remite la Sala a lo ya expuesto en el acápite **4.1.3.1.** y se reitera acerca de esas imágenes que se podría inferir, por la actitud del acusado con quienes fueron ya condenados por ese hecho, que algún conocimiento tuvo de lo ocurrido, sin embargo, no se corrobora, como lo propuso la fiscalía, que hubiere cargado la base cama en que se sacó a la víctima de la casa, y del barrio, y en la que fue llevada antes de ser arrojada al río. La incertidumbre acerca de su participación se suma a la precariedad de la propuesta acusatoria que dejó en ciernes los requisitos legales y jurisprudenciales para la adecuada atribución de la coautoría.

4.3 Prueba en contra de Giovanni Alberto Holguín Muñoz.

El Juez condenó a Holguín Muñoz con las mismas premisas ya relacionadas para los anteriores acusados en los tres primeros párrafos de los acápites **4.1 y 4.2.**

¹² Esta hora y las siguientes señaladas con asterisco, son las que se registran en los videos de las cámaras de seguridad, expuestas en juicio oral en el curso del testimonio del investigador Mauricio Ruiz.

En relación con el testimonio de Liliana Ortiz lo expresado por la testigo acerca de este acusado fue lo siguiente:

Fiscalía: le dejo otro documento para ver si aparecen otras que Ud. no recuerde.

Testigo: Pacuelo, Moncho , chiqui, crili, la piraña, el viejo, lagarto, calvo, rapunsel, chiwi, flaca, el mello, brayan, el nary, el mueco, **el viejo**, la tia.

Fiscalía: ¿Quién era alias el viejo?

Testigo : Era uno de los que trabajaba en la banda.

Fiscalía: ¿Ud. sabe si él estaba ese día?

Testigo: bajó la cama.

Reitera la Sala que en la declaración testigo se pudo evidenciar que la testigo, a pesar de que manifestó que alias el viejo “bajó la cama” fue muy imprecisa al momento de señalar, no solo los alias de quienes habrían ayudado a cargar la base cama, en que fue sacada la víctima, sino que se evidenció -en el video de su testimonio- que al momento de contestar sobre quiénes habrían ejecutado tal acción, lo que hizo fue relacionar a todas la personas que -en su declaración anterior- expuso como pertenecientes al grupo criminal que delinquía en el sector.

La forma en que brindo respuesta a una pregunta aclaratoria del Juez devela tal inseguridad acerca de quiénes vio desplegando alguna acción aquel día:

Juez: Ud. mencionó varios alias cuando se le refrescó memoria por parte del fiscal. De esos alias que mencionó. ¿Todos ellos ayudaron al momento de cargar la cama tarima?. ¿Sí ayudaron todos?

Testigo: Sí estaban todos.

Juez: ¿Todos cogían o cargaban la cama tarima.?

Testigo: Sí unos la cogieron y otros se quedaron ahí parados. Pero la mayoría la llevaban.

La pregunta resultó necesaria para el Juez dado que, según la narración de la testigo, la mayoría de los dieciséis alias de personas que relacionó habrían ayudado a cargar la base cama.

Tal dato resulta incompatible al ser confrontado con la relación que hizo el investigador al exponer el video en que se observa un objeto que fue referido por él como la base cama. Según el investigador la base cama fue llevada hasta la carreta en que la recibieron alias el "basuquero" y alias "el mello" por cerca de seis personas.

4.3.1. El investigador relacionó así al acusado en los videos de la cámara de seguridad, denominada "la galería"¹³:

11:40:48¹⁴ señala que la segunda persona que se percibe caminando en la imagen es la víctima que viene abrazado por alias pachelo. Señala que detrás de ellos viene Chiwi y Julián, shirly Jair lagarto y Natalia, se muestra que todos van a un lugar que el testigo llama el callejón. Luego el testigo dice ahí va Giovanni mostrando una persona que un momento después se dirige hacía el mismo lugar en que iban las otras personas (no se puede saber en el video por dónde siguen y si este Giovanni va detrás de ellos, o va solo y se dirige hacia ese sitio)

Luego dice que ve a Giovanni saliendo del callejón en referencia a una persona vestida de azul y de cachucha que se devuelve del lugar a donde se dirigía. Más adelante se observa a la misma persona con una

¹³ Juicio oral sesión sept 22 2021.

¹⁴ Hora que registra la cámara de seguridad expuesta por el testigo Andrés Mauricio Ruiz

bolsa, regresando al sitio. El investigador dice que la persona que señala como Giovanni les pidió que no mataran al muchacho y que lo mismo le dijo pachelo.

12.00.05 Giovanni va de las barandas hacia el callejón -camina por allí-

12:02 sale nuevamente Giovanni del sector del callejón.

12.03.41 Giovanni habla con Daniel alias pachelo. Mello el vigilante de la tienda va a donde esta los últimos dos.

12 .08.51 Giovanni vuelve al callejón.

12.14.31 Giovanni sale del callejón. Se queda en la baranda, vuelve a mirar hacía el callejón.

A propósito de este acusado se tiene que el investigador Andrés Mauricio Ruiz refirió que alias “el viejo” siendo miembro de la banda, le expresó personalmente que él se opuso a que le dieran muerte a la víctima. Dijo también que alias pachelo le confirmó esta versión. Aunque es posible que tales manifestaciones tuvieran el común objetivo de evitar la judicialización de alias el viejo, lo cierto es que a partir de observado en las cámaras y el resto de pruebas debatidas en juicio oral no es posible determinar una participación relevante de esta persona, con el grado de convicción suficiente para proferir sentencia de condena.

Por la referencia general que hizo la acusación, en contra de todos los acusados, se entendería que al acusado se le atribuyó haber cargado la cama tarima. Puntualmente acerca de la acción desplegada por esta persona la fiscalía resaltó que “es quien llevaba una bolsa y que además prestaba vigilancia”.

Ya se reseñó como no es posible conocer por los videos qué personas cargaron la base cama, la declaración de Liliana Ortiz ya fue evaluada en este punto, y la aparición del acusado en los videos, no aporta ninguna evidencia que señale que hubiese ejecutado tal acción.

La fiscalía describió que alias el viejo se le vio con una bolsa en la mano. Tal circunstancia se evidencia en los videos según lo reseñado por el investigador, sin embargo, la fiscalía no explicó, ni se desprende por su propia ocurrencia, cómo tal acción es relevante para que se constituya como un aporte en división del trabajo dirigida a causar la muerte de la víctima.

La fiscalía también mencionó que esta persona prestó vigilancia. Aunque podría suponerse que la fiscalía quiso hacer referencia a que vigilaba para evitar la llegada de autoridades al lugar, lo cierto es que de lo visto en la grabación, no se puede desprender que su permanente presencia en los primeros minutos del video, colmen los requisitos legales y jurisprudenciales para afirmar su participación del grado de coautoría del homicidio.

Según se observa, en los primeros minutos de la grabación, la persona señalada por el investigador como alias el viejo, no está presente en el momento en que la víctima aparece en las imágenes llevado por alguien en forma de abrazo y con dos sujetos que le siguen. La aparición del acusado se da momentos después por lo que su presencia podría deberse, o no, a la vigilancia atribuida por la fiscalía.

Tal presencia se atenúa por el hecho de que su última aparición en los videos ocurre a las 12: 08:51. El investigador dio cuenta de la presencia en el mismo sitio hacia las 12:40 y siguientes de varias personas, entre otras quienes aceptaron cargos por el homicidio, pero a alias el viejo no se le reseñó por el investigador en estas finales grabaciones. El

resultado probatorio es, entonces, insuficiente para proferir sentencia condenatoria en su contra.

4.4 Prueba en contra de Cristian Daniel Cardona Martínez.

El Juez condenó a Cardona Martínez con las mismas premisas ya relacionadas para los tres anteriores acusados en los tres primeros párrafos de los acápites **4.1 y 4.2**.

Para determinar que el alias de este acusado fue el propuesto por la fiscalía en acusación ocurrió lo siguiente:

En la hora 11:58 24 del video de la cámara de seguridad “ la galería” sale una persona vestida de camiseta azul y el investigador refiere que se ve a Cristian.

El Juez le hace una pregunta “aclaratoria”, dice que el testigo menciona a Cristian. Pregunta : ¿había un solo Cristian dentro del grupo de muchachos?

El testigo responde: está piraña o gatiel y está crili. Este es gatiel, crili lo vamos a reconocer en los videos .. el juez interrumpe y pregunta ¿ a cuál de los dos se están refiriendo?. El testigo responde: a piraña.

Claramente, una pregunta de esta índole no le corresponde al Juez pues se trata de un interrogante con alto contenido de interés para la parte acusadora. Más allá de esta indebida injerencia en el interrogatorio, lo actuado probatoriamente en relación con este acusado, es aún más precario que las pruebas analizadas en contra de los tres anteriores.

En relación con el testimonio de Liliana Ortiz lo expresado por la testigo acerca de este acusado fue lo siguiente:

Fiscalía: Ud. sabe quién es piraña o gatiel?

Testigo: Piraña, no.

Fiscalía: O gatiel no sabe quiénes son?

Testigo: Gatiel, me parece que sí me suena.

Fiscalía: Por eso y quién es esta persona, Ud. sabe quién dentro de lo que Ud. conoce allá del sector?

Testigo: Todos eran compañeros de trabajo.

Fiscalía: Ud. recuerda si esta persona entonces estaba dentro de los que Ud. ha mencionado.

Testigo: Sí.

De nuevo resalta la Sala: ante la evidencia de preguntas sugestivas, la defensa intervino y el Juez le advirtió a la fiscalía que utilizara otro método para hacer recordar los alias o nombres a la testigo. El fiscal utilizó la entrevista ya referida en la que le testigo nombró a los miembros de la banda y no específicamente a quienes habrían cargado la base cama.

En el caso, se debe recalcar que la testigo incluso ante la pregunta calificada como sugestiva acerca del alias de piraña respondió: "piraña, no." Sin embargo al utilizar la declaración anterior relacionó a piraña, como uno de los integrantes de la grupo criminal que actuaba en el sector, pero no lo relacionó con el alias de "gatiel" de quien dijo en el juicio : " sí me suena".

En lo restante que corresponde al análisis de la Sala de este testimonio y su presunta corroboración con lo referido por el investigador Andrés

Mauricio Ruiz se remite a lo expuesto en los acápites **4.1.1 y 4.1.2.** por supuesto reemplazando el alias allí referido por el acusado que se relacionó con el alias de "gatiel o piraña".

4.4.1. El investigador relacionó así al acusado en los videos de la cámara de seguridad, denominada "la galería"¹⁵:

A las 11.47 32 dice acá llega Cristian, no dice a quién se refiere. Hay varias personas en el video en ese momento.

A las 11:58 24 sale una persona vestida de camiseta azul y refiere que se ve a Cristian y antes vuelve a verse a quien llama Giovanni.

El Juez hace la pregunta " aclaratoria" :había un solo Cristian dentro del grupo de muchachos?

El Testigo responde, está piraña o gatiel y está crili. Este es gatiel, crili lo vamos a reconocer en los videos .

Ninguna otra referencia se hace al acusado que fue relacionado por el Juez con ese alias. La fiscalía le atribuyó como un hecho relevante "es quien acompaña a alias el viejo" . La precariedad probatoria es total en este caso. Esta falencia se suma a la imposibilidad de asignar algún rol relevante con la asilada acción que se percibe por parte del acusado, para quien, al igual que en los anteriores acusados, se suma la débil propuesta acusatoria que dejó en ciernes los requisitos legales y jurisprudenciales para la adecuada atribución de la coautoría.

4.5 Prueba en contra de Sebastián Gómez Mendoza.

La condena en contra de esta persona contiene el defecto de incongruencia ya citado en el acápite **3.2**

¹⁵ Sesión de juicio oral del 20 de mayo de 2021

La sentencia expresó: “miembro de la Policía Nacional que reconoció a Sebastián Gómez alias Sebas como uno de los líderes o coordinador del sector, recordó que en varias ocasiones los capturaban con pequeñas dosis de estupefacientes, por lo que no ameritaba su judicialización”.

El único testigo que hizo referencia a esa actividad en toda la prueba en el juicio oral fue el agente José Vicente Palacín García¹⁶.

Acerca de Sebastián Gómez Mendoza mencionó que era conocido con el alias de “sebas”. Afirmando que era uno de los líderes de ese clan, uno de los coordinadores, según dijo, así les llaman dentro del grupo criminal. Aseguró que era de los encargados de dar órdenes a los otros muchachos. Recordó que participó en un procedimiento en contra de él y lo capturó por estupefacientes, con droga, explicó.

Luego se le preguntó al testigo: ¿Ud supo que pasó en esos procedimientos que resultados? El policía contestó: Posteriormente por la cantidad mínima, no ameritaba medida de aseguramiento y era dejado en libertad.

También se le indagó acerca que de qué hizo para determinar que Sebastián era una de las personas líderes del grupo. El testigo respondió: “bueno a Sebastián Gómez Mendoza también, por información de los mismos consumidores. Ellos eran los que nos suministraban quién era el que coordinaba, allí el año 2017 al año 2018.”

La insuficiencia probatoria se explica fácilmente. Una captura con pequeñas dosis, no indica, -sin otras pruebas- la calidad de líder de una organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes. Precisamente, según el propio testigo, tal cantidad de estupefaciente

¹⁶ Sesión de juicio oral del 5 de mayo de 2021.

no servía para endilgarle la calidad de vendedor o traficante, por tanto tampoco era suficiente para afirmar la conformación de un grupo de las características señaladas en la acusación.

La calidad de líder o coordinador del grupo delincencial es expresado por el testigo con claro contenido de prueba de referencia no admisible, puesto que esa calidad de líder no la conoció el testigo de forma personal, sino por información de terceros no determinados, que de cualquier forma no comparecieron a juicio oral.

Se reitera que de cualquier forma la fiscalía acusó a Sebastián Mendoza, alias sebas, de la siguiente forma: "SEBAS: cuida o vigila, además custodia la droga (marihuana, perico)" . La escasa prueba de referencia no admisible aportada por la fiscalía no apuntó a que esta persona cuidara o vigilara alguna zona o sector. Tampoco se aportó información en el sentido de que custodiara droga.

En estas condiciones es evidente que se desvirtúa la razón otorgada por el Juez para sustentar la condena.

Resueltas así las inconformidades de la defensa y evidenciada la falta de solidez probatoria de la sentencia de primera instancia, **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: REVOCAR la sentencia condenatoria proferida el 31 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia que profirió fallo condenatorio en contra de, **YEFRI ESTIVEN PINEDA SANTAMARIA, CRISTIAN ALEXIS VEGARA**

BARRERO, GIOVANNY ALBERTO HOLGUIN MUÑOZ, CHRISTIAN DANIEL CARDONA MARTINEZ y SEBASTIÁN GÓMEZ MENDOZA.

SEGUNDO: ABSOLVER a YEFRI ESTIVEN PINEDA SANTAMARIA, CRISTIAN ALEXIS VEGARA BARRERO, GIOVANNY ALBERTO HOLGUIN MUÑOZ, CHRISTIAN DANIEL CARDONA MARTINEZ por los hechos y el delito objeto de la acusación Homicidio agravado artículos 103 y 104 numeral 7 del C.P.

TERCERO: ABSOLVER a SEBASTIÁN GÓMEZ MENDOZA por los hechos y el delito objeto de la acusación Concierto para delinquir agravado artículo 340 inciso segundo del C.P.

CUARTO: Informar de esta decisión a las autoridades penitenciarias donde cumplen actualmente pena por otro delito **YEFRI ESTIVEN PINEDA SANTAMARIA, CRISTIAN ALEXIS VEGARA BARRERO, GIOVANNY ALBERTO HOLGUIN MUÑOZ, CHRISTIAN DANIEL CARDONA MARTINEZ.**

QUINTO: Cancelar la orden de captura que se haya proferido en contra de **SEBASTIÁN GÓMEZ MENDOZA**, por razón de la sentencia condenatoria proferida en su contra el 31 de agosto de 2022.

SEXTO: Realizar todas las comunicaciones que por ley correspondan a esta decisión absolutoria.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

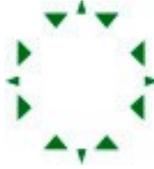
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **20caee3c4d8c6ae88b37a2143cb59499632aec26185d3b0b33e7ec8fe3b85c89**

Documento generado en 27/03/2023 02:10:35 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 29 del 27 de marzo de 2023

Proceso	Penal Ley 906 de 2004
Instancia	Segunda
Temas	Valoración probatoria
Apelante	Defensa
Radicado	05-101-60-00330-2022-00101 (N.I. TSA 2023-0026-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar – Antioquia.

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral primero del C.P.P., Ley 906 de 2004.

HECHOS

El 13 de mayo del año 2022, MARIO JAVIER OSORIO VELÁSQUEZ fue sorprendido cuando se encontraba vendiendo sustancias estupefacientes a otra persona en la calle 13, sector Puente Restrepo del municipio de Salgar. En su poder fueron hallados ciento cinco mil pesos (105.000\$), en billetes de diferentes denominaciones, que había acabado de recibir del comprador, a quien el acusado le entregó, a cambio del dinero, una bolsa plástica que contenía una sustancia que, una vez analizada, arrojó positivo para cannabis y sus derivados con un peso neto de sesenta (60) gramos.

LA SENTENCIA

El 2 de diciembre del año 2022, luego de finalizada la audiencia de juicio oral y de conformidad con el sentido de fallo anunciado, la Juez Penal del Circuito de Ciudad Bolívar profirió fallo condenatorio en contra de OSORIO VELÁSQUEZ al hallarlo responsable, como autor, del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. En consecuencia, le impuso pena de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, y multa de dos (2) S.M.L.M.V. También negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, la Defensa presentó y sustentó oportunamente el recurso de apelación con el fin de obtener la

revocatoria de la condena. Las razones de su inconformidad se pueden sintetizar de la siguiente manera:

Se valoró indebidamente el testimonio de Pablo Zapata Zamora, quien no fue concluyente sobre el actuar delictual del procesado, por el contrario, aportó explicaciones que exculpaban a OSORIO VELÁSQUEZ en la adquisición los alucinógenos.

El policía Sebastián Arboleda Restrepo acudió al lugar de los hechos por una fuente no formal, y tras abordar a Zapata Zamora procedió a la captura del acusado sin mediar ninguna pregunta.

Las manifestaciones de Lucero Montoya Garzón no se corroboraron suficientemente, esta nunca aseguró haber percibido que MARIO JAVIER vendiera estupefacientes. De modo que no se demostró la venta por la que se acusó.

No hubo pronunciamiento de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación limitándose a los asuntos que fueron objeto de impugnación, y anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada.

A fin de sustentar debidamente tal anuncio, se precisa que el recurrente centra su objeción en la valoración de tres testimonios de cargo y asegura que de estos no puede colegirse la responsabilidad penal del procesado, en concreto, en relación a la venta de estupefacientes descrita en la acusación. Estos medios de conocimiento que se analizarán a continuación.

- **Del testimonio de Pablo Zapata Zamora**

Pablo Zapata Zamora¹ quiso otorgar un testimonio favorable al procesado. Aseguró sentir aprecio por él, conocerlo de tiempo atrás, lo calificó como “*muy buena gente*” y “*amigo*”, también dijo que en ocasiones consumieron marihuana juntos.

Ahora, respecto a los hechos en donde resultó capturado OSORIO VELÁSQUEZ, intentó matizar que se trató de una venta de marihuana: señaló que este solo lo “ayudó” a conseguir dicha sustancia, que se la “facilitó”, incluso, que la adquirieron para el consumo de ambos y que entre ellos se la dividieron. Además, manifestó sentirse responsable de la aprehensión del sujeto.

Sin embargo, en desarrollo del interrogatorio cruzado (especialmente el contrainterrogatorio -como bien señaló la Juez-, y también en el re-directo) el testigo precisó que MARIO JAVIER le *vendió* la droga. Adicionalmente, durante el interrogatorio directo dijo: “*los ciento cinco mil pesos (105.000\$) yo se los debía al señor por la marihuana*”. Tal cantidad de dinero, reiteró a lo largo de su declaración, la entregó a MARIO JAVIER OSORIO VELÁSQUEZ a cambio de una bolsa negra que contenía unas siete bolsas de la citada droga, lo que explica que haya dicho que cada una costó cerca de quince mil pesos (15.000\$).

En esos términos, es evidente que sí hubo una negociación entre el testigo y el acusado, la cual implicó el intercambio de dinero por la droga. Esta comercialización se enmarca con facilidad en una venta ilícita, en concreto, la referida en la acusación.²

¹ Juicio oral del 2 de noviembre de 2022, el registro de la audiencia se encuentra en el segundo enlace consignado en el archivo “*13EnlaceAudienciaJuicio*”, récord 00:00:01 a 00:20:35.

² CSJ SP, 23 jun. 2010, Rad. 31352 “se trata de un delito de conducta alternativa que está integrado por varios verbos rectores, donde cada uno configura una conducta autónoma e independiente. Al iniciarse la acción en cualquiera de las modalidades previstas, ya se está consumando el delito. La

Aunque Zapata Zamora insistió en que la adquisición de la sustancia de manos del procesado fue un favor que este le hizo, y que los alucinógenos se adquirieron para el consumo de ambos, no supo explicar dónde fue que los dos la consiguieron. Además, fue claro en que la droga pertenecía al acusado, y este, ante su insistencia (del testigo), le vendió un poco.

Entonces, como acertadamente concluyó la Juez, y pese a que Pablo Zapata Zamora quiso disimular la venta, lo cierto es que una valoración serena del testimonio no permite una lectura diferente a que se trató de una venta de aquella sustancia.

- **Sobre el testimonio de Sebastián Arboleda Restrepo**

Sebastián Arboleda Restrepo,³ policía que capturó a MARIO JAVIER OSORIO VELÁSQUEZ, explicó que, de acuerdo a una información de inteligencia -basada en una fuente no formal-, sabía que aquel posiblemente se estaba dedicando a la venta de estupefacientes. En razón de ello, el 13 de mayo del año 2022, dentro de sus tareas de patrullaje, junto a un compañero, al pasar por la residencia del sujeto se percataron de que este y Pablo Zapata Zamora estaban intercambiando un dinero por una bolsa negra. Alertados por la situación, abordaron a los hombres y corroboraron con el portador de la bolsa que esta contenía una sustancia con las características propias de la marihuana, lo que llevó a la privación de la libertad de OSORIO VELÁSQUEZ.

norma no demanda la presencia de un dolo específico, pues basta con la voluntad de cumplir el acto que por sí solo se conoce contrario a la ley” .

³ Juicio oral del 2 de noviembre de 2022, el registro de la audiencia se encuentra en el primer enlace consignado en el archivo “13EnlaceAudienciaJuicio”, récord 00:11:10 a 00:48:00.

Véase que, aun cuando la presencia de los policías en el lugar de los hechos no fue totalmente casual, aquellos podían estar allí por tratarse de un sitio que permitía el desarrollo de la labor de patrullaje, y esta tarea, junto a la información con la que contaban -la que apuntaba a una posible venta de estupefacientes-, los llevó a estar alertas a la actividad que se generaba en tal espacio, precisamente, esto los ayudó a percibir la sospechosa interacción del acusado con otro ciudadano. En esas condiciones, nada les impedía abordarlos para verificar la legalidad de su comportamiento.

Así que, el uso dado a la información previa con la que contaba Arboleda Restrepo no implicó irregularidad alguna, como sugiere el recurrente, por el contrario, permitió que su función de vigilancia se ejecutara con mayor eficiencia dentro de un aceptable marco de legalidad, por lo que estas situaciones en nada afectan la trascendencia del medio de conocimiento.

En esas condiciones, es claro que lo percibido directamente por el testigo al momento de los hechos fue una venta de alucinógenos, situación consistente con la narrada por su compañero en juicio, el patrullero Carlos Mario Ruiz Agudelo.⁴ Conclusión que adquiere mayor consistencia si se tiene en cuenta el testimonio de Pablo Zapata Zamora.

Para responder con suficiencia a los planteamientos del recurrente, importa destacar que la Policía no estaba en la obligación de cuestionar a MARIO JAVIER sobre su conducta, ello incluso podría implicar la trasgresión de sus derechos, como el de defensa y a guardar silencio.

⁴ Juicio oral del 2 de noviembre de 2022, el registro de la audiencia se encuentra en el tercer enlace consignado en el archivo “13EnlaceAudienciaJuicio”, récord 00:11:10 a 00:48:00.

Además, como los patrulleros observaron el intercambio de la bolsa por el dinero, y verificaron que en la bolsa se guardaba marihuana, contaban con elementos que les permitía inferir la ocurrencia del delito y la responsabilidad OSORIO VELÁSQUEZ, así que nada impedía proceder con la captura de este, aun sin pedirle explicaciones, pues ante la flagrancia advertida, las justificaciones debían presentarse a las autoridades pertinentes en desarrollo de la investigación penal que se iniciaba.

- **Respecto al testimonio de Lucero Montoya Garzón**

Lucero Montoya Garzón⁵ dijo en juicio que no percibió a MARIO JAVIER OSORIO VELÁSQUEZ comerciando alucinógenos. De modo que, al no ser testigo directa de los hechos, no podía dar cuenta, en específico, de la venta referida en la premisa fáctica de la acusación. A pesar de lo anterior, la valoración de este testimonio junto a las demás pruebas practicadas sirve para hacer más probable la teoría del caso de la Fiscalía. Veamos.

Montoya Garzón expuso que su padre es vecino del acusado, que estos dos tienen un gran parecido físico y que ella vive cerca de ambos. Aseguró que MARIO JAVIER se dedica al expendio de drogas, pues su progenitor ha tenido problemas al ser confundido con este, al punto que lo han buscado los consumidores de estupefacientes para que los aprovisione de estos. Además, refirió que por tratarse de un pueblo pequeño conoce a los consumidores, y que estos ingresan constantemente a la residencia del acusado. Lo que la llevó a dar su versión ante las autoridades una vez se enteró de la aprehensión de OSORIO VELÁSQUEZ.

⁵ Juicio oral del 2 de noviembre de 2022, el registro de la audiencia se encuentra en el cuarto enlace consignado en el archivo “13EnlaceAudienciaJuicio”, récord 00:11:10 a 00:48:00.

Como acertadamente argumentó la Juez, pese a las objeciones del Defensor, este testimonio sirve de corroboración a los señalamientos que dieron los testigos directos antes valorados en esta decisión. De ahí su relevancia para la solución del caso.

Nótese que aun cuando Lucero no observó la comercialización de alucinógenos en cabeza del acusado, advirtió la posibilidad de que ello estuviera sucediendo, conforme a hechos que así se lo indicaban. Ahora, la captura en flagrancia de MARIO JAVIER el 13 de mayo del año 2022 sirvió para verificar que no estaba equivocada, pues se demostró que el sujeto vendía marihuana.

Resueltas las inconformidades del apelante, y sin necesidad de otras consideraciones, esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

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 con la aceptación del contenido de la sentencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de origen y naturaleza conocida, en cuanto fue materia de apelación.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **23271bab57e855d78a90939735fafa19739444c0bdb988404fc35e2333c179e**

Documento generado en 27/03/2023 02:09:39 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 050456000324202100035 **N.I.** 2023-0088

Acusado: JAVIER DE JESUS CHANCI CHANCI

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

Decisión: Confirma

Aprobado mediante acta 046 del 28 de marzo del 2023

Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Adolfo Pinzón Jácome. -

Medellín, marzo veintiocho de dos mil veintitrés

1. Objeto del pronunciamiento. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia emitida el 16 de diciembre del 2022 por el Juzgado Primer Penal del Circuito de Apartadó.

2. Hechos y Actuación procesal relevante.

El acontecer fáctico fue narrado en la sentencia de primera instancia así:

“El día 1 de marzo del año 2021, a eso de las 22:06 horas, fue capturado el señor Javier de Jesús CHANCÍ CHANCÍ, por portar un arma de fuego en el cinto del pantalón, cuando se encontraba sentado en el andén de una residencia ubicada en la carrera 84 con calle 99 del barrio San Fernando del municipio de Apartadó, al parecer en alto estado de embriaguez, cuando fue visto por los patrulleros de la policía que hicieron presencia en ese sitio, por una llamada informativa sobre la existencia de un arma, por eso se hizo registro a personas, encontrándole el arma de fuego tipo revólver calibre 38, sin poder

mostrar la autorización que legalizara ese porte. ”

Efectuada la imputación por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, el imputado no se allanó, pero posteriormente, antes de dar inicio a la audiencia de acusación, el señor JAVIER DE JESÚS CHANCI CHANCI, la fiscal del caso y su defensor presentaron un preacuerdo, donde aquel acepta el delito atribuido y solo para efectos de la tasación de la pena se le reconoció lo dispuesto para ello para la complicidad, estipulando una pena total de 54 meses de prisión.

3. Sentencia apelada. -

Después de relatar el acontecer fáctico y resumir la actuación, indica el señor Juez de primera instancia que en virtud del de la aceptación de cargos se encuentra debidamente demostrada la autoría y participación del procesado en el delito endilgado que se materializó cuando fue capturado en situación de flagrancia portando un arma de fuego.

Se ocupó igualmente de los diferentes elementos materiales probatorios y evidencias que se acompañaron junto con la aceptación de cargos y encontró entonces que la materialidad de la conducta enrostrada estaba acreditada y vista que la aceptación de cargos fue libre consiente y voluntaria encontró procedente entrar a emitir una sentencia condenatoria, al encontrar que el beneficio acordado en el preacuerdo resulta ajustado a la ley.

Señaló entonces que la pena que debían descontar los procesados era conforme a lo acordado de 54 meses de prisión, e indicó que no era posible acceder a ningún beneficio o subrogado pues, la pena impuesta supera el límite de 4 años, y en relación a la prisión domiciliaria, se debe tener en cuenta que el delito por el que se condena tiene una pena mínima de 9 años, y a rebaja por complicidad, es solo una ficción producto del preacuerdo,

y no se reúnen los requisitos de la figura del padre cabeza de familia, visto que la menor hija del procesado cuenta con su madre quien debe y puede velar por ella.

4. Del recurso interpuesto. -

Dentro del término de ley, el defensor reclama se conceda la suspensión condicionada de la ejecución de la pena o prisión domiciliaria a su representado por las siguientes razones:

Menciona que no se puede decir que se está frente a un delito con pena superior a 8 años pues la pena acordada fue de 54 meses, en ese orden de ideas debe tenerse en cuenta el tiempo que estuvo su asistido en prisión domiciliaria, por lo que al descontarse e mismo la pena real que debe descontar es inferior a 48 meses y por lo mismo puede acceder a la suspensión condicionada de la ejecución de la pena, conforme las reglas que al respecto a establecido la jurisprudencia.

En caso de que no se acceda a tal pedimento, insiste en la prisión domiciliaria, no solo porque la pena fijada es inferior a 8 años, sino porque su asistido reúne las condiciones de padre cabeza de familia, omitió el juez de primera instancia considerar las valoraciones psicológicas efectuadas a la menor hija de su asistido que dan cuenta del temor y malestar que genera en la menor alejarse de su padre, y como es necesario para su adecuada formación, el estar junto a su progenitor, visto que la madre reside en la ciudad de Buenaventura y la menor no se siente bien con ella, por lo tanto debe darle protección a la niña y permitir que el procesado este en prisión domiciliaria.

5. Consideraciones de la Sala. -

El tema de estudio para la Sala según se desprende de la apelación lo es ¿si procede la suspensión condicionada de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria que se reclama para el condenado?

Lo primero que debe advertirse es que la pena impuesta producto de un preacuerdo fue de 54 meses, por lo tanto imposible es acceder al mecanismo previsto en el artículo 63 del Código Penal¹, por superar el mínimo de pena previsto en dicha norma, que es de 48 meses, sin que tenga ningún asidero la posición fijada por el recurrente que la norma debe entenderse como pena efectiva, descontando el tiempo que se estuvo en detención domiciliaria, y solo contabilizando para la concesión del subrogado penal, el tiempo que resta de pena, pues en parte alguna la norma así lo prevé o la jurisprudencia de la Sala Penal, ha reconocido tal posición.

Ahora en lo que respecta la prisión domiciliaria, debe recordársele al señor impugnante que la pena que se pactó, no es la que realmente le corresponde a la conducta imputada, que es de 9 años, sino que es una ficción producto del preacuerdo, en el que sin base fáctica alguna solo para efectos de la punibilidad, se reconoce la complicidad, como ampliamente lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Penal sobre los preacuerdos sin base fáctica²,

¹ . Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años

² En la Sentencia del 24 de junio del 2020. M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR en el radicado 5227, se precisó lo siguiente:

“La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo

En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.

por lo tanto, no puede pretender indicar que por el factor objetivo se tiene derecho a la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38 B del Código Penal, tal circunstancia fue advertida al procesado al momento de presentar el preacuerdo³ por lo tanto, sabía que no tenía derecho a la prisión domiciliaria pese a que se pactaba una pena inferior a 8 años, pues aceptaba responsabilidad por el delito de porte ilegal, y solo para efectos de la punibilidad se tenía en cuenta la rebaja por complicidad, sin que efectivamente esta se presentara por lo tanto, no puede ahora pretender sede al preacuerdo un alcance que no tiene, como si en

Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, también manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.

Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (como en el evento analizado en el numeral anterior). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.

En síntesis: (i) en esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, le imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada; (ii) ello la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior; (iii) la alusión a normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja; (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas; y (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.”

³ Audiencia celebrada el pasado 31 de octubre del 2022.

efecto la realidad fáctica hubiere cambiado, y la conducta si se presentara en la modalidad de tentativa, y por lo mismo los límites de la punibilidad, se viera afectados por este dispositivo amplificador del tipo penal.

En cuanto a la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, la Corte Constitucional⁴ retomando la evolución que sobre esta figura elaboró la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia indicó:

“- El artículo 1º de la Ley 750 de 2002 "Por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario" previó para las madres cabeza de familia la sustitución de la pena o medida de aseguramiento de prisión en establecimiento penitenciario por reclusión en el lugar de residencia o en el identificado por el juez, en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar.

La ejecución de la pena en el lugar de residencia por la circunstancia referida se supeditó a la valoración del desempeño personal, laboral, familiar y social de la infractora, la naturaleza del delito y el cumplimiento de obligaciones relacionadas con la vigilancia de la pena.

La sentencia C-184 de 2003⁵ estudió los cargos dirigidos contra las expresiones de la Ley 750 de 2002 que circunscribían la prisión domiciliaria a las mujeres cabeza de familia, las cuales denunciaban la violación del principio de igualdad y del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

La Sala Plena verificó, con base en los antecedentes legislativos, que la norma cuestionada corresponde a uno de los desarrollos del mandato de especial protección para la mujer madre cabeza de familia y atiende al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

En atención a esa finalidad, concluyó que el Legislador no podía proteger exclusivamente los derechos al cuidado y amor de los niños cuando se ven expuestos a riesgos y cargas desproporcionadas por la ausencia de la madre cabeza de la familia, y desatender los mismos derechos cuando dependen del padre. En consecuencia, declaró exequibles los

⁴ Sentencia T 534 del 2017.

⁵ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

apartes acusados, en el entendido de que, si se cumplen los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia.

En la sentencia referida, la Corte destacó que los jueces deben verificar los requisitos subjetivos y objetivos establecidos por la norma para la concesión de la medida sustitutiva y en relación con la condición de cabeza de familia precisó que “[E]l hombre que reclame este derecho debe demostrar que, en verdad, ha sido una persona que les ha brindado el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento.”

.....Tal y como se consideró en el análisis de constitucionalidad de la Ley 750 de 2002 adelantado en la sentencia C-184 de 2003⁶, la jurisprudencia ha reconocido la condición de padre cabeza de familia. Por ejemplo, la sentencia SU-389 de 2005⁷ analizó la medida de protección de retén social establecida en cabeza de la madre cabeza de familia e indicó que para predicar dicha condición del padre es necesario:

“(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que, en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre. (iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición.”

De lo planteado por el Alto Tribunal, surge claro que la prisión domiciliaria no es un beneficio para la persona privada de la libertad, sino una medida de protección para los hijos menores de edad o personas desvalidas que dependen única y exclusivamente del que

⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷ M.P. Jaime Araujo Rentería.

esta privado de la libertad, por ende, no puede entenderse como una condición que pueda ser pactada, sino que debe acreditarse efectivamente, o un derecho del procesado.

De los elementos probatorios presentados en la audiencia de individualización de la pena, salta a la vista, que el procesado en efecto procreó una hija, que en la actualidad es menor de edad-nacida el 16 de abril del 2006 -, y aunque también es cierto que para el momento de su captura, ella vivía con él, esta adolescente cuenta con su madre en la ciudad de Buenaventura por lo que al quedar privado de la libertad el padre, lo procedente es que la madre se haga cargo de la joven, pues no hay constancia alguna que indique en la actuación que la madre de la menor no pueda velar por ella, ahora que la adolescente prefiera al padre sobre la madre, que esto le dé más tranquilidad, que la haga sentir cómoda, que ella no quiera vivir con su madre, como lo noticias las entrevistas y valoraciones que presentó la defensa en la audiencia de individualización de la pena⁸, en nada indican que en efecto deba otorgársele al padre la prisión domiciliaria, pues se itera se cuenta con la madre, que puede y debe cuidar de la menor, y quien además deberá velar porque la convivencia con la adolescente sea la mejor, pese a la natural tristeza y dolor que le ocasiona la privación de la libertad del padre, sin embargo, porque la joven se sienta mejor con el padre que con la madre, no por esto se puede concluir que debe otorgarse la prisión domiciliaria al padre, pues lo cierto es como se viene diciendo que existe una madre que debe y puede velar por la menor.

En este orden de ideas, la providencia materia de impugnación debe ser confirmada.

La presente providencia se discute y aprueba por medios virtuales.

⁸ Del 21 de febrero y 3 de octubre del 2022- Visible en el archivo 17 y 2 del expediente virtual bajo el rotulo Defesa Informe psicológico y EMP de la defensa.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia materia de impugnación emitida el pasado 16 de diciembre del 2022, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó.

SEGUNDO: Contra la presente sentencia procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse dentro de los 5 días siguientes (artículo 98 ley 1395 de 2010) a la notificación de esta providencia a todos los sujetos procesales.

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

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: **ee7a311a950e76613cd99e426bd0f4584547c0dcc24c13ebf903688575c8000**

Documento generado en 28/03/2023 10:55:37 AM

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