

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 060

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	ACCIONANTE/SOLICITANTE DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	Decisión	Fecha de decisión
2023-0161-1	auto ley 906	TENTATIVA DE HOMICIDIO	TOMÁS ELÍAS BOLAÑOS PÁEZ	Fija fecha de publicidad de providencia	abril 11 de 2023
2021-1143-1	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	ALDEBIS ADRIAN ATENCIO GONZÁLEZ	Fija fecha de publicidad de providencia	abril 11 de 2023
2023-0460-3	Tutela 1ª instancia	NAZARIO DE JESÚS MÚNERA ZAPATA	FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTROS	Concede derechos invocados	abril 11 de 2023
2023-0368-3	Tutela 2ª instancia	MARTHA INÉS GUISAO CARVAJAL	ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y OTROS	Revoca fallo de 1ª instancia	abril 11 de 2023
2023-0198-3	auto ley 906	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	CRISTIAN GIUSSEPPE OSORIO SANTA	Revoca auto de 1ª instancia	abril 11 de 2023
2022-1990-3	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	CARLOS ARTURO MUÑOZ CARDONA Y OTROS	confirma auto de 1ª Instancia	abril 11 de 2023
2023-0352-3	auto ley 906	CONCUSION	MARINO ORTIZ PALACIO	confirma auto de 1ª Instancia	abril 11 de 2023

FIJADO, HOY 12 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, diez (10) de abril de dos mil veintitrés (2023)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FECHA AUDIENCIA

PROCESO: 11 001 60 00000 2022 01434 (2023-0161-1)
DELITOS: TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO
CONCIERTO PARA DELINQUIR
DESPLAZAMIENTO FORZADO
ACUSADOS: TOMÁS ELÍAS BOLAÑOS PÁEZ
JHEIM ALEXANDER SERNA BLANCO
JULIO CÉSAR POLO AGÁMEZ
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el inciso 3° del artículo 179 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, atendiendo la disponibilidad de la Sala de Audiencias de la Corporación, fijase como fecha para la realización de la diligencia de lectura de la decisión, para el **LUNES DIECISIETE (17) DE ABRIL DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS 10:00 A.M.**

Es de anotar que conforme con lo autorizado por el artículo Tercero del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, emitido por el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, la audiencia se realizará mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, motivo por el cual, a través de la Secretaría de la Sala, se enviará a las partes oportunamente el link para la correspondiente

conexión.

Por la Secretaría de la Sala entérese de manera oportuna a todas las partes e intervinientes.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado ¹

¹ Puede validar la autenticidad del documento firmado electrónicamente ingresando en la dirección:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/firmaelectronica>

Firmado Por:
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: **caa7a818fd4673e5ac76b0c47be7cf6307fcc8b99699672c8fdbbe09aad3957fd**

Documento generado en 10/04/2023 11:22:59 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, once (11) de abril de dos mil veintitrés (2023)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FECHA AUDIENCIA

PROCESO: 05 154 60 00361 2015 00205 (2021 1143)
DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO
ACUSADO: ALDEBIS ADRIAN ATENCIO GONZÁLEZ
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el inciso 3° del artículo 179 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, atendiendo la disponibilidad de la Sala de Audiencias de la Corporación, fijase como fecha para la realización de la diligencia de lectura de la decisión, para el **LUNES DIECISIETE (17) DE ABRIL DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS 10:30 A.M.**

Es de anotar que conforme con lo autorizado por el artículo Tercero del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, emitido por el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, la audiencia se realizará mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, motivo por el cual, a través de la Secretaría de la Sala, se enviará a las partes oportunamente el link para la correspondiente

conexión.

Por la Secretaría de la Sala entérese de manera oportuna a todas las partes e intervinientes.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado ¹

¹ Puede validar la autenticidad del documento firmado electrónicamente ingresando en la dirección:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/firmaelectronica>

Firmado Por:
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: **1c7c5da31da238301e2acf38995d8eaa73e1f52a06a46f96d01c2ccda34a334f**

Documento generado en 11/04/2023 09:40:06 AM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

N.I. 05000-22-04-000-2023-00127-00 (2023-0460-3)
Accionante Nazario de Jesús Múnera Zapata
Accionado Fiscalía General de la Nación
Dirección de Fiscalía de Antioquia
Fiscalía 65 Especializada de Extinción de Dominio
de Antioquia
Asunto Tutela de Primera Instancia
Decisión Concede
Acta: N° 092 marzo 31 de 2023

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

PRECISIÓN INICIAL

Se aprecia que en el escrito de tutela se relacionó como nombre del accionante Nazario de Jesús Múnera Restrepo con c.c. 15.270.168, sin embargo, realizado el estudio detallado de los anexos de la demanda se observa que el nombre correcto de este es Nazario de Jesús Múnera Zapata con c.c. 15.270.168, por lo que se obviará el error mecanográfico en el que se incurrió en dicho escrito y se considerará el correcto, esto es, Nazario de Jesús Múnera Zapata.

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por NAZARIO DE JESÚS MÚNERA ZAPATA, en contra de la Fiscalía General de la Nación, Dirección de Fiscalía de Antioquia y la Fiscalía 65 Especializada de Extinción de Dominio de Antioquia, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, petición y acceso a la administración de justicia.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el accionante¹ que mediante compraventa efectuada el 23 de abril de 2014 adquirió el bien inmueble con matrícula inmobiliaria 023-782 de la oficina de instrumentos públicos de Santa Bárbara, Antioquia.

El 28 de septiembre de 2016 fue capturada su hija Yolanda Isabel Munera Vasco por el punible de concierto para delinquir agravado, investigación 05679610021920158019400.

El 22 de mayo de 2018 la Fiscalía 65 Especializada de Extinción de Dominio de Antioquia dio inicio a diligencia de secuestro y materialización de medidas cautelares del bien inmueble antes indicado.

La medida cautelar consistió en el embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo del bien, la cual quedó debidamente registrada en la oficina de instrumentos públicos, anotación #005 del 22 de mayo de 2018 del certificado de tradición.

El 26 de julio de 2018 la fiscalía 65 Especializada de Extinción de Dominio de Antioquia radicó demanda de extinción de dominio ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado en Extinción de Dominio Antioquia, radicado 05 000 31 20 002 2018 00042.

El 09 de agosto de 2018 fue inadmitida la demanda y luego rechazada mediante auto del 22 de agosto de 2018, por lo que el 11 de diciembre de 2018 el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado en Extinción de Dominio Antioquia, ordenó el archivo del proceso.

Desde entonces la Fiscalía 65 Especializada de Extinción de Dominio de Antioquia no ha realizada ninguna actuación judicial o procesal de cara a promover demanda de extinción de dominio, para que de esa manera se pueda resolver la situación jurídica del bien inmueble de su propiedad, ha sido

¹ PDF 003, expediente digital de tutela.

injustificada su mora para presentar nuevamente la correspondiente demanda o en su defecto emitir resolución de archivo del proceso.

Asevere que desde que se decretó la medida cautelar de embargo y secuestro del bien inmueble objeto de extinción de dominio, ha transcurrido 4 años y 9 meses sin que se haya resuelto la situación jurídica del mismo, cuando conforme a la Ley dicha medida no puede extenderse por más de seis meses pues en este término la Fiscalía debe definir si la acción debe archivarse o si por el contrario resulta procedente presentar demanda de extinción de dominio.

Finalmente expone que el 25 de enero de 2023 por intermedio de apoderado elevó petición ante la Fiscalía 65 Especializada de Extinción de Dominio de Antioquia con la para que se le informara (i) en qué estado se encuentra el proceso, (ii) se emita resolución de archivo o se presente demanda de extinción de dominio, (iii) se levanten las medidas cautelares que recaen sobre su bien inmueble, sin embargo, no ha recibido respuesta.

Por lo anterior solicitó se le ampare los derechos fundamentales al debido proceso, petición y acceso a la administración de justicia y en consecuencia se ordene a la Fiscalía 65 Especializada de Extinción de Dominio de Antioquia, (i) adelante las actuaciones tendientes a emitir resolución de archivo del proceso o en su defecto que presente demanda de extinción de dominio a fin de no dilatar más el proceso y que se resuelva la situación jurídica del bien inmueble de su propiedad, y (ii) se ordene a ese ente fiscal adelante las acciones pertinentes a fin de levantar las medidas cautelares que recaen sobre el inmueble toda vez que el termino procesal de 6 meses permitido por la ley ha sido superado.

TRÁMITE

1. Mediante auto adiado el 21 de marzo de 2023², se dispuso asumir la acción de tutela, se corrió traslado a los despachos demandados y se vinculó al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado en Extinción de Dominio de Antioquia, a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Bárbara,

² PDF N° 006 Expediente Digital.

Antioquia, y a la SAE. para que, dentro del término improrrogable de dos (2) días, se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela y rindieran el informe que estimaran conveniente.

2. El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado en Extinción de Dominio de Antioquia³, adujo conoció del proceso de demanda de extinción de dominio con radicado 05001 31 20 002 2018 00042 00 presentado por la Fiscalía 65 Especializada de Extinción de Dominio bajo el radicado número 2017-02061.

Que mediante auto del 09 de agosto de 2018 se declaró inadmisibile la demanda y se le concedió a la delegada de la causa un lapso judicial de cinco días hábiles para subsanarla, no obstante, habiéndose clausurado el término otorgado sin que la parte hubiera cumplido la carga, mediante auto del 22 de agosto de 2018 se procedió con el rechazo de la demanda, y se archivaron las diligencias el 11 de diciembre de ese mismo año.

Por lo tanto, considera que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la parte accionante y en consecuencia solicita ser desvinculado de la acción constitucional.

3. La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Bárbara, Antioquia, adujo que su función dentro de sus objetivos consiste en dar publicidad a los instrumentos públicos que trasladen, transmitan, muden, graven, limiten, declaren, afecten, modifiquen o extinga derechos reales sobre los bienes raíces. Expone que la acción constitucional no se encuentra dirigida contra ellos, por lo tanto, no asiste fundamento legal para pronunciarse al respecto, y en consecuencia solicita ser desvinculada del trámite.

4. La Sociedad de Activos Especiales S.A.S. manifestó que se encuentra encargada de la administración de los bienes inmersos en procesos de extinción del derecho de dominio, sin tener injerencia en decisiones judiciales, pues no está facultada para adelantar procesos de esa naturaleza, ya que

³ PDF N° 010 Expediente Digital.

conforme lo establecido en el artículo 117 y siguientes de la Ley 1708 de 2014, es una función exclusiva de la Fiscalía General de la Nación.

Adujo que se encarga de acatar las órdenes que los diferentes despachos judiciales le imparten a lo largo de los procesos de extinción de derecho de dominio, que en virtud de la entrada en vigor de la Ley 1708 de 2014 se encarga de la administración del FRISCO y de los bienes que lo conforman y que son puestos a su disposición por parte de las Autoridades Judiciales, dentro del proceso de extinción de dominio.

Expresó que el bien inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 023-782 se encuentra administrado por ellos de conformidad con la medida de embargo y secuestro registrada en la anotación No. 5 del certificado de tradición y libertad.

En la actualidad, el inmueble se encuentra en proceso bajo su disposición, no han sido notificados de orden de devolución por lo que las pretensiones de la acción deben ser dirigidas a la Fiscalía General de la Nación.

Anota que, en acta de visita y reconocimiento del inmueble por parte del depositario, se consignó que el bien está ocupado irregularmente por la hija del afectado en el proceso de extinción de dominio.

Solicita se nieguen las pretensiones de la acción y se les desvincule de la misma.

5. La Fiscalía 65 Especializada de Extinción de Dominio de Antioquia, en la contestación de la acción manifestó que el 30 de marzo de 2023 dio respuesta al derecho de petición al accionante informándole que el proceso fue enviado con demanda al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio para que se inicie la etapa de juicio, escenario en el que podrá ejercer su derecho de contradicción y defensa.

En consecuencia, solicita se declare la improcedencia del amparo deprecado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

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

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela, cuya razón de ser no es otra que la de conceder a toda persona un procedimiento preferente y sumario para reclamar ante los jueces de la República, la protección inmediata, en cualquier tiempo y lugar, de sus derechos fundamentales, cuando considere que han sido violados o se encuentren amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública siempre que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable. En un Estado social de derecho la protección de tales garantías debe ser real y material, a ello apunta la tutela.

Corresponde a la Sala determinar si los derechos fundamentales del señor NAZARIO DE JESÚS MÚNERA ZAPATA están siendo vulnerados por acciones u omisiones atribuidas a la entidad accionada o sí, de acuerdo con las respuestas proporcionadas por la accionada y vinculadas, se ha configurado en este asunto la carencia de objeto de protección constitucional por hecho superado.

2. Análisis de procedencia de la acción de tutela

Legitimación por activa. Conforme la disposición contenida en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, y desarrollado por el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, toda persona tiene derecho a interponer acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre, en todo momento y lugar. En el

presente caso, el presupuesto mencionado se encuentra acreditado en tanto que el señor NAZARIO DE JESÚS MÚNERA ZAPATA es el titular de los derechos fundamentales cuya protección invoca en la acción constitucional.

Legitimación por pasiva. El artículo 86 superior, ya citado, en concordancia con lo previsto en los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991, prevé que la acción de amparo procede frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, cuando la transgresión de estos proviene de la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley. En el asunto de la referencia, al ser la Fiscalía 65 Especializada de Extinción de Dominio de Antioquia, la autoridad que presuntamente vulneró las garantías alegadas, le asiste interés para concurrir al presente trámite por pasiva.

Principio de inmediatez. Si bien la acción de tutela puede formularse en cualquier tiempo, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, su interposición debe darse dentro de un plazo razonable, para lo cual se considera el tiempo transcurrido entre el momento en el que se produjo la vulneración o amenaza a un derecho fundamental y la interposición de la acción. De acuerdo con lo indicado, para el caso objeto de estudio, la disputa del accionante para que se resuelva su petición inició en el mes de enero de los corrientes, es decir a la fecha de la presentación de la tutela había transcurrido menos de dos meses, tiempo a todas luces razonable para deducir como acreditado el requisito de procedencia general analizado.

Subsidiariedad. Los artículos 86 de la Constitución Política y el 6 del Decreto 2591 de 1991, disponen que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo o eficaz (*caso en el cual el amparo a conceder será definitivo*), o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (*escenario en el que la protección será transitoria hasta tanto el juez natural adopte la decisión de fondo que corresponda*).

Se tiene que la parte accionante solicitó el amparo constitucional, alegando que, a pesar de haber realizado petición ante la Fiscalía 65 Especializada de Extinción de Dominio de Antioquia, en la actualidad no ha recibido respuesta.

En ese sentido, la Sala considera que se agota el requisito de subsidiariedad, pues el quejoso no cuenta con un mecanismo de protección de la garantía invocada, dado que en el ordenamiento jurídico no está consagrado un medio ordinario que le permita exigirle a la demandada, emitir una contestación a su requerimiento.

3. Caso concreto

Quedó acreditado que el accionante por intermedio de apoderado judicial mediante petición del 25 de enero de 2023, solicitó ante la Fiscalía 65 Especializada de Extinción de Dominio de Antioquia:

“PRIMERO: Que se emita resolución de archivo o se presente demanda de extinción de dominio en la investigación o proceso de la referencia.

SEGUNDO: Que se ordene por parte de su despacho levantar las medidas cautelares de secuestro, embargo y suspensión del poder dispositivo que actualmente recaen sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria número 023-782 de la oficina de instrumentos públicos de Santa Bárbara, de propiedad del señor Nazario Munera. Para lo cual se emitirán las comunicaciones pertinentes a la oficina de instrumentos públicos.”

Y la Fiscalía 65 Especializada de Extinción de Dominio de Antioquia en la contestación de la acción manifestó que el 30 de enero de 2023 dio respuesta a la petición en los siguientes términos:

“De manera atenta, me permito dar respuesta al derecho de petición, el cual indica que fue radicado ante la Fiscalía el 25 de enero de 2023, en los siguientes términos:

El trámite de Extinción de Dominio se adelanta bajo el radicado No. 11001609906820172061, donde fueron afectados varios bienes con medidas cautelares, entre otros, se encuentra el bien de su propiedad identificado con el FM No. 023-782

Como es de su conocimiento la DEMANDA de Extinción de Dominio, fue rechazada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Antioquia, por el incumplimiento de algunos requisitos formales, relacionados con la ubicación, identificación de algunos afectados, una vez adelantados los respectivos actos de investigación, el día de

hoy -30 de marzo de 2023- se presentó nuevamente DEMANDA de extinción de Dominio, con el fin que se inicie la etapa del juicio, donde podrá ejercer el derecho de contradicción y de defensa.

Adjunto copia del oficio, mediante el cual se remitió la actuación al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Antioquía.”

El derecho de petición se encuentra reconocido como fundamental por mandato del artículo 23 de la Carta Política y consiste en la posibilidad de acudir ante las autoridades –excepcionalmente ante los particulares– con miras a obtener respuestas oportunas, completas y adecuadas, que guarden correspondencia con lo solicitado, y que se den a conocer al interesado en los precisos plazos que para el efecto establece la ley.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia SU191/22, indicó:

“(…) La Sentencia C-007 de 2017⁴ estableció el contenido de los elementos esenciales de este derecho, a saber:

(i) Formulación de la petición. Cualquier persona podrá dirigir solicitudes respetuosas a las autoridades (artículos 23 CP y 13 CPACA), quienes tienen la obligación de recibirlas, tramitarlas y responderlas de acuerdo con los estándares establecidos por la ley.

(ii) Pronta resolución. Las autoridades tienen el deber de otorgar una respuesta en el menor plazo posible, sin que se exceda del máximo legal establecido, esto es, por regla general, 15 días hábiles.

(iii) Respuesta de fondo. Hace referencia al deber de las autoridades de resolver la petición de forma: clara, esto es, que la misma sea inteligible y contenga argumentos de fácil comprensión; precisa, es decir que la respuesta atienda a lo solicitado y se excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas; congruente, esto es que “abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado”⁵; y consecuencial. Si la petición es presentada dentro de un trámite procedimental del cual conoce la respectiva autoridad, ésta deberá dar cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente⁶.

(iv) Notificación de la decisión. Atiende al deber de poner al peticionario en conocimiento de la decisión adoptada⁷, de lo contrario, se violaría el derecho de petición⁸. La notificación se traduce en la posibilidad de impugnar la respuesta correspondiente. La Corte ha explicado que es la Administración o el particular quien tiene la carga probatoria de demostrar que notificó al

⁴ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵ Sentencia T-230 de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶ Si la petición es presentada dentro de un trámite procedimental del cual conoce la respectiva autoridad, ésta deberá dar cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente. Sentencia C-007 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷ La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la respuesta suministrada debe ser notificada en la medida en que esta actuación: “(…) se traduce en la posibilidad de impugnar la respuesta correspondiente. Frente a este elemento del núcleo esencial de la petición, esta Corte ha explicado que es la administración o el particular quien tiene la carga probatoria de demostrar que notificó al solicitante su decisión, pues el conocimiento de ésta hace parte del intangible de ese derecho que no puede ser afectado”.

⁸ Ver las sentencias T-259 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-814 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras.

solicitante su decisión, pues su conocimiento hace parte del núcleo intangible de ese derecho⁹.

En este sentido, se vulnerará este derecho fundamental y, por tanto, procederá su protección mediante acción de tutela, cuando: i) se evidencie que no se ha otorgado respuesta dentro del término legal previsto para cada tipo de petición; o ii) en aquellos casos en los que, no obstante haberse emitido la respuesta, la misma no puede ser calificada como idónea o adecuada de acuerdo con la solicitud¹⁰, sin que esto último signifique que la respuesta implique acceder, necesariamente, a lo requerido¹¹. (...)"

En el sub judice, encuentra la sala que la respuesta que dice la fiscalía haber dado al accionante durante el presente trámite constitucional no fue de fondo como quiera que no se pronunció frente lo pretendido en el numeral segundo de la petición en la que hace referencia al levantamiento de las medidas cautelares. Sumado a lo anterior, el ente fiscal no acreditó haber notificado de esa contestación al solicitante.

De tal forma, se concederá la protección del derecho fundamental de petición, y se ordenará a la Fiscalía 65 Especializada de Extinción de Dominio de Antioquia que, en las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, resuelva una a una las inquietudes manifestadas por el accionante en la solicitud por él elevada por intermedio de apoderado judicial el 25 de enero de 2023, y se la comunique en debida forma.

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

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental de petición del señor NAZARIO DE JESÚS MÚNERA ZAPATA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 15.270.168 de conformidad con lo anotado en la parte motiva de esta decisión.

⁹ Sentencia T-149 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁰ La jurisprudencia ha sido enfática en afirmar que no basta la mera existencia de algún tipo de respuesta formal sino que por el contrario es necesario que la autoridad o el particular responda de manera exhaustiva y completa lo que se le solicita, sin que ello, como se ha reiterado en múltiples ocasiones implique acceder a lo que el peticionario pretenda. Es decir, una respuesta se entenderá como idónea o adecuada cuando sea oportuna, completa y debidamente notificada al peticionario. Al respecto pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-249 de 2001, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-466 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y T-814 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹¹ Sentencias T-242 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-510 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-867 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos; C-951 de 2014 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; y T-058 de 2018 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

SEGUNDO: ORDENAR a la Fiscalía 65 Especializada de Extinción de Dominio de Antioquia que, en las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, resuelva una a una las inquietudes manifestadas por el accionante en la solicitud por él elevada por intermedio de apoderado judicial el 25 de enero de 2023, y se la comunique en debida forma.

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

Notifíquese y cúmplase,



MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada



PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado



RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

CUI: 05045 31 04002 2023 00047 01 (2023-0368-3)
Accionante: MARTHA INÉS GUISAO CARVAJAL
Accionado: ARL Positiva S.A. y otros
Asunto: Impugnación Fallo Tutela
Decisión: Revoca
Acta y fecha: N° 095, abril 10 de 2023

Medellín, diez (10) de abril de dos mil veintitrés (2023)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionante Martha Inés Guisao Carvajal contra el fallo emitido el 17 de febrero de 2023, mediante el cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, negó el amparo constitucional solicitado.

DE LA SOLICITUD DE TUTELA

La señora Martha Inés Guisao Carvajal manifestó¹ haber laborado en la empresa agrícola Retiro S.A. de Apartadó, Antioquia, en la cual desempeñó la labor de oficios varios y que con dicha actividad adquirió la enfermedad

¹ PDF 002

del manguito rotador. En atención a esa patología la Nueva EPS emitió dictamen del 7 de febrero de 2017 mediante el cual lo calificó como de origen laboral, la cual fue apelada y confirmada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia el 21 de diciembre de 2017. En cuanto al porcentaje de pérdida de capacidad laboral expresó que la ARL Positiva S.A. le reconoció un 8.62 % en el dictamen del 9 de octubre de 2019, el cual al ser apelado le fue otorgado, el 1 de abril de 2022, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia un 15.96% con fecha de estructuración del 19 de julio de 2019, quedando ejecutoriado el día 17 de mayo de 2022.

La accionante realizó un cambio de ARL, trasladándose para SURA la cual el 21 de diciembre de 2021 indicó que no era posible acceder al pago de indemnización por enfermedad laboral en atención a que dicha Aseguradora no había sido notificada del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación, ello teniendo en cuenta que para el momento de emitir la calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral la señora Guisao Carvajal se encontraba afiliada a otra ARL.

Notificada de la respuesta que la ARL SURA brindó se dirigió a la ARL Positiva para hacerle el mismo requerimiento obteniendo el pronunciamiento del 11 de noviembre de 2022 mediante el cual me expresó que la afiliación había estado vigente hasta el mes de noviembre de 2019 por tanto era necesario determinar si aquella había sido la última Aseguradora a la que la ciudadana había estado afiliada para lo cual le pedía que enviara la certificación de la declaración bajo la gravedad de juramento donde informara en qué administradora de riesgos laborales se encontraba cotizando para ese momento o cuál había sido la última en la cual realizaba la cotización, así como la fecha de retiro del último empleo y la situación laboral actualizada.

Consideró que la Administradora de Riesgos Laborales Positiva S.A. estaba incurriendo en maniobras dilatorias para no realizar el pago de la indemnización, solicitó se protegieran los derechos fundamentales al debido proceso y al mínimo vital y en consecuencia se ordene a la ARL Positiva que realice el pago de la indemnización por la pérdida de capacidad laboral permanente parcial de 15.96% y que se excluya de responsabilidad a la ARL SURA.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez Segunda Penal del Circuito de Apartadó recogió los argumentos de las partes y concluyó que la ARL Positiva S.A. había brindado una respuesta en la que le requirió a la accionante que aportara la declaración juramentada en la cual dejara claro las novedades concernientes a su afiliación a las Aseguradoras de Riesgos Laborales, teniendo en cuenta que de dicha entidad se había desvinculado el 30 de noviembre de 2019.

Consideró improcedente la solicitud de amparo en atención a que la accionante no había atendido el requerimiento que le hiciera Positiva S.A. y porque no evidenció la vulneración de derecho fundamental alguno.

DE LA IMPUGNACIÓN

En la impugnación, el actor iteró los hechos que había planteado en el escrito de tutela y pidió se revoque el fallo de primera instancia en atención a que la ARL Positiva S.A. conoce perfectamente a qué entidad realizó el traslado la afiliada porque ella misma remitió el expediente a la ARL SURA, por tanto, no es admisible que se le hagan exigencias de esa naturaleza para reconocer el pago de un rubro al que tiene derecho.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Previo a resolver el problema propuesto, se abordará: *i)* el derecho al debido proceso, *ii)* debilidad manifiesta y derecho al mínimo vital, *iii)* Del derecho de petición y *iv)* el caso concreto.

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

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

en un plazo razonable respecto del tiempo en el que inició la amenaza o vulneración de los derechos.

Debido proceso. El derecho fundamental al debido proceso se encuentra consagrado en el artículo veintinueve (29) de la Constitución Política, cuya aplicación no recae exclusivamente en juicios y procedimientos judiciales, sino en todas las actuaciones administrativas, comoquiera que establece: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*.

Además, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha definido a este derecho como *“el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”*².

En cuanto a las garantías inmersas en el debido proceso, sostuvo que son las siguientes:

“(i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al

² Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 2014.

ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas”³.

Debilidad manifiesta y derecho al mínimo vital. El Tribunal se cierre en material constitucional ha dejado sentada pacífica jurisprudencia en lo que respecta a la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando las reclamaciones de amparo devienen de la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales de sujetos con especial protección, entre los que se destacan personas en situación de pobreza extrema, menores de edad o individuos con algún tipo de discapacidad.

*“esta condición de procedibilidad subsidiaria, que es la regla general para temas de tutela, presenta matices y excepciones que se justifican por circunstancias muy particulares que pueden abarcar desde los hechos que llevan a interponer la acción como un criterio objetivo de ponderación, hasta las condiciones personales de los accionantes, que constituirán una valoración subjetiva que respalda una excepción a la precitada regla general. En este orden de ideas, dentro de estos últimos se encuentran los sujetos de especial protección constitucional, que según lo ha definido esta Corporación son “aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, **las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza**”.”⁴ (énfasis fuera del texto original)*

Ahora, en cuanto al derecho al mínimo vital habrá de señalarse que se deriva de los principios de Estado Social de derecho, dignidad humana y solidaridad, así como de otras garantías superiores como la vida, integridad personal y la igualdad, por tanto las autoridades no deben pasarla por alto cuando se encuentre en situaciones límite como lo puede ser la pobreza extrema o la indigencia, puesto que los entes gubernamentales / estatales no

³ Ibidem.

⁴ Sentencia T-678/16. Magistrado Ponente Alejandro Linares Cantillo. Corte Constitucional.

pueden dejar de responder de manera congruente con la naturaleza del valor que se pretende proteger.

“la jurisprudencia constitucional ha determinado los siguientes criterios como subreglas ligadas al mínimo vital. A saber:

«(i) Es un derecho que tiene un carácter móvil y multidimensional que no depende exclusivamente del análisis cuantitativo de ingresos y egresos de la persona.

(ii) Como herramienta de movilidad social, el mínimo vital debe ser entendido de manera dual, ya que además de ser una garantía frente a la preservación de la vida digna, se convierte en una medida de la justa aspiración que tienen todos los ciudadanos de vivir en mejores condiciones y de manera más cómoda.

(iii) En materia pensional, el mínimo vital no sólo resulta vulnerado por la falta de pago o por el retraso injustificado en la cancelación de las mesadas pensionales, sino también por el pago incompleto de la pensión, más cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional.

Es conclusión, el mínimo vital es un derecho fundamental intrínsecamente ligado a la dignidad humana. En esa medida, su protección y garantía «constituye una precondition para el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales de la persona y en una salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia, puesto que sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales, como los correspondientes a alimentación, salud, educación o vestuario».”⁵

Derecho de petición y sus modalidades. Es una prerrogativa constitucional contemplada en el artículo veintitrés (23) Superior, que permite presentar solicitudes respetuosas a las autoridades, entidades privadas y personas naturales, así mismo, otorga el derecho a obtener una respuesta oportuna, clara, completa, de fondo y congruente en relación con lo pedido, constituyéndose estas características en el núcleo esencial de ese derecho⁶.

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

⁵ Sentencia T – 144 de 2021. Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger. Corte Constitucional.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-692 de 2009.

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

Sin embargo, dado el estado de emergencia de salud pública por cuenta del Coronavirus COVID-19, el Ministerio de Justicia y del Derecho amplió dicho término en el artículo quinto (5°) del Decreto 491 del veintiocho (28) de marzo de 2020, en el sentido de que toda petición, salvo norma especial, deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. Empero, la Ley 2207 de 2022, la cual entró en vigor el dieciocho (18) de mayo del año en curso, a través de su artículo segundo (2°) derogó el artículo quinto (5°) del Decreto 491 de 2020, por lo que a partir de esta última fecha los términos que deberán tenerse en cuenta para resolver las peticiones serán aquellos dispuestos en el artículo catorce (14) de la Ley 1755 de 2015.

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

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

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

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

“17. Según abundante jurisprudencia de este Tribunal, el derecho de petición es fundamental y tiene aplicación inmediata, sus titulares pueden ser personas mayores o menores de edad, nacionales o extranjeros, y a través de éste se puede

acudir ante las autoridades públicas o ante particulares. El derecho de petición tiene un carácter instrumental en tanto a través de éste se busca garantizar la efectividad de otros derechos constitucionales, como los de información, participación política, libertad de expresión, salud y seguridad social, entre otros.

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

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

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

Entonces, la respuesta suministrada debe ser de fondo, oportuna, congruente y tener notificación efectiva⁷.

Caso concreto. Verificado el trámite constitucional -concretamente la pretensión de la demanda de tutela y la impugnación- se observa que fueron dos las temáticas abordadas por la *a quo*, las cuales le sirvieron de base para despachar de manera desfavorable la pretensión constitucional, los cuales se abordarán como sigue:

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-077 de 2018.

En primer término, la procedencia excepcional de la acción de tutela en asuntos como el que nos convoca, esto es, pretensiones de pago de sumas de dinero, para el caso, indemnización por pérdida de capacidad laboral fijada en un 15.96% derivado de la enfermedad de origen laboral “Síndrome del manguito rotador izquierdo”. En este sentido la accionante cumplió con los requerimientos de **inmediatez y legitimación en la causa por activa y pasiva**, debido a que ejerció la acción constitucional de manera celera, una vez advirtió la amenaza al derecho fundamental, lo hizo la ciudadana que se consideró directamente afectada y en contra de las autoridades competentes para restablecer el derecho desconocido, y, por último el requisito de la **subsidiariedad** el cual reclama un ejercicio moderado de este tipo de acciones constitucionales con las cuales en modo alguno se puede pretender suplantar al juez ordinario que por competencia está llamado a resolver de fondo las contiendas.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha exhortado a los jueces constitucionales a valorar las circunstancias particulares de cada caso a fin de determinar o no su procedibilidad, toda vez que frente a la subsidiariedad de la acción de tutela, existen dos excepciones que posibilitan la protección de los derechos del promotor a pesar de que existan otros medios de defensa judicial; esto es:

“(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

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”⁵

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que la señora Martha Inés Guisao Carvajal alegó se le reconociera el derecho al mínimo vital, habrá de expresarse que la Sala considera que la tutela resulta procedente para proteger esa garantía superior, en la medida en que se trate de una persona que derive exclusivamente su ingreso de ese reconocimiento económico, porque, por ejemplo, su estado de salud le impide trabajar para obtener el sustento suyo y el de su grupo familiar; sin embargo, a más de reclamarlo, nada dijo la petente sobre ese tópico, centrando el debate en un asunto de carácter administrativo.

Como segundo asunto, la Juez primaria enrostró a la reclamante el no haber cumplido con el requerimiento hecho por la ARL Positiva S.A. con el cual se podría dar continuidad a la reclamación, puesto que no había certeza sobre la fecha de desvinculación y la afiliación actual de ésta a la ARL SURA.

La apreciación de la primera instancia resulta desacertada en atención a que dentro del plenario quedó claro no sólo los pormenores del trámite de determinación de origen de la enfermedad sino además las calificaciones de primera y segunda instancia en las que se adjudicaron los porcentajes de la pérdida, al punto que fue la misma ARL Positiva la encargada de realizar la calificación del día 9 de octubre de 2019, fecha posterior a la de la estructuración de la enfermedad, de acuerdo con lo establecido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia. Adicionalmente, ante la solicitud de traslado, que se sabe son trámites que realizan de manera interna las ARL, Positiva S.A. conocía que desde la desvinculación se había realizado la afiliación a la ARL SURA, siendo inane preguntar sobre este aspecto a la accionante. Como si ello fuera poco, el registro sobre las afiliaciones son datos de uso público, tanto así que a través de la plataforma RUAF el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cauca consultó las entidades en las cuales estaba cotizando la accionante para integral la *litis*, por tanto, sí es una barrera

que se le intentó colocar a la accionante el pedirle documentación adicional y bajo la excusa de no haber obtenido respuesta dejar suspendido un trámite.

Como se dijo, la acción de tutela, en el *sub judice*, no procede para ordenar el pago de la indemnización, al no haber superado el requisito de la subsidiariedad, pero sí podrá ser concedido el derecho fundamental al debido proceso en conexidad con el de petición para ordenarle a la ARL Positiva S.A. que, de manera inmediata, reactive el trámite impulsado por la señora Martha Inés Guisao Carvajal y le informe una fecha razonable en la que resolverá de fondo la petición de pago de indemnización por pérdida de capacidad laboral parcial.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de tutela proferida por el juzgado de primera instancia, y en su lugar, conceder el amparo constitucional deprecado, respecto del Derecho Fundamental al Debido Proceso en conexidad con el de Petición.

SEGUNDO: ORDENAR a la ARL Positiva S.A. que, de manera inmediata, reactive el trámite impulsado por la señora Martha Inés Guisao Carvajal y le informe una fecha razonable en la que resolverá de fondo la petición de pago de indemnización por pérdida de capacidad laboral parcial.

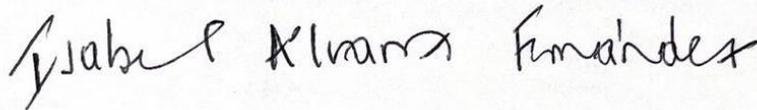
TERCERO: NOTIFICAR a las partes, conforme lo ordena el Decreto 2591 de 1991, informándoles que contra la presente decisión no procede ningún recurso.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente



ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

República de Colombia

Rama Judicial



Tribunal Superior Distrito Judicial de Antioquia

Sala Penal

Magistrada Ponente	:	María Stella Jara Gutiérrez
Radicación	:	0500160002072018-01154-01 (2023-0198-3)
Procesado	:	CRISTIAN GIUSSEPPE OSORIO SANTA
Delito	:	Actos sexuales con menor de 14 años
Decisión	:	Revoca y niega preclusión
Acta y fecha	:	No. 066, marzo 13 de 2023

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

TEMA POR TRATAR

Procede la Sala a resolver la impugnación incoada por la Representante de la víctima, en contra de la decisión del seis de febrero de 2022, mediante la cual el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, precluyó la investigación adelantada en contra de la CRISTIAN GIUSSEPPE OSORIO SANTA por el delito actos sexuales con menor de 14 años.

HECHOS

Según denuncia formulada por la señora María Camila López Santamaría la pequeña MOL, de tres años, comentó a la abuela que su papá CRISTIAN GIUSSEPPE OSORIO SANTA le había tocado la vagina mientras hacía sus necesidades y que le dolía esa parte del cuerpo. Sobre la temporalidad de ese acontecer señaló que habían ocurrido entre el primero de enero al 20 de junio de 2018 cuando la niña acaba de cumplir tres años.

SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

La fiscalía solicita la preclusión de la investigación en favor de CRISTIAN GIUSSEPPE OSORIO SANTA, indiciado de la conducta punible actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del Código Penal, al amparo de la causal 6ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, tras considerar que existe imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del antes mencionado.

Comienza por indicar que el presente asunto se encuentra en la etapa de indagación preliminar cuyo objeto es la investigación de unos hechos denunciados ante el CAIVAS por María Camila López Santamaría, los cuales a la vez le habían sido contados por la abuela de la niña, dado que a ella le hizo la revelación mientras la bañaba.

MOL, de tres años, comentó a la abuela que su papá CRISTIAN GIUSSEPPE OSORIO SANTA le había tocado la vagina mientras hacía sus necesidades, también que le dolía esa parte del cuerpo, lo cual había sucedido entre el primero de enero al 20 de junio de 2018 cuando la niña acaba de cumplir tres años.

Acto seguido la fiscalía mencionó la actividad de investigación adelantada, entre ellas dos entrevistas a la menor, la noticia criminal o denuncia formulada por la madre de la niña, María Camila López Santamaría, la valoración sexológica llevada a cabo a MOL en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el interrogatorio al procesado.

De la extensa y confusa intervención se deduce que para vista fiscal de esos elementos materiales probatorios no es posible derruir la presunción de inocencia del indiciado por cuando la menor no comentó el hecho denunciado por la progenitora, es decir que el padre le había tocado la vagina mientras hacía “chichí y popo”.

La menor le dijo al médico legista del Instituto Nacional de Medicina Legal donde vivía y en el acápite de interpretación se advierte que la valoración mostraba que no había huellas de tocamientos e indicó el forense que no se toman muestras porque no se encuentra signos que lo ameritaran.

Menciona la valoración de acompañamiento a la menor por la sicóloga Sandra Puerta quien entre otras recomendaciones aconsejó como necesario un tratamiento terapéutico para la menor.

También alude al acta de restablecimiento de derechos por parte de la Comisaría y declara en riesgo a la menor y el recurso de homologación donde le restablecen los derechos al procesado para con su hija. Así, el 25 de febrero de 2019 se homologa y ponen en conocimiento que se tuvo por parte de la Comisaría de Familia de Buenos Aires, todo por los supuestos hechos de violencia sexual de la menor por parte del padre CRISTIAN GIUSSEPPE OSORIO SANTA.

En entrevista realizada a CRISTIAN GIUSSEPPE OSORIO manifiesta que desde 2017 vivía en Yarumal y en marzo de 2018 la menor estudiaba en un colegio privado. Que en una ocasión mientras la abuela Mercedes bañaba a la niña le dijo a que no la sobara mucho porque le dolía y en ese instante la menor comentó que a ella la tocaba el señor que vivía con la mamá, pero no denunciaron esos hechos, el domingo le contaron a la mamá y después denunciaron a él porque María Camila decía que quien tocaba a la menor era el papá.

Refiere la denuncia o noticia criminal de María Camila López Santamaría mediante la cual, de acuerdo con lo comentado por la abuela, fue el padre de la menor quien la tocó en las partes íntimas, hechos que ratificó posteriormente bajo la gravedad de juramento.

Trae a colación el Formato de investigación FPJ-11 de 29 de noviembre de 2019, donde CRISTIAN GIUSSEPPE OSORIO SANTA MENCIONA las dificultades de convivencia que se presentaron con la señora María Camila López Santamaría, porque razón y en qué época la niña estuvo viviendo con él en Yarumal, Antioquia, donde la inscribió en un jardín privado, pero cuando la madre mejoró su condición económica quiso que le devolviera la custodia para llevarla a vivir con ella a Medellín y ahí comenzaron los problemas. Sobre los hechos materia de investigación comentó que nunca había tocado a la menor con fines libidinosos, solamente le había secado la vagina después de hacer sus necesidades.

En cuando al informe de Investigador de Campo FPJ 11 del 17 de mayo de 2019, cuyo objeto era entrevistar a la menor MOL con una edad de tres años, por medio de la investigadora del CTI en el CAIVAS de Medellín comentó que en esa narración la menor indicó que tiene dos papás: Esteban y Cristian. Que el papá le tocó la vagina y después se fue muy lejos a otra casa, hechos sucedidos en la casa del papá lejos de su casa, eso ocurrió en el baño en la ducha, cuando se estaba bañando sola; después nuevamente indica mi papá me tocó y ella se manda la mano en la vagina y al preguntársele que estaba haciendo contestó que chichí y popó, dijo que eso pasaba cuando hacía chichí y popó. Asegura que en la casa se limpia sola y porque el papá en esa ocasión lo hizo es que dijo eso.

Cuando le mostraron las figuras anatómicas identifica cuerpo del niño y de la niña y cuál es la parte del cuerpo que le han tocado y muestra la vagina del dibujo. Es que mi papá CRISTIAN no me toca, él solo me viste y responde mi papá no lo ha hecho.

Asegura que se ordena la valoración psicológica a la menor para corroborar lo relatado por ella, pero no se realiza.

Con lo anterior, refiere, no hay señalamiento directo en contra del indiciado de que le hubiese tocado la vagina a la niña con fines lascivos, pues solo era una menor de tres años, todo los datos son de referencia como cuando comenta a la abuela; también menciona que tenía dos padres y que el papá CRISTIAN fue el que la tocó, pero después dijo que no la había tocado, pues a pesar de que se trata de relato de una niña de apenas tres años no se cuenta con un señalamiento directo de que su padre la tocara lascivamente en sus partes íntimas.

Con lo anterior, asevera la delegada fiscal, no hay pruebas que permitan acreditar los hechos denunciados y ese conocimiento queda en la duda lo cual impide desvirtuar la presunción de inocencia de CRISTIAN GIUSSEPPE OSORIO SANTA y por esa razón solicita la preclusión al tenor del artículo 332 numeral 6 de la Ley 906 de 2004.

INTERVENCIONES

El apoderado de la víctima se opuso a la preclusión. Para ello recuerda que para la procedencia de la causal consagrada en el artículo 332 numeral 6 de la Ley 906 de 2004, se deben cumplir los criterios jurisprudenciales exigidos, tales como el agotamiento de la actividad de investigación y la demostración certera de la causal invocada.

Considera que no se agotó la investigación en tanto en la entrevista efectuada a la menor se sugirió por la entrevistadora una valoración psicológica con miras a corroborar o desvirtuar el relato de menor, tampoco se practicó el testimonio de los señores Julio Cesar y Octavio con el fin de aclarar el dicho del indiciado en el interrogatorio y no se entrevistó a los profesores de la guardería donde asistía la menor y con ellos verificar los cambios presentados por la infante en su comportamiento.

Por lo anterior, considera la fiscalía no acreditó la causal de preclusión ni agotó la actividad de investigación, razón por la cual no es procedente decretar la preclusión de la investigación por la causal 6ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, ni siquiera por duda, pues en estos casos es ineludible realizar una investigación completa.

El Representante del Ministerio Público acompañó la petición de la Fiscalía, expresando similares razonamientos.

El Defensor coadyuva la petición del Ente Acusador ya que comparte sus argumentos.

DECISIÓN APELADA

El juzgado, luego de realizar apreciaciones jurídicas y jurisprudenciales respecto de la solicitud de preclusión por la causal descrita el numeral 6º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 y de valorar detenidamente cada elemento de conocimiento aportado a la investigación consideró que se presentaba una duda insalvable

respecto de los hechos investigados en tanto lo demostrado era que CRISTIAN GIUSSEPPE OSORIO SANTA sí había tocado a la menor, pero no con fines lascivos, en tanto lo hizo para limpiar o secar a la menor en el baño después de realizar sus necesidades.

Así, concluye expresando que al no haber elementos de prueba que comprometan la responsabilidad del indiciado, debe resolverse la duda en su favor, por tanto, en su sentir prosperaba la causal sexta del Artículo 332 de la Ley 906 de 2004 y en esos términos decretó la preclusión postulada.

EL RECURSO Y SU TRÁMITE

Notificada en estrados la decisión, fue impugnada exclusivamente por el apoderado de la víctima menor de edad.

El recurrente expresa que no comparte la decisión del A quo por cuanto, si bien el juzgado realizó un análisis de los elementos de juicio aportados, no se detuvo en estudiar si se había cumplido con esas exigencias de origen jurisprudencial para la procedencia de la preclusión con base en el numeral 6º de la Ley 906 de 2004, como era el que la fiscalía demostrara la causal invocada y agotara la actividad de investigación.

Lo anterior, no se llevó a cabo la valoración psicológica a la menor, tal como lo sugirió el psicólogo, con miras a corroborar o desvirtuar el relato de menor, tampoco, asegura, no se entrevistó el testimonio a los señores Julio Cesar y Octavio, quienes podrían corroborar o desvirtuar aspectos comentados por el procesado en la entrevista.

CONSIDERACIONES

La Sala es competente para conocer la de apelación interpuesta por el apoderado de la víctima, contra la decisión del Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, en virtud de lo establecido en el Artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

Como cuestión preliminar no sobra indicar que el ofendido a través de su representante está legitimado para proponer el recurso de apelación en contra de la decisión mediante la cual se decreta la preclusión por las siguientes razones:

La víctima tiene derecho a pronunciarse sobre la solicitud de preclusión invocada por la Fiscalía o la defensa, según el caso, así como a aportar los medios de conocimiento que estime pertinentes para sustentar su postura y a recurrir la determinación que se adopte en caso de que resulte desfavorable a sus intereses.¹

Efectivamente, el artículo 11 de la Ley 906 de 2004, establece que las víctimas tendrán derecho a que se consideren sus intereses al adoptar una decisión facultativa sobre el ejercicio de la persecución del delito, también a ser informadas sobre las resultas relativas a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar.

El artículo 137 *ibidem* dispone que *«las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal»*.

Por esa razón, el artículo 333 *ejusdem* expresa que, en la audiencia de preclusión de la investigación, luego de sustentada la pretensión, el juez conferirá *«el uso de la palabra a la víctima, al agente del Ministerio Público y al defensor del imputado»* para que se pronuncien sobre el pedido.

La Corte Constitucional precisó las facultades de la víctima en el desarrollo de la audiencia de solicitud de preclusión, así:

[...] Al igual que lo que sucede con la decisión de archivo de las diligencias, regulada en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, y examinada por la Corte en la sentencia C-1154 de 2005, precitada, la decisión de preclusión tiene incidencia directa sobre los derechos de las víctimas, en la medida en que afecta el esclarecimiento de la verdad y la obtención de justicia en el caso concreto.

En este caso, dado que cuando se decreta la preclusión, esta decisión tiene como efecto cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y tiene efectos de cosa juzgada, no permitir a la víctima controvertir

¹ CSJ, AP6156-2015, 21 oct. 2015, rad 46767

adecuadamente la solicitud del fiscal puede conducir a una afectación alta de sus derechos, e incluso, a la impunidad...»

Definido lo anterior, de conformidad con los argumentos de la providencia recurrida y los del impugnante, el problema jurídico que se resolverá es si en el presente asunto está probada la causal sexta de preclusión prevista en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004 y si se agotó la actividad de investigación, como lo pide la Fiscalía y lo decretó el A quo.

De conformidad con la Constitución y la ley es la fiscalía la autoridad que tiene a su cargo investigar y acusar por las conductas punibles que lleguen a su conocimiento, siempre y cuando cuente con suficientes elementos que le permitan inferir la ocurrencia de un delito.

Sin embargo, el numeral 5º del artículo 250 de la Constitución Nacional, le confiere a la fiscalía la facultad de solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de la actuación cuando no hubiere mérito para acusar; por tanto, la Fiscalía, en todos los casos, no está obligada a formular imputación o acusación, pues para que así proceda, debe contar con material probatorio suficiente del que se pueda inferir la comisión de un delito y su posible autor o partícipe.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-118 de 2008, sobre la materia expresó:

«... la preclusión de la investigación es un mecanismo procesal mediante el cual se da por terminado el proceso penal en forma anticipada a la sentencia, en tanto que se cumplen algunas de las causales señaladas expresamente por el legislador para el efecto. Por eso, muchos doctrinantes han señalado que la preclusión equivale a la absolución del imputado porque se presenta en aquellos eventos en los que la acción penal no puede continuar o cuando el ente investigador no encuentra los elementos probatorios suficientes para mantener una acusación. Es, entonces, la preclusión de investigación una figura usual de los procesos penales en los que el Estado es el titular de la acción penal y tiene a su cargo la tarea de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado.»

Como viene de verse, este instituto es una forma procesal que, por hacer tránsito a cosa juzgada, demanda la acreditación, a nivel de certeza, de por lo menos una de las causales que el legislador previó para su decreto.

Por su parte, la Sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la providencia AP 22 Ab. 2015, con radicado 45138, expresó:

«El análisis y fundamentación presentados por el fiscal para lograr su cometido deben ser específicos y detallados, tendiendo no sólo los elementos fácticos y jurídicos que configuran la causal de preclusión invocada, sino los que integran el tipo penal respecto del cual se pretende la terminación anticipada del proceso, de modo que sea posible deducir con certeza la necesidad de extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada por ausencia de mérito para continuar con la persecución penal».

Ahora, cuando se trata de la causal 6^a del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 denominada imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia la vista fiscal deberá comprobar que ha ejecutado una investigación exhaustiva y que a pesar de ello, fue imposible reunir los elementos demostrativos de la materialidad o de la autoría y responsabilidad del investigado, prevaleciendo las garantías fundamentales de la presunción de inocencia y el in dubio pro-reo.

Recuérdese lo que la Corte Constitucional expresó en la sentencia C-205 de 2003:

“El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad. Así pues, la presunción de inocencia, se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos textos de derechos humanos².

“En un Estado Social de Derecho corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito, produjo el daño, o participó en la comisión del mismo, lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad. Por ello, a luz del principio del in dubio pro reo si no se logra desvirtuar la presunción de inocencia hay que absolver al acusado, y toda duda debe resolverse a su favor implicando su absolución”.

² Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 8-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De otra parte, en cuando a la preclusión hay que determinar si la investigación llevada a cabo por la Fiscalía logró el estándar probatorio requerido normativamente, acorde con el principio de progresividad del proceso penal.

Así, en la etapa de indagación la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia estará condicionada a que de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida, no se pueda aseverar con probabilidad de verdad que el hecho delictivo existió o que el implicado es su autor o participe.

Por ende, si valorada la indagación no se alcanza el estándar de conocimiento necesario para que la fiscalía acceda al siguiente estadio procesal, procederá la preclusión por la causal sexta, en tanto es constitucionalmente inadmisibles mantener a una persona vinculada a una actuación penal que no tenga forma de resolverse para acusar o para precluir por una causal diversa a la enlistada en el numeral sexto del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala y aplicando al mismo los anteriores criterios normativos y jurisprudenciales, desde ya se expresa que se revocará la decisión recurrida, por los siguientes razonamientos:

La Fiscalía no adelantó una investigación suficiente como se infiere de los elementos aportados, pues no se agotó la investigación, tal como se exige para acceder a la preclusión que se analiza, en tanto, tal como lo proclama el opugnador era necesario realizar la valoración psicológica y/o psiquiátrica a la niña, presuntamente víctima de abuso sexual a sus escasos tres años, puesto que:

- (i) Así lo sugirió el psicólogo que tuvo a cargo realizar la entrevista de en cámara de Gesell, necesario para corroborar el dicho de la menor.
- (ii) Se trataba de una testigo de apenas tres años, motivo por el cual debía tenerse especial cuidado respecto de la sugestionabilidad, el uso del lenguaje, la capacidad de recordación, etc. de la deponente.
- (iii) Además, a MOL con apenas tres años, se le interrogó durante 40 minutos en Cámara de Gesell, situación que tal vez explique la versión diferente

que sobre los hechos dio la impúber en el minuto 6:48 y en el minuto 34:11 de la entrevista. Entonces, era importante establecer con un siquiatra y/o sicólogo la credibilidad de la entrevistada.

- (iv) Con fines de corroboración periférica, examinar si la niña presentaba señales en su salud mental o en su comportamiento relacionados con un abuso sexual a esa edad.

De otra parte, en la entrevista realizada a la señora María Camila López Santamaría, madre de la menor, el 17 de octubre de 2019, se le preguntó si en esa fecha, tal como lo sugirió el sicólogo de Medicina Legal, la menor MOL estaba recibiendo asistencia psicológica a lo cual contestó que sí y que lo hacía la sicóloga Sandra de la institución educativa donde estudiaba la niña. Con esta información la fiscalía debió entrevistar a la mencionada profesional y de existir historia clínica aportarla a la investigación, con todo no lo hizo.

Como conclusión, la Sala reitera lo ya afirmado, en el sentido de declarar que la fiscalía no agotó la actividad de investigación y por esa razón no probó la causal sexta de preclusión consagrada en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004; por tanto, se revocará providencia del seis de febrero de 2022, mediante la cual el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, precluyó la investigación adelantada en contra de la CRISTIAN GIUSSEPPE OSORIO SANTA.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la providencia del seis de febrero de 2022, mediante la cual el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, precluyó la investigación adelantada en contra de CRISTIAN GIUSSEPPE OSORIO SANTA por el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

Segundo.- Informar que esta determinación queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno,

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(Firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

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

Código de verificación: **cc685c902306d0e7c512ae44026e58bfe95afc81031ac7dd5746b7a98722d68**

Documento generado en 13/03/2023 11:54:48 AM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

Radicación: 05 001 60 00000 2018 00045 (2022-1990-3)
Procesado: **CARLOS ARTURO MUÑOZ CARDONA Y OTROS**
Delito: Concierto para delinquir agravado y otro
Motivo: Apelación auto niega decreto prueba
Decisión: Confirma
Acta y fecha: No. 069, marzo 13 de 2023

Medellín, Antioquia, trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

I. Asunto

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra la decisión de seis de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

II. Hechos

1. De conformidad con el escrito de acusación y la verbalización realizada por el delegado fiscal en audiencia de formulación de acusación llevada a cabo el día seis de diciembre de 2018, se tiene que desde el año 2015 operaba un grupo de delincuencia organizada¹ en el municipio de San Vicente Ferrer, Antioquia, y en una vereda del municipio de Guarne, Antioquia, el cual estaba dedicado al tráfico local de estupefacientes, pero además sus integrantes incurrieron en otras conductas delictivas como homicidios selectivos y amenazas a quienes no accedían a vincularse a ella o que expendían el alucinógeno de manera independiente. Que dicho GDO se autodenominaba como LA OFICINA, estaba conformada por aproximadamente 30 personas, era liderado por alias RAYO o GOMELO, y se caracterizaba por atraer a

¹ En adelante GDO

los clientes, consumidores de estupefacientes, para posteriormente convertirlos jibaros.

2. La acusación fáctica y jurídica realizada a los procesados se dio en los siguientes términos:

- José Eufrasio Jaramillo Herrera se vinculó a LA OFICINA desde el año 2016 hasta el 18 de septiembre de 2017, desempeñaba el rol de jibaro, en la vereda Juan XXIII. Por lo que se le acusó, en calidad de coautor, del delito de Concierto para Delinquir Agravado (Art. 340 inc. 2 del CP), en concurso heterogéneo con el delito de Tráfico de Sustancias estupefacientes (376 inc. 2 del CP), verbo rector vender, el cual se cometió en tres eventos².
- José Arnoby Jaramillo Henao vinculado desde el año 2016 hasta el 18 de septiembre de 2017. Fue acusado en calidad de coautor del delito de Concierto para delinquir agravado (Art. 340 inc. 2 del CP), en concurso heterogéneo con Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inc. 2 del CP)³, modalidad de venta, y Fabricación porte o tenencia de arma de fuego de defensa personal (Art. 365 del CP)⁴.
- Carlos Arturo Muñoz Cardona, cumplía el rol de expendedor, vinculado desde enero de 2016 hasta el 18 de septiembre de 2017. Se acusó por el concurso heterogéneo entre las conductas de Concierto para delinquir agravado (Art. 340 inc. 2 del CP) en calidad de coautor, y el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376 inc. 1 del CP), en calidad de autor, verbo rector vender, por la comercialización realizada el 18 de octubre de 2016, en la Av. Juan Bosco Cl. 26 No. 35-42.
- Carlos Alberto Muñoz Arbeláez se vinculó al GDO del 17 de julio de 2016 al 18 de septiembre de 2017. El rol era el de vendedor de estupefacientes. La acusación se dio por el delito de Concierto para delinquir agravado (Art. 340 inc. 2 del CP) en calidad de coautor, y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376 inc. 2 del CP), en calidad de autor, verbo rector

² 18 y 20 de octubre de 2016 y 28 de julio de 2017, 8:45 H, cuando le incautaron bazuco.

³ 18 de octubre de 2016, vereda Juan XXIII, venta de estupefaciente (bazuco) a Jessica Isaza.

⁴ Porte de dos armas de fuego, una escopeta y un revolver, el momento de la captura 18 de septiembre de 2017.

vender, ello por haber sido captado mediante grabación en la que se observaba que el 2 de noviembre de 2016, siendo las' 17:40 horas, en la Av. Juan Bosco, en la Cl. 26 C 35-42.

- Gildardo Enoc Rivera Arizmendy vinculado desde enero de 2016 hasta el 18 de septiembre de 2017. Era vendedor de estupefaciente. Se le enrostró el punible de Concierto para delinquir agravado (Art. 340 inc. 2 del CP) en calidad de coautor, en concurso heterogéneo con Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376 inc. 2 del CP), verbo rector vender, por la comercialización realizada en zona rural de la vereda la Travesía, de San Vicente, siendo las 16:00 H., realizó una venta de sustancia estupefaciente con características similares a la marihuana.
- Kimberly Johana Henao Pulgarín integraba el GDO desde enero de 2016 hasta el 18 de septiembre de 2017. Vendedora de estupefaciente. Como hecho autónomo se le endilgó la venta de estupefacientes en las afueras de su residencia en el municipio de San Vicente, el día 14 de septiembre de 2017. Por lo anterior le acusó Concierto para delinquir agravado (Art. 340 inc. 2 del CP) en calidad de coautor, y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376 inc. 2 del CP) en calidad de autor.
- Fredy Hernán Sánchez Quiceno, desempeñaba el rol de jibaro de marihuana, perico y bazuco, se unió a LA OFICINA en enero de 2016 hasta el 18 de septiembre de 2017. Como hecho autónomo se tiene que el día 21 de septiembre de 2016 vendió estupefacientes. Le acusaron Concierto para delinquir agravado (Art. 340 inc. 2 del CP) en calidad de coautor, y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376 inc. 2 del CP) en calidad de autor.
- Andrés Felipe Vergara Arias estaba vinculado al GDO LA OFICINA desde el 8 de marzo de 2016 hasta el 18 de septiembre de 2017. El día 22 de junio de 2017 se le ubicó en el barrio San Jacinto, de San Vicente, Antioquia, ejerciendo en vía pública la venta de sustancias estupefacientes, además recibía la droga para luego ser distribuida al señor Juan Esteban alias el Gato. Por lo anterior el Fiscal lo acusó del concurso heterogéneo entre Concierto para delinquir

agravado (Art. 340 inc. 2 del CP) en calidad de coautor, y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376 inc. 2 del CP) en calidad de autor.

- Santiago Sánchez Quintero le acusó por los delitos de Concierto para delinquir agravado (Art. 340 inc. 2 del CP) en calidad de coautor, y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376 inc. 2 del CP) en calidad de autor, en atención a la vinculación a LA OFICINA desde enero de 2016 hasta el 18 de septiembre de 2017 y a la venta de estupefacientes acaecida el día 13 de septiembre de 2016, utilizando su actividad lícita de barbero como fachada para materializar la comercialización de la sustancia prohibida.
- Anderson Sánchez Henao vinculado desde enero de 2016 hasta el 18 de septiembre de 2017 a LA OFICINA. Cumplía el rol de vendedor de alucinógeno. Como hecho autónomo se tiene el día 18 de agosto de 2016 ejerciendo la venta de estupefaciente en el parque del municipio de San Vicente en el bar Terranova. Le fue acusado el delito de Concierto para delinquir agravado (Art. 340 inc. 2 del CP) en calidad de coautor, en concurso heterogéneo con Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376 inc. 2 del CP) en calidad de autor.
- José Javier Giraldo Marín vinculado desde enero de 2016 hasta el 18 de septiembre de 2017. Se le acusó el delito de Concierto para delinquir agravado (Art. 340 inc. 2 del CP) en calidad de coautor, en concurso heterogéneo con Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376 inc. 2 del CP). Como hecho autónomo de venta de estupefacientes se tiene la ocurrida el día 13 de septiembre de 2016, al interior del Municipio de San Vicente, en esa oportunidad estaba comercializando “perico”.

III. Actuación procesal

3. El 19 de septiembre de 2017, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Guarne⁵, se formuló imputación a los señores JOSE EUFRASIO JARAMILLO HERRERA 3.562.391, CARLOS ARTURO MUNOZ CARDONA 70.286.284 alias niquelao, CARLOS ALBERTO MUNOZ ARBELAEZ 1.041.327.203 alias piña,

⁵ Carpeta de preliminares, PDF 01 del expediente digital.

GILDARDO ENOC RIVERA 70.286.149 alias tito, KIMBERLY YOHANA HENAO 1.001.748.149, JOSE JAVIER GIRALDO MARIN 1.041.327.759 alias chispas, FREDY HERNAN SACHEZ 1.041.326.172 alias orejas, ANDRES FELIPE VERGARA ARIAS 1.041.327.179, SANTIAGO SANCHEZ QUINTERO 1.041.328.309 alias el barbero y ANDERSON SANCHEZ HENAO 1.041.327.423 como coautores del delito de Concierto para delinquir agravado en concurso heterogéneo con Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, conforme a los artículos 340 inc. 2 y 376 inc. 1° del C.P.

Al señor JOSE ARNOBY JARAMILLO HENAO 15.447.868, le imputó Concierto para delinquir agravado, en calidad de coautor, en concurso heterogéneo con Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, contenidos en los artículos 340 inc. 2 y 376 inc. 1° del C.P., en calidad de autor.

Los imputados manifestaron que no aceptaban los cargos. En dicha diligencia de impuso medida de aseguramiento que les restringió el derecho fundamental a la libertad.

4. El 24 de enero de 2018 se asignó por reparto, al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia⁶, autoridad ante la cual se desarrolló la audiencia de formulación de acusación el seis de diciembre de la misma anualidad. En esa ocasión la Fiscalía endilgó a los procesados los cargos ya expuestos⁷.

5. El Juzgado Segundo Especializado de Antioquia remitió el expediente para que por la Secretaría común lo asignara por reparto al recién creado Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el cual avocó el conocimiento el día 2 de marzo de 2021; este a su vez, ante la creación de los Juzgados Sexto y Séptimo Penal del Circuito Especializados de Antioquia, conforme al Acuerdo PCSJA21-11853 del 20 de septiembre de 2021, envió el proceso a la Secretaría y mediante reparto asumió el conocimiento la Juez Sexta Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante auto de sustanciación adiado primero de abril de 2022.

⁶ Folio 197 PDF 001 del expediente digital.

⁷ PDF 01 carpeta “actas y audios acusación” del expediente digital

6. El 19 de octubre de 2022 se instaló la audiencia preparatoria⁸. El juzgado, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 1 del artículo 356 de la Ley 906 de 2004 preguntó a la defensa si el descubrimiento probatorio realizado fuera de la sede de la audiencia de acusación había sido completo, a lo que los defensores manifestaron que sí, dejando la salvedad uno de ellos que le faltaban algunos documentos, no obstante el despacho concluyó que había faltado diligencia por parte de Fiscalía y Defensa en tanto durante el amplio lapso temporal en el que la audiencia preparatoria no se había podido llevar a cabo no realizaron las gestiones tendientes a concluir en debida forma el descubrimiento.

Los abogados presentes realizaron el descubrimiento probatorio y se aplazó la diligencia en atención a que la totalidad de los abogados no se habían hecho presentes, siendo imposible concluir esa primera etapa de la audiencia.

7. Continuó la sesión el 20 de octubre de 2022, calenda en la que se culminó el descubrimiento probatorio por parte de la defensa, plantearon estipulaciones probatorias, se les indagó a los procesados presentes si era su voluntad aceptar cargos, fueron contestes en indicar que se declaraban inocentes, luego se dio paso a la Fiscalía para que hiciera sus solicitudes probatorias.

8. En punto a la discusión que desató la alzada, la Fiscalía realizó la solicitud probatoria en los siguientes términos⁹:

- *Lo primero es esa vigilancia y seguimiento que se llevó a cabo el 18 de octubre de 2016 pues con ello se dará cuenta precisamente que en ese sector del municipio de Guarne en la vereda Juan XXIII se realizó varios días de seguimiento como son el día... la del día 18 de octubre del 2016, la vigilancia realizada el 20 de octubre del 2016, serían esas 4 vigilancias que se llevaron a cabo en ese sector [...] entonces indicando señora juez que las vigilancias y seguimientos realizadas en la vereda Juan XXIII en Guarne, en el predio identificado con el numero 11608544, donde dan cuenta de que efectivamente se realizaron unas aprehensiones de la señora Jessica Isaza Ochoa, del señor Fabio Agudelo Marín y que precisamente esas aprehensiones se generaron como consecuencia de haber realizado un intercambio de elementos y que esos elementos precisamente arrojaron que eran estupefacientes y que dentro de ellos precisamente darán más viabilidad de la*

⁸ PDF 045 del expediente digital.

⁹ Record 28:40 archivo 052 del expediente digital.

responsabilidad del señor Arnoby y del señor Eufasio en ese sector dedicados precisamente a esa actividad.

- *Vigilancia y seguimiento del 2 de noviembre de 2016 a la avenida Juan Bosco en la Calle 26 C No. 35 – 42 donde se estableció que en ese sector había un acopio de sustancia estupefaciente y que el mismo era manipulado por varios de esos integrantes porque llegaban los consumidores y fue así como se logró la aprehensión de uno de los consumidores, Víctor Manuel Cardona Zapata. Esta vigilancia y seguimiento fue realizada por el policía judicial Guillermo León Valencia y tendrá mayor fuerza para acreditar la responsabilidad dentro del grupo de personas dedicadas a esta actividad como lo son Carlos Alberto Muñoz y Carlos Arturo Muñoz.*
- *Vigilancia y seguimiento realizada el 19 de marzo de 2017 en el predio ubicado en zona rural de la vereda Travesía de San Vicente, en una casa de dos plantas construida en ladrillo color blanco, y precisamente en esta dará cuenta de que es un sitio de expendio de sustancia estupefaciente, pues en este lugar fue aprehendida una persona el 19 de marzo, el señor Víctor Daniel Cardona y dentro de él se acreditará con mayor responsabilidad esa vigilancia y seguimiento la de Gildardo Enoc Rivera, como uno de los que hacían parte de ese acopio de estupefaciente y como que fue uno de los que también le suministró esa sustancia al señor Víctor Manuel el 19 de marzo de 2017, y pues esto le dará más clara la responsabilidad al señor Gildardo Enoc Rivera así como al señor José Javier Giraldo, esto se ingresará por medio del policía judicial Guillermo León Valencia que realizó la vigilancia y el acta de incautación por parte del testigo Víctor Daniel Cardona a quien se le incautó la sustancia o del agente que la encontró.*
- *La 19 ya la había indicado, la 20 que es el acta de incautación realizada a la señora Yesica Isaza el 19 de octubre del año 2016, que da cuenta que la sustancia la compró en el sitio que era objeto de vigilancia y seguimiento y ello dará cuenta de la responsabilidad del señor José Eufasio además de la calidad del testigo [...] La vigilancia del 20 de octubre ya se indicó.*

IV. Decisión de primera instancia

9. El Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia resolvió inadmitir la solicitud de la Fiscalía en lo que tiene que ver con el decreto e incorporación de los informes de vigilancia y seguimiento de fechas 18 y 20 de octubre de 2016, 2 de noviembre de 2016 y 19 de marzo de 2017¹⁰, valiéndose de lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de febrero de 2022, dentro de la Radicación 58.087, con ponencia de la Dra. Myriam Ávila Miranda, la

¹⁰ Record 1:22:29 archivo 059 del expediente digital

cual aclara la naturaleza de documentos tales como los informes de policía judicial y sus anexos, que constituyen declaraciones anteriores por lo que sólo la enunciación de su pertinencia no basta para que sean decretadas. En ese orden de ideas, dijo la *a quo* que los informes de vigilancia, resultados de PIPH, las actas de incautación y los demás documentos solicitados pueden ser ingresados directamente con los testigos de acreditación, siempre y cuando haya una retractación o una vulneración de lo contrario sólo podrán ser utilizados con fines de refrescamiento de memoria o impugnación de credibilidad, en otros palabras no constituyen prueba documental susceptible de decreto así hayan sido solicitados indicando pertinencia y conducencia.

V. Recurso de apelación

10. Inconforme con la decisión, el Fiscal interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación¹¹ al considerar que sí había cumplido con la carga argumentativa al momento de solicitar la prueba y que el juez primario desconoció el contenido del Art. 424 Nral. 2 del Código de Procedimiento Penal¹², ello debido a que esos DVD que contienen los informes de vigilancia y seguimiento incluyen fragmentos de la vida real en los que se podía corroborar que en los asentamientos usados como lugares de expendio de estupefaciente se realizaban esos intercambios, en los videos se podía observar quienes eran los que vendían y quienes compraban el alucinógeno; insistió en que se permitiera la incorporación de la prueba documental porque aunque comparte la apreciación del despacho, en este caso el contenido de los DVD sí se ajusta a lo que se denomina como tal.

El Fiscal sustentó el recurso de reposición frente a otros dos temas que fueron resueltos por la primera instancia, en ese orden de ideas, y al no ser el objeto de la alzada, no se van a abordar de fondo.

VI. Decisión recurso de reposición

¹¹ Récord 1:48:57, *ibidem*.

¹² En adelante C. de P. Penal

11. El juzgado resolvió no reponer la decisión objeto de reproche por parte del delegado fiscal y para ello recurrió a la sentencia del seis de abril de 2022, dentro de la radicación 51.750, con ponencia del H. Magistrado Hugo Quintero Bernate, en la que se recogió lo aducido en la primera intervención y se concluyó que por más que dicho informe se encuentre en un documento no goza de la calidad de prueba documental, en consecuencia, cerró indicando que si la Fiscalía deseaba exponer cuales eran los resultados de esa vigilancia debía hacer comparecer a los investigadores que realizaron el acto investigativo.

VII. Consideraciones de la Sala

Esta Sala es competente para conocer del presente asunto, conforme a lo dispuesto en el artículo 34, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal¹³.

De los fundamentos expuestos por el recurrente considera la Sala es uno el problema jurídico a resolver: (i) determinar si la postulación probatoria referida a los DVD fue realizada respecto de una prueba documental en específico o solo se mencionaron los informes ii) establecer el acierto y legalidad de la primera instancia que decidió negar el decreto de los informes de vigilancia y seguimiento solicitados.

En punto del primer problema jurídico, para el Tribunal la pretensión del delegado Fiscal tiende al fracaso en tanto solicitó que se decretara como prueba unos DVD en los cuales se hallaban los resultados de las vigilancias y seguimientos realizadas en las viviendas en las que presuntamente se estaba comercializando con sustancia estupefaciente, sin embargo, a más de mencionar la pertinencia y conducencia de esos elementos, nunca fue claro en indicar qué documentos contenían los discos, es decir, hizo referencia al contenedor, pero no a su contenido.

Sobre la precisión de quien postula una prueba, La Corte Suprema de Justicia en la decisión AP5911-2015, dentro de la radicación 46.109, del 8 de octubre de 2015 indicó que:

¹³ Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen: 1. *De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.*

“en un debate dialéctico, no deben prosperar las pretensiones probatorias tácitas o sobreentendidas, ni mucho menos avalarse las decisiones implícitas, pues tanto las unas como la otras, en últimas, son nugatorias de la facultad de confutar o, si se lo prefiere, violatorias del derecho a controvertir e impugnar.”

En suma, ser claro es una carga de quien pretende se le decrete la práctica de un elemento con vocación de prueba, no sólo se trata de decir lo que ese elemento ofrece sino también la naturaleza del mismo; para el caso concreto, el Fiscal simplemente reseñó que se trataba de los resultados de la vigilancia y el seguimiento realizada los días 18 y 20 de octubre de 2016, en el municipio de Guarne, Antioquia, vereda Juan XXIII en la casa con número de predial 11608544, la del 2 de noviembre de 2016 en la Avenida San Juan Bosco, en la calle 26 C No. 35 - 42 y la del 19 de marzo de 2017 en la vereda La Travesía del municipio de San Vicente, Antioquia, en una casa de dos plantas ya descrita anteriormente, en las que se obtuvo como resultado las capturas de varios ciudadanos que resultaron ser compradores del alucinógeno, así como de los procesados. De manera breve indicó que como resultado de las vigilancias se visualizó quienes eran los expendedores, con lo que se reconoce aborda lo atinente a la pertinencia y conducencia pero no logra explicar o distinguir qué documentos contenían los DVD; no explica si es que durante la ejecución del acto investigativo tomaron registro fotográfico o fílmico, por tanto lo que logró exponer el fiscal fue que esos informes se guardaron de manera digital; en todo caso, lo que hay allí es tan incierto que decretarlo sería cercenar el debido proceso probatorio.

La Corte Suprema de Justicia en AP1941-2015, del 16 de abril de 2015, con ponencia del Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, en la Radicación N° 44.557 concluyó la anterior cita indicando que:

Lo anterior no significa que los informes elaborados por la policía judicial constituyan pruebas, pues estas, al tenor del artículo 16 de la Ley 906 de 2004, son sólo las producidas e incorporadas en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

Postura reiterada por la citada Corporación por el Magistrado Hugo Quintero Bernate, el seis de abril de 2022, en la SP1162-2022 dentro de la radicación 51.750, citada en la decisión confutada.

Por tanto, la única manera de usar los informes en el juicio oral es para refrescar memoria o impugnar credibilidad, eventos en los que pueden ser valorados por el

fallador, pues se entiende que su contenido queda integrado al testimonio.

Lo anterior permite dar respuesta al segundo planteamiento hecho inicialmente, esto es, que la decisión de la Juez Sexta Penal del Circuito Especializado de Antioquia fue ajustada a la constitución y a la Ley, por lo que será confirmada en su integridad, ya que, en efecto, el recurrente no dijo si los DVD contenían algún documento que pudiera ser considerado como prueba documental y que pudiera ingresar como prueba autónoma a la actuación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO. Confirmar la decisión de seis de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

SEGUNDO: Remitir el expediente al juzgado de origen para que se continúe con el trámite pertinente.

TERCERO: Se informa que contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase,

(firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada

(firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECO

Magistrado

(firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Firmado Por:

**Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia**

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

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

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

Código de verificación: **61abe9e33992dc536b6e9af91e2ae6b748b918a6610a79edfefaf55e24c56f99**

Documento generado en 16/03/2023 11:01:05 AM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Magistrada ponente: MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

CUI : 1100160000002016-00950-01 (NI. 2023-0352-3)
Asunto. : Apelación auto preclusión
Delito : Concusión
Procesado : MARINO ORTIZ PALACIO
Aprobación : Acta N° 072 – 13 de marzo de 2023

Medellín, Antioquia, marzo 13 de dos mil veintitrés (2023)

TEMA

La Sala resuelve la apelación propuesta por la fiscalía en contra del auto emitido el 27 de febrero de 2023 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, mediante el cual declaró la prescripción de la acción penal respecto del delito de concusión, en favor del señor MARINO ORTIZ PALACIO.

HECHOS

MARINO ORTIZ PALACIO hizo parte de una organización criminal actuando como abogado defensor de sus integrantes, en desarrollo de ese mandato acordaba con el fiscal y la asistente del despacho 28 especializado de Apartado, Antioquia, sumas de dinero a cambio de la libertad de su representado, además de ello, puso a disposición su cuenta bancaria para la consignación de dichos dinero solicitados por los funcionarios de la fiscalía, los cuales provenían de uno de los líderes de la organización criminal.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por esos hechos, el 23 de febrero de 2016, se celebró audiencia de formulación de imputación ante el Juzgado Veinte Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, en relación con el señor MARINO ORTIZ PALACIO en calidad de interviniente del delito de concusión -Art. 404 y 30 del Código Penal- y asociación para la comisión de delitos contra la administración pública -Art. 434 Código Penal- con circunstancias de menor y mayor punibilidad artículos 55 -1- y 58-10- ibidem.

En mayo de 2016, la fiscalía presentó escrito de acusación, asunto asignado por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia. La audiencia de acusación tuvo lugar el ocho de noviembre de 2016 y la audiencia preparatoria se adelantó en sesiones de 12 de febrero, nueve de mayo y 29 de mayo de 2018.

El 15 de abril de 2021 el Juzgado, a instancia de la defensa, decretó la preclusión por prescripción del delito de asociación para la comisión de delitos contra la administración pública en favor de MARINO ORTIZ PALACIO y Esperanza Izquierdo e igualmente negó similar postulación por el delito de concusión, entonces, el proceso se remite a esta Corporación para los fines pertinentes. El recurso se resuelve el 14 de enero de 2022.

El dos de agosto de 2022 se inicia la audiencia de juicio oral. Después de varias sesiones, el 20 de enero de 2022, la defensa de MARINO ORTIZ PALACIO solicita la variación de la audiencia de juicio oral por una de petición de preclusión, a lo que accedió el despacho.

SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

La defensa material, luego de considerar que la acción penal que se adelantaba por el delito de concusión en su contra había prescrito, solicitó la preclusión de la investigación, al amparo de la causal primera del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Adujo que el término de prescripción para los servidores públicos después de formulada la imputación es de máximo 10 años. También que si la pena máxima de prisión es de 180 meses debía ser disminuida en $\frac{1}{4}$ parte por cuenta del artículo 30 ibidem, para un total de 135 meses, siendo este el término de prescripción aplicable al caso. Ahora, que con ocasión de la imputación se interrumpió ese plazo de prescriptivo quedando en la mitad, es decir, 67,5 meses. Así, dice, si la imputación se llevó a cabo el 26 de febrero de 2016 ese término se cumplió en el año 2021.

Por lo anterior, el procesado reitera la petición de la preclusión acorde con el numeral primero del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 83 del Código Penal en concordancia con el canon 292 de la Ley 904 de 2004.

La Fiscalía por su parte se opuso a ese pedimento tras aducir que bajo la figura de la comunicabilidad de circunstancias y el conocimiento de la condición de servidores públicos, dicha calidad se hace extensible al interviniente para efectos de considerar el término de prescripción, de forma que con ese incremento y la disminución por ser intervinientes arroja un lapso prescriptivo que aún no se agota.

LA PROVIDENCIA APELADA

La señora Juez de primera instancia, después de evocar el pedido de preclusión, recordó que el señor MARINO ORTIZ PALACIO fue imputado en calidad de interviniente de la conducta punible de concusión.

De acuerdo con ello, arguyó que la contabilización de los términos de prescripción debía incluir la rebaja punitiva a que hace alusión el inciso 4º del artículo 30 del Código Penal.

En desarrollo de esa labor, indicó que, de acuerdo con el artículo 404 del Código Penal, la pena de prisión oscilaba 96 a 180 meses, pero que la pena

máxima en virtud del artículo 30 mencionado se rebajaba en $\frac{1}{4}$ parte, para un total de 135 meses de prisión, cuya mitad es 67.5 meses. De ese modo, reseñó, desde la imputación ese terminó corrió en octubre de 2021, por lo que declaró prescrita la acción penal y, como consecuencia de ello, la preclusión de la investigación en los términos de numeral primero artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

DE LA SUSTENTACIÓN DE LOS RECURSO

La fiscalía opuso a la declaratoria de prescripción de la acción penal adelantada por el delito de concusión, pues, con base en jurisprudencia señaló que, dada la comunicabilidad de circunstancias al extraneus sí se le aplicaba el incrementos previsto en el inciso seis del artículo 83 a los servidores públicos; por tanto, el término de prescripción sería de 270 meses, cual al ser disminuido en la mitad quedaría en 135 meses, por lo que no es posible afirmar que ya se agotó.

ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES

La defensa expresó que en los cálculos aritméticos no debe tenerse en cuenta el incrementos del término de prescripción consagrado en el inciso seis del artículo 83 del Código Penal, dado que su procurado no tiene la calidad de sujeto activo calificado, es decir, no es servidor público, siendo así ya se verificó el término de prescripción, razón por la cual solicita la confirmación de la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal es competente para conocer de presunto asunto, acorde con lo previsto en el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2004.

En esta ocasión la Sala debe como problema jurídico debe resolver si ya prescribió la acción penal que se adelanta en contra de MARINO ORTIZ

PALACIO, acusado en calidad de interviniente del delito de concusión, tal como lo declaró el A quo, o si, por el contrario, aún no se ha cumplido ese término, tal como lo sostiene la Fiscalía al sustentar el recurso de apelación.

La prescripción de la acción penal es el instituto jurídico de conformidad con el cual se fija un término para ejercer el *ius puniendi*, pues el derecho del Estado a perseguir y castigar el delito no es absoluto, sino limitado, entre otras formas, por el tiempo. Se trata de un fenómeno procesal que corre por ministerio de la ley, razón por la cual no puede ser modificado. Pasado ese lapso la acción penal habrá de extinguirse y como consecuencia de ello la investigación precluirse.

El artículo 83 de la Ley 599 de 2000 fija como regla general que 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 de 5 años ni excederá de 20. Ese término en ocasiones puede variar: según el delito del que se trate, si fue perpetrado en el exterior o si el hecho criminoso fue cometido bajo determinadas calidades.

Respeto de esto último, según este artículo al servidor público que, en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad, conforme la modificación que trajo la Ley 1474 de 2011. Tanto para el funcionario público como para los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores. En todo caso, dice la disposición en cita, cuando se aumente el término de prescripción no se excederá el límite máximo fijado.

Debe tenerse en cuenta, también, que la ley consagra la interrupción de ese término prescriptivo el cual sucede con la formulación de imputación, según el artículo 292 de la Ley 906 de 2004. Dos disposiciones regulan esa interrupción: el artículo 86 del Código Penal y el artículo 292 de la Ley 906 de 2004. Para ambos preceptos la interrupción opera a partir de la formulación de la imputación y desde ese mismo día el término comienza a contabilizarse. Con

todo, para el primer artículo.

“producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10)”.

Mientras que el segundo contempla que:

“producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años.”

La jurisprudencia en relación con el tema propuesto en las dos disposiciones expresó que si el proceso se adelanta bajo la égida de la Ley 906 de 2004 debe acatarse lo consagrado en el artículo 292 del Código de Procedimiento Penal, de forma que después de formulada la imputación el término:

“comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, esto es, por la mitad de la pena máxima señalada en el tipo penal, pero en ningún caso podrá ser inferior a tres (3) años”¹.

Ahora, en cuanto a las formas de participación previstos en el artículo 30 del Código Penal, que afectan los límites de la pena, como ocurre con la figura del interviniente, la Corte Suprema de Justicia expresó:

“Al respecto, como lo advierte la Procuradora, el artículo 30 del Código Penal afecta los extremos punitivos, e incide en la determinación del término de prescripción para la acción penal, cuando la conducta se imputa a título de interviniente. En este último caso, el aparte final del artículo 30 mencionado dispone:

“Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.”

Desde esta perspectiva, el término de prescripción para el

¹ CSJ SP, 3 abril de 2019, rad. 51.539. Ver también CSJ AP, 20 ago. 2019. Rad. 45.058.

interviniente del delito de peculado por apropiación, contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, es inferior al del autor. En efecto, la pena máxima para el delito de peculado por apropiación, para la época de comisión de la conducta era de 15 años (artículo 397 del Código Penal), monto que, para establecer el término de prescripción de la acción penal, después de la ejecutoria de la resolución de acusación, se reduce a la mitad (artículo 86 del Código penal vigente para el momento de ejecución de la conducta).

Como el Tribunal consideró que en la acusación se les imputó a las contratistas la comisión del delito de peculado a título de intervinientes, corrigió la sentencia de primera instancia que las condenó como autoras de ese ilícito. Eso implicaba que se afectaban los extremos punitivos del tipo penal, por lo cual, el término máximo de prescripción de la acción penal para el interviniente no era de 15 años, sino de 11 años y 4 meses, y después de ejecutoriada la resolución de acusación, de 5 años y 8 meses.”²

De otra parte y como antes se indicó, el término de prescripción modificado por la Ley 1474 de 2011 se incrementa en la mitad, entre otros, para el servidor público que, en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible.

Así, al tenor del artículo 83 del Código Penal modificado por la Ley 1474 de 2011, el término de prescripción se incrementa en la mitad únicamente respecto de los servidores públicos que en cumplimiento de sus funciones ejecuten el delito, sin que se hubieran considerado en esa disposición a los particulares que ejerzan funciones públicas aun conociendo esa calidad de autor.

De otra parte, tal como lo planteó la Vista Fiscal, no es válido, bajo la figura de la comunicabilidad de circunstancias de que trata el artículo 62 del Código Penal, aplicar ese incremento al término de la prescripción para los intervinientes aun contando con el conocimiento de la calidad de servidores públicos del autor.

El citado artículo 62 expresa:

² CSJ SP, 29 abril 2020, rad. 53.727.

“Las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal que concurren en el autor de la conducta no se comunican a los partícipes, y sólo serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido.

Las circunstancias agravantes o atenuantes de índole material que concurren en el autor se comunicarán a los partícipes que las hubiesen conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible.”

Como viene de verse, la comunicabilidad de circunstancias admite que circunstancias agravantes o atenuantes de índole material que concurren en el autor se comuniquen a los partícipes que las hubiesen conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible, por el contrario respecto de las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal únicamente serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido. La posibilidad de comunicación del autor al partícipe de esas situaciones radica primordialmente en que lo transmitido sea una circunstancia.

Sobre lo que debe entenderse por circunstancia la doctrina³ se debate entre una concepción amplia y otra restringida. De acuerdo con la primera, solo ostentará tal carácter las atenuantes y agravantes de la parte general del Código Penal y aquellos hechos que sirven para formar tipos penales agravados contenidos en la parte especial. Para la segunda las circunstancias son aquellos elementos accidentales que no tienen un vínculo con el supuesto de hecho de la norma penal o que no influyen en la estructuración del tipo penal.

Nuestra legislación y la jurisprudencia se inclinan por esta última concepción, dado que sostienen que para los efectos del artículo 62 en cita, como circunstancia debe entenderse todo elemento que no forma parte de la estructura esencial del injusto, sino de su punibilidad. Bajo ese entendimiento, verbi gracia, en el caso del punible de concusión, que es un delito de sujeto activo

³ Entre otros, Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias del autor al partícipe. Derecho Penal y Criminología 25 (75) 111-34. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1043>.

calificado, la condición de servidor público de quien abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, no corresponde a una mera circunstancia accidental, más bien se trata de uno de elementos objetivos constitutivos o estructurales de la descripción típica.

De suerte que, para el interviniente, esto es, para quien careciendo de las calidades especiales llámense jurídicas, profesionales o naturales previstas en el tipo para el sujeto activo, ejecuta actos de coautor material propio o impropio, no es viable que por comunicabilidad de circunstancias se transfiera para efectos punitivos la condición de sujeto activo calificado.

Así lo tiene definido la Corte Suprema de Justicia:

“Resta señalar que no opera la comunicabilidad de circunstancias, pues la condición de sujeto activo calificado hace parte de la estructura óptica del delito, sin que corresponda a una circunstancia específica de agravación o atenuación, por ejemplo, cuando el homicidio recae en el padre del victimario. Es decir, tener el carácter de servidor público, deudor alimentario, apoderado o mandatario, empleado o director de una institución financiera o de cooperativas, en los ejemplos propuestos, no corresponde a una circunstancia que pueda comunicarse.”⁴

De esta manera, la condición de servidor público del sujeto activo calificado no puede ser comunicada al extraneus que como interviniente concurre en el delito para los efectos legales que ello tenga, como para que la pena del funcionario público proceda igual para el particular o para que la prescripción de la acción penal se guíe por esta.

Aplicando los anteriores criterios normativos y jurisprudenciales al caso en particular tenemos que el señor MARINO ORTIZ PALACIO está siendo procesado por la comisión del delito de concusión, según el artículo 404 del Código Penal, en calidad de interviniente, a título de dolo y con circunstancias de mayor punibilidad del numeral 10 del artículo 58 del Código Penal y de

⁴ CSJ SP, 6 nov. 2019, rad. 54125.

menor punibilidad descrita en el numeral 1 del artículo 55 ibidem.

El artículo 404 del Código Penal sanciona el punible de concusión con una pena de 96 a 180 meses de prisión. Ahora, como la figura del interviniente modifica los límites de la pena en una cuarta parte, esos extremos punitivos se reducen en esa proporción, conforme el numeral 1 del artículo 60 ibidem, por lo que quedan entre 72 a 135 meses de prisión.

Entonces, la prescripción de la acción penal, conforme el artículo 83, desde la fecha de comisión de los hechos, operaba en el término máximo de 180 meses. Antes del vencimiento de dichos 180 meses años, la Fiscalía formuló imputación el 23 de febrero de 2016 al señor MARINO ORTIZ PALACIO en calidad de interviniente del delito de concusión, por lo que se produjo la interrupción del término prescriptivo y comenzó a correr de nuevo, según el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, por la mitad del término previsto en el artículo 83. Así, los 135 meses de prisión reducidos en la mitad corresponden a 67,5 meses de prisión, que equivalen a 5 años, 7 meses y 15 días; en consecuencia, si la imputación se formuló el 23 de febrero de 2016 el término de prescripción se verificó el 8 de octubre de 2021.

Por lo anterior, acertó el A quo en cuanto a declarar la prescripción de la acción penal que se adelantaba por el delito de concusión y como consecuencia de ello decretar la preclusión de la investigación, al tenor del numeral primero del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, en favor de MARINO ORTIZ PALACIO dado que su intervención en esa delincuencia se le atribuyó a título de interviniente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO. Confirmar la providencia objeto de apelación.

SEGUNDO. Regrese el asunto al Juzgado de origen para lo de su cargo.

TERCERO. Se informa a las partes e intervinientes que en contra de esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(Firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez

Magistrada

Sala Penal

Tribunal Superior De Antioquia

Plinio Mendieta Pacheco

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 002 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Rene Molina Cardenas

Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **da521d7b272032c3b13888d6d01ec2a3afc02e1f6127e5b3bb83222e67d756f1**

Documento generado en 16/03/2023 01:57:41 PM

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