

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 135

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
2023-1217-1	Tutela 2° instancia	YOIDER GAMARRA LÓPEZ	COLPENSIONES	Confirma fallo de 1° instancia	Agosto 02 de 2023
2023-1308-2	Tutela 1° instancia	JAIME ENRIQUE ÚSUGA SUESCÚN	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por hecho superado	Agosto 02 de 2023
2023-1205-2	Tutela 2° instancia	YENNY KATERINE VÉLEZ MEJÍA.	NUEVA EPS Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Agosto 02 de 2023
2023-1381-3	Tutela 1° instancia	JAIME LEÓN CAMELO	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Rechaza acción de tutela	Agosto 02 de 2023
2023-1311-3	Tutela 1° instancia	FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Concede derechos invocados	Agosto 02 de 2023
2023-1345-3	Tutela 1° instancia	MICHAEL DAVID MONTOYA SOTO	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE APARTADO ANTIOQUIA Y OTROS	Concede derechos invocados	Agosto 02 de 2023
2023-0963-3	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTRO	LUIS ALBERTO BERTEL MERCADO	confirma auto de 1° Instancia	Agosto 02 de 2023
2023-1274-3	auto ley 906	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO	YONAIKER JOSÉ MATUTE RANGEL	Decreta nulidad	Agosto 02 de 2023
2023-1359-3	Consulta a desacato	BRAINER ALEJANDRO RESTREPO MURIEL	SANIDAD MILITAR EJERCITO NACIONAL Y OTROS	Decreta nulidad	Agosto 02 de 2023
2023-0174-6	sentencia 2° instancia	HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA	ROBINSON CUESTA VALENCIA	Revoca sentencia de 1 instancia	Agosto 02 de 2023
2023-1286-6	Tutela 1° instancia	HÉCTOR GEOVO LÓPEZ	FISCALÍA 27 SECCIONAL DE SANTA BÁRBARA ANTIOQUIA Y OTROS	Deniega por hecho superado	Agosto 02 de 2023
2023-1127-6	Tutela 2° instancia	JOSÉ LUCIANO MINA CÓRDOBA	UARIV	Confirma fallo de 1° instancia	Agosto 02 de 2023

2022-1118-1	sentencia 2º instancia	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	EDWIN ALBERTO HIGUITA JIMÉNEZ	Confirma sentencia de 1º Instancia	Agosto 02 de 2023
2023-1153-1	auto ley 906	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	JOVANI ENRIQUE ESPINOSA VILLADA	confirma auto de 1º Instancia	Agosto 02 de 2023
2023-1072-1	auto ley 906	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	JHON ARLEY SEPÚLVEDA MONSALVE	confirma auto de 1º Instancia	Agosto 02 de 2023

FIJADO, HOY 03 DE AGOSTO DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dos (02) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 160

PROCESO : 05250 31 89 001 2023 00060 (2023-1217-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : YOIDER GAMARRA LÓPEZ
ACCIONADO : COLPENSIONES
PROVIDENCIA : FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

=====

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la accionada en contra de la sentencia del 28 de junio de 2023, a través de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre (Antioquia) concedió la solicitud de amparo presentada por el señor YOIDER GAMARRA LÓPEZ.

LA DEMANDA

informó el accionante que en el 2021 tuvo un accidente laboral y en razón a ello le diagnosticaron “M233 otros trastornos de los meniscos – S836 esguinces y torceduras de otras partes y las no especificadas de la rodilla” y además, en el mismo año comenzó a sufrir molestias en el codo izquierdo con irradiación distal con sensación de parestesia en los dedos 4to y 5to, siendo diagnosticado de “M771 epicondilitis lateral”.

Adujo que luego de estar en terapias de rehabilitación, y

procedimiento, el 10 de agosto del 2021, fue diagnosticado con “dx principal m779 entesopatia, no especificada – dx relacionado 1 m652 tendinitis calcificada”, que por sus múltiples patologías médicas, ha estado incapacitado por más de 540 días y por la intensidad del dolor ha tenido que ser atendido en el centro de Salud Mental Integral SAMEIN, en donde los especialistas en psiquiatría le diagnosticaron “f510 insomnio no orgánico – r 522 otro dolor crónico”.

Expresó que el 15 de septiembre de 2022, radicó ante COLPENSIONES la documentación requerida por esa entidad para dar inicio al trámite de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral, dado que, la Nueva EPS había emitido concepto favorable de rehabilitación, pero como había superado los 540 días continuos incapacitado, cumplía con los requisitos para solicitar calificación de pérdida de capacidad laboral, donde el 30 de septiembre del 2022, recibió un correo electrónico de Colpensiones, donde solicitaban actualizar su historia clínica con un espacio de tiempo no mayor a 6 meses, fue por ello que el 11 de octubre de 2022 radicó nuevamente su historia clínica completa solicitada por Colpensiones, dando cabal cumplimiento a su requerimiento e instauró una acción de tutela que fue negada por ese Despacho por encontrarse que la entidad accionada se encontraba dentro del término para resolver su petición.

Indicó que, el 10 de enero de 2023, Colpensiones dio respuesta a su solicitud indicando que, por no haber suministrado la información solicitada, no dieron trámite a su calificación, sin tener en cuenta que la documentación se encontraba debidamente radicada en la entidad desde el 11 de octubre de 2022, por lo que, en el mes de enero del 2023 y en vista de la decisión negativa de Colpensiones, procedió a instaurar la acción de tutela que fue radicada con el número 05250 31 84 2023 00008, la cual en primera instancia fue resuelta amparando

sus derechos fundamentales ordenándose a Colpensiones que le informarán en un término 48 horas, contadas a partir de la notificación de la providencia, qué documentos requerían para pronunciarse de fondo respecto a la pérdida de capacidad laboral y, en segunda instancia la Sala de decisión Civil- Familia el Honorable Tribunal Superior de Antioquia, consideró que la entidad accionada estaba haciendo uso de su legal derecho de exigir documentación para proceder a la calificación de la PCL del afectado.

Aseveró que el 1 de marzo del 2023, recibió una comunicación electrónica por parte de Colpensiones en donde le indicaban, que una vez revisada la documentación, era imprescindible que aportara la valoración por fisioterapia/ ortopedia por patología de rodilla no mayor a seis meses, en donde se especificara con respecto a la patología trastornos internos de la rodilla, esguince y torcedura de rodilla, meniscopatía, dolor en la articulación entesopatía: estado actual, tratamientos instaurados y pendientes, goniometría de la extremidad/ articulaciones afectadas, imágenes diagnósticas realizadas durante el último año; lo cual debía ser radicado dentro de los 30 días siguientes y de no ser posible, podría pedir una prórroga y si en ultimas, no le era posible aportarlos, el caso se cerraría por desistimiento tácito conforme lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1755 de 2015.

Argumentó que la accionada estaba desacatando el fallo de tutela de segunda instancia en tanto la orden estaba centrada en que dichas valoraciones debían ser a costa de la entidad accionada y no de él y por ello radicó un incidente de desacato.

Afirmó que el 23 de marzo del 2023, acudió a una cita de control con su especialista en ortopedia, el cual le ordenó atención con medicina

laboral para evaluar su patología médica y el 31 de marzo del 2023 recibió correo electrónico donde constaba que Colpensiones, había emitido dictamen de pérdida de capacidad laboral sin haber tenido en cuenta la totalidad de su historia clínica y sin haberle realizado las valoraciones médicas que eran de vital importancia para su evaluación y que dieron origen a la radicación de las dos acciones de tutela y que no fueron tenidas en cuenta por Colpensiones.

Aseguró que el 13 de abril del 2023, procedió a apelar el dictamen remitiendo el escrito a los correos electrónicos comunicacionescertificadas@colpensiones.gov.co y notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co; posteriormente, el 10 de mayo hogaño, le fue nuevamente notificado, el mismo dictamen y por esa razón pidió explicación a la accionada, donde el 9 de junio de la presente anualidad recibió respuesta de parte de Colpensiones a la petición informándole, que la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral había sido elaborada a través del Dictamen No. 4775406 del 31 de marzo del presente año, y se había determinado una pérdida de la capacidad laboral del 19.50%, de origen común, estructurada el 31/03/2023, dictamen que había sido debidamente notificado por medio de correo electrónico el pasado 31 de marzo de 2023, no evidenciándose a la fecha manifestación de inconformidad de su parte. Adicionalmente indicaron que, validando la información con el área encargada encontraron que, existía una notificación que fue entregada de forma efectiva tal cual como lo manifestaba el afiliado, y frente a la apelación le informaron que la manifestación de inconformidad había sido radicada por canales no autorizados y por ello no podían darle trámite a la misma.

Dijo que le resulta incomprensible la negativa de la accionada para

tramitar su inconformidad con la calificación, teniendo en cuenta que dentro del escrito que se efectuó la notificación, no se le indicó el medio electrónico a través del cual podía presentar contradicción y si ello no le indicaron cual era ese canal, él no tenía por qué saberlo.

Solicitó que le sean amparados sus derechos fundamentales al diagnóstico a la salud, y como consecuencia de ello se ordene a la administradora colombiana de pensiones – Colpensiones, que de manera inmediata proceda a darle trámite a la apelación al dictamen no. 4775406, radicada vía correo electrónico desde el 13 de abril del 2023, al tiempo que se ordene también a la administradora colombiana de pensiones -Colpensiones que de manera inmediata realice el pago de los honorarios a la junta regional de calificación de invalidez de Antioquia para que se trámite la apelación al dictamen No. 4775406 y que de manera inmediata, remita su expediente completo a la junta regional de calificación de invalidez de Antioquia para que se trámite la apelación al dictamen No.4775406.

LA RESPUESTA

Colpensiones indicó que no se encontraba vulnerando ningún derecho fundamental del actor en tanto la falta de trámite a la inconformidad presentada contra el dictamen de pérdida de capacidad laboral radicada el 13 de abril de 2023 al correo notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co y comunicacionescertificadas@colpensiones.gov.co, obedece a que esos no son correo autorizados ni habilitados para tramitar peticiones, inconformidades de dictamen, solicitudes prestacionales y demás, y por ello el actor casi que de manera inmediata debió recibir de vuelta un correo electrónico, donde se informaba que la dirección de correo

electrónico notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co es de uso exclusivo de los trámites que cursan ante la Rama Judicial, y se informaron los canales habilitados para las diferentes solicitudes, lo anterior en cumplimiento del artículo 197 de la Ley 1437 de 2011, canal único y exclusivamente para la atención y trámite de las notificaciones judiciales.

Afirmó que no ha vulnerado el derecho fundamental del accionante por cuanto no se tiene registro de la mencionada solicitud toda vez que fue radicada por un canal no autorizado por Colpensiones y, que con la acción de tutela pretende el accionante revivir términos ya vencidos en tanto el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto – Ley 019 de 2012, establece que el interesado que no esté de acuerdo con la calificación, dispone del término de 10 días para manifestar oposición, en cuyo caso la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los 5 días siguientes, y esa decisión a su vez, será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de 5 días.

Expresó que la Resolución por medio de la cual se calificó al actor, ya se encuentra en firme por haber fenecido el término de los diez 10 días para presentar la inconformidad y que Colpensiones por ser una entidad pública del orden nacional, recibe a diario numerosos mensajes y por ello se encuentra organizada por procesos que permitan la clasificación, organización y adecuado trámite de todas las solicitudes recibidas, de allí que hayan generado mecanismos de recepción de solicitudes a través de formularios y medios exclusivos para poder direccionarlos adecuadamente y atenderlos dentro de los términos legales.

Solicitó, que se deniegue la acción de tutela al ser improcedente para falta del requisito de la subsidiariedad.

EL FALLO IMPUGNADO

La Juez de Primera Instancia concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados, con los siguientes argumentos:

“...Se tiene, que acude el actor a esta instancia constitucional con la finalidad de que le sea amparado su derecho fundamental al diagnóstico y la salud al considerar que se encuentra vulnerado con la negación de COLPENSIONES de tramitar la apelación contra la decisión por medio de la cual se calificó la pérdida de su capacidad laboral.

(...)

En este orden, sea lo primero advertir que si bien, dentro de la acción constitucional que nos ocupa no se está solicitando un servicio de salud propiamente dicho, sino el diagnóstico sobre la pérdida de capacidad laboral del actor por las múltiples patologías que refiere, no es menos cierto que, por disposición del máximo tribunal constitucional, el derecho a obtener una calificación de pérdida de capacidad laboral, se encuentra íntimamente ligado a la protección del derecho a la seguridad social, ya que como se indicó en líneas anteriores, esta valoración resulta de suma importancia, pues permite establecer a qué tipo de prestaciones tiene derecho quien se encuentre afectado por una enfermedad o accidente, sin importar si su origen es común o laboral y así garantizar el derecho a la salud y el mínimo vital y por ello resulta ser este escenario el adecuado para revisar la presunta vulneración.

Ahora, por ser el fundamento de la acción constitucional la negativa de COLPENSIONES para darle trámite a la apelación al dictamen que calificó su pérdida de capacidad laboral, se aprestó el despacho a realizar el análisis de la contestación a la acción constitucional ofrecida por el ente accionado y observó que COLPENSIONES en modo alguno niega el ingreso del escrito de apelación, limitándose a argumentar que la apelación ingresó pero por unos correos electrónicos que si bien pertenecen a la entidad, no están dispuestos para esa finalidad y por ello consideró que al no ingresar por los canales autorizados, no estaba obligada a darle trámite y menos si se encontraba fenecido el término para presentar oposición Así las cosas, resulta necesario entonces que en este estadio procesal traer al frente lo preceptuado por el artículo 21 de la ley 1755 de 2015 cuyo tenor es el siguiente:

(...)

En indicar que si bien en este caso no se trata de una petición que fue remitida a una autoridad diferente, sino que la misma fue enviada a un correo electrónico destinado para otros fines dentro de la misma entidad haciendo una analogía con la normatividad en cita, era deber de COLPENSIONES por medio de sus funcionarios remitir la solicitud al área encargada para que esta

fuera resuelta, más tratándose de un sujeto de especial protección constitucional conforme lo dispone el artículo 33 superior.

Así las cosas, se reprocha el actuar negligente de la accionada, pues la misma siendo concedora conforme la contestación allegada de la solicitud de apelación remitida por el actor, de manera caprichosa no dio trámite a la misma. por estas razones no resulta de recibo para este Despacho que por exceso de formalidades se cercene un derecho constitucional.

Si bien la entidad aduce que la misma cuenta con canales de comunicaciones para los fines perseguidos por el actor diferentes al implementado por este, y que conforme con su facultad administrativa puede organizarse por procesos para facilitar la clasificación y adecuado trámite de las solicitudes recibidas, pues esto ciertamente sirve para facilitar la organización interna de la entidad, de ninguna manera alguna la exime del deber legal de tramitar las solicitudes que lleguen a canales de atención diferentes a lo que ella internamente determinó para tal fin, ya que la creación de canales de recepción para trámites o peticiones específicas, no es patente de curso para abstenerse de tramitar las peticiones que sean allegadas por canal distinto y por esta razón lo propio era que los funcionarios encargados de revisar la correspondencia arribada a los correos notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co y comunicacionescertificadas@colpensiones.gov.co debieron direccionar el escrito del señor YOIDER GAMARRA LÓPEZ al funcionario competente para darle trámite y no simplemente obviar, pues de esta manera se estar vulnerado el derecho de petición que le asiste al mismo.

A más de lo anterior, deberá indicarse también que no comprende el despacho, las razones que tuvo la entidad accionada para abstenerse de realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral mientras el actor no aportara la valoración por fisioterapia/ ortopedia por patología de rodilla no mayor a seis meses, argumentando que eran imprescindibles para efectos de la calificación, dado que sin embargo, se observar que finalmente el dictamen fue emitido sin dichos soportes y no precisamente por causa del actor, pues debe advertirse que la Sala Civil del Honorable Tribunal Superior de Antioquia al resolver la segunda instancia de una acción de tutela impetrada por el actor donde precisamente se cuestionaba la necesidad de aportar dichos soportes, indicó que si bien la entidad accionada, estaba facultada para solicitar los soportes, los gastos ocasionados por los mismos debían correr por cuenta de esta y no del actor.

Resulta entonces sospechoso el motivo por el cual se efectuó la valoración de la pérdida de capacidad laboral del actor sin tal documentación y podría inclusive preguntarse, si los mencionados soportes y valoraciones médicas realmente eran necesarios, o si, obedecían a maniobras dilatorias de la entidad en un franco abuso de su posición, o si, realmente eran necesarios para calificar su pérdida de capacidad laboral, y en caso de que así fuera, al haberse emitido una dictamen sin ellos se estaría entonces posiblemente vulnerando el derecho del actor de obtener una calificación con el lleno de todos los requisitos y sin suficiente fundamentación médica, lo cual no puede ser recibo, y dado que no le fue impartido el trámite de apelación, quedaría entonces el señor YOIDER GAMARRA LOPEZ desprovisto de momento procesal oportuno para enrostrar su inconformidad frente a la calificación otorgada, pues mediante el recurso de apelación es que el accionante debe incoar su reproche frente a la calificación y la forma de obtención de la misma de ser el caso.

En ese orden de ideas se protegerán los derechos del señor YOIDER

GAMARRA LOPEZ, loa cuales vienen siendo conculcados por parte de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, y se ordenará que la misma proceda a resolver la solicitud de apelación incoada por el actor el día trece (13) de abril del año 2023 vía correo electrónico en esa entidad conforme las normas que regulan la materia...”

LA IMPUGNACIÓN

La entidad accionada inconforme con la decisión impugnó el fallo, informando que el accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por esa Administradora, por la falta de respuesta a petición radicada a través de los correos electrónicos notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co y comunicacionescertificadas@colpensiones.gov.co, el 13 de abril de 2023.

Indicó que verificados los sistemas de información de esa Administradora, no obra, en los que se asocian a la cédula de ciudadanía de la accionante, solicitud pendiente por resolver, por lo que, se hace imprescindible indicarle que, los correos electrónicos notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co y comunicacionescertificadas@colpensiones.gov.co, no es un medio dispuesto por esa Administradora para la recepción de solicitudes, incluso, esa situación fue indicada al accionante en la respuesta que de forma automática fue remitida a su correo en la que se le informó a qué tipo de usuarios se dirige dicho canal, así como de una lista de los medios idóneos para que presentar la solicitud.

Expresó que, al radicar solicitudes en medios no dispuestos para esos fines, hace imposible que la misma sea dirigida al área pertinente para darle el correspondiente trámite, de ahí que, Colpensiones no ha vulnerado derecho alguno de la accionante por lo que se solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela y que se le conmine al

actor a radicar, en oportunidades futuras, sus solicitudes a través de los canales dispuestos por la entidad para tales menesteres.

Afirmó que, al no estar demostrado que COLPENSIONES recibió la petición, es incorrecto predicar la vulneración al derecho fundamental de la sociedad accionante, si bien, las alternativas tecnológicas habilitadas por una entidad funcionan como un puente de comunicación entre las personas y las entidades esto no obsta para que las personas cumplan con las directrices para el ejercicio del derecho de petición, pues, es válido para aquellas entidades que reciben peticiones de forma masiva, imponer reglamentaciones logísticas que deben respetarse para garantizar la efectiva gestión documental y permitan, así mismo, asegurar el derecho fundamental de petición.

Mencionó que la presente tutela contiene una pretensión tendiente a satisfacer lo pedido por el accionante, por consiguiente, requiere una evaluación de mayor rigurosidad frente a su procedibilidad toda vez que ello puede desnaturalizar este mecanismo de protección de carácter subsidiario y residual frente a los derechos invocados cuando no han sido sometidos a los procedimientos pertinentes e idóneos para su solución, desconociendo así la norma constitucional, por consiguiente, resulta evidente que la tutela de la referencia no está llamada a prosperar frente a las pretensiones por cuanto no cumple con los requisitos excepcionales para resolver de fondo la controversia que por naturaleza compete al juez ordinario, así como no existe acción u omisión por parte de la entidad mediante el cual se configure la vulneración de los derechos invocados.

Asevero que como lo señaló el accionante, la petición que dio origen a

la presente acción constitucional fue radicada a través de un correo electrónico, no autorizado por esa Administradora, pero además sin que se demuestre la recepción del mismo, pues no basta con el envío para garantizar su entrega.

Señaló que Colpensiones es una entidad pública, que tiene representación nacional, lo que hace que a diario se reciban miles de solicitudes, razón por la que se encuentra organizada por procesos que permitan la clasificación, organización y adecuado trámite de todas las solicitudes recibidas, (peticiones, quejas y reclamos, así como reclamaciones administrativas de reconocimiento de prestaciones económicas), lo que conlleva a generar mecanismos de recepción de solicitudes a través de formularios y medios exclusivos para poder direccionarlos adecuadamente y atenderlos dentro de los términos legales.

Reiteró que, los canales de atención de Colpensiones son los siguientes:

“- Portal WEB www.colpensiones.gov.co.

En donde se ha hecho claridad que el correo electrónico notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co es de uso exclusivo para notificaciones judiciales / contacto@colpensiones.gov.co es de uso exclusivo para la radicación de facturas/comunicaciones oficiales externas.”

Refirió que un e-mail o correo electrónico, no permite garantizar la identificación plena del remitente y tampoco cumple con lo señalado en la Ley, razón por la que queda claro, que Colpensiones no ha vulnerado derecho alguno, en la medida que al no haberse radicado en un canal oficial o autorizado previamente por la entidad, tampoco nació la obligación de haber remitido por competencia conforme al artículo 21 del CPACA, ello por cuanto como se dijo, esos correos solo

son de salida y nada de lo que llega allí es leído, clasificado o tramitado, en razón a las exigencias de seguridad legal e institucional.

Expuso que la razón de ser de la tutela radica en la vulneración de los derechos fundamentales como consecuencia de una acción u omisión imputable, no es posible jurídica ni materialmente atribuir a Colpensiones dicha responsabilidad cuando el interesado pretende acudir a esa instancia judicial sin haberlo hecho antes a la entidad competente, por lo que, no puede considerarse que Colpensiones ha vulnerado derecho fundamental alguno, por cuanto no tiene responsabilidad alguna en la transgresión de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que actualmente Colpensiones no tiene petición o trámite pendiente por resolver a favor del ciudadano.

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

CONSIDERACIONES

Conforme con el artículo 86 de nuestra Constitución Política, toda persona tiene derecho a interponer la acción de tutela, en todo momento y lugar, para obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, pero siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice

como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por ende, es claro que la Acción de Tutela es un mecanismo jurídico de carácter subsidiario y, por tanto, en principio no es procedente cuando el actor tiene a su disposición otro mecanismo judicial de defensa.

Por tanto, la Sala se contrae en determinar si la entidad accionada, vulneró o no el derecho de petición del accionante.

La Constitución Política, en su artículo 23 consagra que *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”*.

Frente a las características esenciales del derecho de petición, ha sido abundante y reiterativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al considerar que el núcleo esencial de este derecho reside en la resolución pronta y oportuna de la solicitud.

En este sentido, esa Corporación ha manifestado:

“(i) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, garantizando a su vez otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión; (ii) el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión; (iii) la petición debe ser resuelta de fondo, de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado; (iv) la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible; (v) la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita; (vi) este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, y en algunos casos a los particulares; (vii) el silencio administrativo negativo, entendido como un mecanismo para agotar la vía gubernativa y acceder a la vía judicial, no satisface el derecho fundamental de petición pues su objeto es distinto. Por el contrario, el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición; (viii) el

derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa; (ix) la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea, no la exonera del deber de responder; y (x) ante la presentación de una petición, la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado”.¹

De lo anterior, se destaca que el derecho de petición exige, por parte de las autoridades competentes, una decisión de fondo a lo requerido por el ciudadano, lo cual implica la prohibición de respuestas evasivas o abstractas, sin querer decir con ello que la respuesta deba ser favorable. La respuesta de fondo implica un estudio sustentado del requerimiento del peticionario, acorde con las competencias de la autoridad frente a la que ha sido presentada la petición.

De suerte que la administración tiene que responder las solicitudes respetuosas elevadas por los asociados, sin que para el efecto interese la persona, como tampoco la dependencia que recibió la petición, porque las autoridades deben coordinar lo relacionado con la recepción de peticiones y la oportuna y congruente respuesta de las mismas, facilitando así la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política administrativa y cultural de la nación, como lo disponen los artículos 2º, 23 y 209 constitucionales.

Es por ello por lo que, sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado en diferentes oportunidades que sobre las autoridades públicas recae un deber de orientación, cuyos fundamentos constitucionales residen en el principio de solidaridad (artículo 1º Superior) y en la razón misma de la existencia del Estado, consagrada en el artículo primero de la Constitución Política, que no es otra que servir a las personas que residen en territorio colombiano.

En el caso concreto, se tiene que el señor YOIDER GAMARRA LÓPEZ

¹ Sentencia T- 249 de 2001.

solicita se ordene a la AFP COLPENSIONES dé respuesta a la petición radicada el 13 de abril de 2023, mediante el cual solicita se le desatar el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión del 31 de marzo de 2023.

Al respecto, revisado lo descrito en la acción constitucional y sus anexos, se advierte que el actor si bien allegó la solicitud a Colpensiones, también es cierto que dicha entidad dio respuesta al accionante el 13 de abril de 2023 indicando que “Atentamente informamos que la dirección de correo electrónico notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co es de uso exclusivo de los trámites que cursan ante la Rama Judicial.

Ahora bien, si la solicitud es diferente a lo mencionado anteriormente, lo invitamos a presentarla a través de los canales oficiales habilitados para la radicación de trámites, solicitudes y PQRS, lo anterior garantiza su radicación y gestión a través de los sistemas de la Entidad y los procesos establecidos para asegurar que se cuente con la documentación o información mínima requerida para brindar una respuesta adecuada y oportuna...” respuesta que fue enviada al correo electrónico notificacionesjava@gmail.com y confirmada por la abogada asesora Dra. Ana María Sánchez Mejía, quien le hace el reenvío de la constancia de envío del recurso al accionante al correo electrónico lopez0919@gmail.com, sin indicar el procedimiento a seguir por parte del accionante ante la respuesta emitida por la entidad, a pesar de ser una profesional del derecho.

Para mayor claridad, en lo expresado por la entidad accionada, con respecto a la Ley 1437 de 2011 en su artículo 21, el cual expresó que:

“...ARTÍCULO 21. FUNCIONARIO SIN COMPETENCIA. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del

oficio remitario al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la Petición por la autoridad competente...” (subrayas fuera del texto)

Como se indicó, se advierte como el accionado si bien cumplió con lo exigido al brindarle respuesta al accionante a su petición en el momento indicado también es cierto que la entidad accionada no cumplió con el deber de trasladar la documentación a la dependencia competente, situación que es el deber de toda entidad al recibir peticiones y que no sean de su competencia, como es lo indicado en la ley.

De suerte que la administración tiene que responder las solicitudes respetuosas elevadas por los asociados, sin que para el efecto interese la persona, como tampoco la dependencia que recibió la petición, porque las autoridades deben coordinar lo relacionado con la recepción de peticiones y la oportuna y congruente respuesta de las mismas, facilitando así la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política administrativa y cultural de la nación, como lo disponen los artículos 2º, 23 y 209 constitucionales.

Es por ello por lo que, sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado en diferentes oportunidades que sobre las autoridades públicas recae un deber de orientación, cuyos fundamentos constitucionales residen en el principio de solidaridad (artículo 1º Superior) y en la razón misma de la existencia del Estado, consagrada en el artículo primero de la Constitución Política, que no es otra que servir a las personas que residen en territorio colombiano.

En el caso en estudio, se advierte que YOIDER GAMARRA LÓPEZ presentó el 13 de abril de 2023 recurso de apelación ante el dictamen

realizado a la pérdida de capacidad laboral realizado el 31 de marzo de 2023, sin que a la fecha se hayan pronunciado.

El Juzgado ordenó a la entidad accionada proceda a dar el trámite a la solicitud de apelación presentada por el señor Yoider Gamarra López, el 13 de abril de 2023 a través de las direcciones electrónicas comunicacionescertificadas@colpensiones.gov.co y notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co.

La accionada en la impugnación, indicó que ellos no han vulnerado los derechos fundamentales del accionante, debido a que la entidad inmediatamente le dio respuesta que no era el correo competente para la recepción y al no tener conocimiento del correo no pueden decir que tenían conocimiento de dicha petición por haber sido radicada por un correo no autorizado.

Revisada la actuación se advierte que la petición presentada por el accionante ante la entidad si bien fue enviada a un correo no autorizado, también es cierto que el correo al cual se envió es el correo institucional de la entidad accionada; esto es, notificaionesjudiciales@colpensiones.gov.co; por lo que era obligación de la entidad no solo dar respuesta al accionante sino dar traslado a la petición al área competente, con el fin de dar el trámite correspondiente al recurso presentado.

No obstante, sí es del resorte del trámite constitucional, verificar que la entidad brinde una respuesta clara, de fondo y acorde con lo solicitado, se evidencia que el juez realizó un análisis completo de la respuesta brindada por la entidad accionada y debido a eso fue que determinó que la respuesta estaba incompleta ya que no dieron

traslado de la petición a la dependencia competente, ha sabiendas que la petición fue enviada al correo electrónico de la entidad.

Así las cosas, la Sala no observa vulneración en el análisis realizado por el Juez A quo dentro del fallo de tutela emitido el 28 de junio de 2023, ya que, la entidad accionada no puede pretender no cumplir con lo ordenado en la ley, como es el caso de dar traslado a la dependencia competente y más cuando fue enviada la petición al correo electrónico de la entidad.

Por lo anterior, se confirmará el fallo de primera instancia, por lo anteriormente expuesto.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **4c9cb9c78ab224c0cc72a0334dd7d0d563bd68ceb4e3134b008e99393653e69f**

Documento generado en 02/08/2023 11:34:11 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00410
No. interno: 2023-1308-2
Accionante: Jaime Enrique Úsuga Suescún
Accionado: Juzgados Primero y Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia.
Actuación: Fallo tutela de 1ª Instancia No.031
Decisión: Niega por hecho superado.

Medellín, dos (02) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 080

1. EL ASUNTO

Dentro del término legal estipulado en el Decreto 2591 de 1991, procede la Corporación a resolver la acción constitucional de tutela incoada por el señor **JAIME ENRIQUE ÚSUGA SUESCÚN** en contra del

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

JUZGADOS PRIMERO Y SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO – ANTIOQUIA, por la presunta vulneración a los fundamentales a la dignidad humana e igualdad.

A la presente actuación constitucional se **VINCULÓ** al **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA Y AL CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN Y ANTIOQUIA**, en tanto podían verse afectados con las resultas del presente proceso.

2.- HECHOS

Manifiesta el accionante que, desconoce cuál es el despacho de ejecución de penas de El Santuario que vigila su condena encontrándose en limbo para acceder a los beneficios dispuestos en el código penitenciario, ello en desmedro de sus derechos fundamentales a la dignidad humana e igualdad.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA

Luego del traslado de rigor de la tutela con sus anexos, se recibió respuesta del **CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN Y ANTIOQUIA**, en la que informó:

“Me permito informar que, recibido el escrito de tutela, se procede a verificar que, al señor JAIME ENRIQUE USUGA SUESCUN identificado con CC. 3621899 que dentro del expediente con CUI 05042 61 00 822 2015 80162 01 radicado interno 2021 A10811 le vigila el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Antioquia, el cumplimiento de la pena impuesta por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Consultado el sistema de gestión siglo XXI se evidencia que el 23 de junio del presente año “INPEC allega informe de TRASLADO DE ERON del sentenciado JAIME ENRIQUE USUGA SUESCUN Almacenado en archivo digital (Juan Zabala)”..

Cabe resaltar que es el Juzgado quien resuelve las peticiones elevadas por los sentenciados y no competencia de esta Secretaría.

Así las cosas, siendo que no se advierte vulneración alguna a los derechos del señor JAIME ENRIQUE USUGA SUESCUN por parte de este Centro de Servicios, le solicito de manera respetuosa excluir a esta dependencia del presente trámite.”

Por su parte, el **JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO – ANTIOQUIA**, informó que:

(...)

“Una vez verificado el listado sistematizado de procesos del Despacho, no encuentra que conozca o haya conocido de la vigilancia y control de la pena en contra del condenado JAIME ENRIQUE USUGA SUESCUN Corolario, no podrá pregonarse contra esta célula de la judicatura, conculcación del derecho alguno.”

El JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, en respuesta a este amparo constitucional indicó que:

“A Este juzgado bajo el radicado interno 2021-0811, le correspondió la Vigilancia de la Pena impuesta mediante Sentencia del 22 de agosto de 2018 JAIME ENRIQUE ÚSUGA SUESCÚN, a quien le impuso la PENA Principal de 108 meses de prisión, MULTA de 4035.33 SMLMV, así como a la PENA Accesorias de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal como autor penalmente del delito de Concierto para Delinquir con fines de Tráfico, fabricación y porte de Estupefacientes en concurso con los delitos de Tráfico, Fabricación, Porte o de estupefacientes en la modalidad de Venta, y Destinación ilícita de mueble o inmuebles

- *Revisado el sistema de Gestión no se encuentra registrada solicitud alguna por parte del condenado a esta oficina judicial y que se encuentre pendiente por resolver*
- *No en pero, si se registra informe del EMPSC de Puerto Triunfo recibido en el despacho el 26/06/2023 donde se informa del traslado del sentenciado a ese penal, y se solicita la remisión del proceso por competencia a los Juzgados de ejecución de Penas radicados en el Corregimiento Doradal de Puerto Triunfo.*

Dado a que a la fecha, el proceso no ha remitido al Juzgado que ha de continuar con la vigilancia de la Pena, se dispone por auto 1303 la remisión inmediata de las diligencias en lo que hace referencia a JAIME ENRIQUE

ÚSUGA SUESCÚN a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario."

En vista de lo anterior, solicita declarar la improcedencia de la acción constitucional por hecho superado.

Finalmente, se recibe respuesta del **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO – ANTIOQUIA**, en la que informa que, una vez revisado el libro radicador y el libro sistematizado de actuaciones internas, se estableció que se despachó no ha conocido a la fecha proceso en contra del accionante, por lo que no ha conculcado algún derecho del mismo. Razón por la cual solicita ser desvinculado de la presente acción constitucional.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia

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

4.2 Problema Jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si es procedente amparar los derechos fundamentales invocados por el accionante al no habersele asignado un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de

Seguridad para la vigilancia de la pena que actualmente purga en el Establecimiento Penitenciario de Puerto Triunfo, Antioquia.

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

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

En atención al problema jurídico planteado en procedencia, pertinente es acudir a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-753 de 2005, en punto del debido proceso en la etapa de la vigilancia de la pena, veamos:

(...)

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

3.1. La ejecución es la última parte del procedimiento judicial, que tiene como finalidad dar cumplimiento a la sentencia definitiva del tribunal competente. En atención a esta definición, la Corte Constitucional ha entendido que las garantías del proceso penal se extienden a la etapa de la ejecución de la sentencia. En este sentido, fue dispuesto en el fallo T- 388 de 2004¹¹¹:

“(…) la ejecución de la pena no puede entenderse escindida del proceso penal que se siguió en contra de quien se encuentra privado de la libertad por existir una sentencia condenatoria en su contra, y cuyas garantías también se predicen del tiempo de la ejecución de la pena. La unidad del proceso presupone que los distintos actos que lo integran estén coordinados y concurren armoniosamente al fin del mismo, que es la efectividad de la ley sustancial, obviamente, mediante la observancia de los principios fundamentales del procedimiento¹²¹”.

En virtud de lo anterior, las reglas que informan el debido proceso establecidas en el artículo 29 de la Constitución Política, las disposiciones internacionales, los principios de la administración de justicia consagrados en la Ley 270 de 1996, “Ley Estatutaria de la Administración de Justicia” y aquellos que se encuentran vigentes en el procedimiento penal son parámetros a los cuales debe ceñirse la actuación de las autoridades judiciales durante el período de ejecución de las sentencias.

3.2. El derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política ha sido definido por la Corte Constitucional como “la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y crea las garantías de protección a los derechos de las personas, por lo que ninguna actuación de las autoridades públicas depende de su propio arbitrio”¹²¹. En este orden de ideas, es deber de las autoridades sujetarse a los procedimientos previamente fijados y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales consagradas en la Constitución y en la Ley.¹²¹

Según fue explicado en la sentencia T-266 de 2005¹²¹, el derecho a un debido proceso comprende al menos las siguientes garantías:

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

Tanto el principio del juez natural como el derecho de los ciudadanos a que el proceso se efectúe en un plano razonable se encuentran vigentes en tratados internacionales de derechos humanos incorporados al ordenamiento

colombiano en virtud del artículo 93 de la Constitución Política especialmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 8 y 25) sobre garantías judiciales y protección judicial, respectivamente.

En primer lugar, el derecho de acceso a la administración de justicia implica que existe un juez competente para decidir cada caso de acuerdo con criterios legales predeterminados por la ley. Es decir, que el ciudadano goza de certidumbre sobre la autoridad judicial y las competencias que le son atribuidas a la misma, con el objeto de que se pronuncie sobre su causa^[6].

En segundo lugar, los procesos deben ser desarrollados en un término razonable y sin dilaciones injustificadas. En armonía con este postulado, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia consagra el principio de celeridad y el principio de eficiencia en virtud de los cuales la administración de justicia debe ser pronta y cumplida^[7]. Igualmente, la diligencia con arreglo a la cual deben obrar las autoridades judiciales en el impulso de sus actuaciones fue incorporada en las normas rectoras del código de procedimiento penal en especial, el artículo 9 sobre actuación procesal, en virtud de la cual, la actividad procesal se desarrollará teniendo en cuenta "(...) la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia" y la previsión legal sobre celeridad y eficiencia (Art. 15 C.P.P.).

Asimismo, esta Corporación ha sostenido que el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas procura garantizar a las personas que acuden a la administración de justicia una protección en el ámbito temporal del trámite, bajo la idea de que justicia tardía no es justicia^[8]. En consecuencia, una situación de procesamiento no puede ser indefinida so pena de afectar el derecho de acceso a la administración de justicia.

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

Acorde con los hechos de la tutela, la pretensión del accionante está encaminada a que se le asigne un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario para la vigilancia de la pena que actualmente purga en el Establecimiento Penitenciario de Puerto

Triunfo, puesto que, en su sentir, se encuentra en el limbo para acceder a todos los beneficios establecidos en el código penitenciario.

En el transcurso de la presente acción, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, informó que, dispuso la remisión de inmediata de las copias concernientes del ciudadano JAIME ENRIQUE ÚSUGA SUESCÚN a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, para que se continúe allí con la vigilancia de la pena. Tal actuación fue confirmada por los Juzgados Primero y Segundo de Ejecución de Penas de El Santuario, de acuerdo a constancia anexa en el expediente electrónico², en la que se informa que, el proceso del accionante fue remitido el pasado 24 de julio a esos despachos y **correspondió por reparto al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia**, evidenciándose con ello que la vulneración alegada se ha superado.

Debe precisarse que, en la presente actuación no se acreditó que el accionante hubiese realizado petición alguna a los despachos accionados y vinculados, a efectos de establecer a qué juzgado le correspondió el conocimiento de la vigilancia de su pena, aduciendo únicamente su incertidumbre en punto del despacho encargado de conocer la misma. Estableciéndose en virtud de la interposición de esta acción constitucional, que tal la actuación judicial correspondió por competencia al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia.

² Ver anexo 013.

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

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

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

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

(...)

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

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

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

16. En estas circunstancias, el juez constitucional debe declarar la improcedencia de la acción de tutela por carencia actual de objeto, pues, de

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

lo contrario, sus decisiones y órdenes carecerían de sentido, ante “la superación de los hechos que dieron lugar al recurso de amparo o ante la satisfacción de las pretensiones del actor”

Bajo este panorama, al verificarse que la pretensión objeto del presente amparo se satisfizo con la asignación del despacho de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia competente para vigilar la pena que actualmente purga el accionante en el Establecimiento Penitenciario de Puerto, Triunfo, el presente amparo pierde su eficacia y razón de ser, dado que no se encuentra vulnerado ningún derecho fundamental que haya que proteger.

En consecuencia, se **NEGARÁ** la tutela impetrada por el señor JAIME ENRIQUE ÚSUGA SUESCÚN, al haberse configurado el fenómeno de **CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO**.

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

5. RESUELVE

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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: **383b86624660374d1ef22508ba162dbf3ad6be872bd38ed672aa58f6ce7f54d9**

Documento generado en 02/08/2023 03:37:33 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 05 282 3104 001 2023 00050

Rdo. Interno: 2023-1205-2.

Accionante: Yenny Katherine Vélez Mejía.

Accionados: Nueva EPS y otro.

Actuación: Fallo tutela de 2ª Instancia No. 030

Decisión: Se confirma

Medellín, dos (02) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta No. 080

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación interpuesto por la apoderada judicial de la NUEVA EPS, doctora Karina Montes Ramos contra el fallo de tutela proferido el día 27 de junio de 2023, por el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, Antioquia, mediante el cual se concedió el amparo a los derechos fundamentales invocados por la señora Yenny Katherine Vélez Mejía.

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

2. LA DEMANDA

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

“Yenny Katerine Vélez Mejía identificada con la cédula Nro. 1.007.634.065 de Fredonia, tiene 22 años, y pertenece al régimen contributivo a Cargo de la Nueva EPS: la aludida en la actualidad presenta una cicatriz que loide ambos lóbulos del pabellón auricular cara anterior y posterior, que se aviene con un tumor benigno o maligno de piel o tejido celular subcutáneo, que amerita corrección por cirugía plástica y reconstructiva.

*En virtud de ello, el 6 de abril de 2022, el especialista en cirugía plástica y estética le ordeno la resección de cicatriz hipertrófica, en área especial. Las cicatrices le han seguido creciendo y le causan dolor, según narra, y el 23 de junio volvió a consultar y el medico la remitió para ante un especialista en cirugía plástica, **y obtuvo cita el 3 de agosto de 2022**, evento en que de nuevo le expide la orden para el procedimiento de resección y la EPS no autorizo dicho procedimiento, como muestra de una reiterada ineficacia, si se lee de acuerdo al número de tutelas tramitadas en esta judicatura en su contra.*

Volvió a ingresar a consulta y se le autorizó la cirugía con destino a la Clínica de Antioquia para el 21 de febrero de 2023, entidad donde no ha podido conseguir cita porque le dicen que la agenda está copada hasta el año 2024, lo cual se torna en un proceder tortuoso e incómodo.

Con la masa aludida, bilaterales, se siente incómoda para salir en público y lo único que hace es taparse los pabellones auriculares, para que la gente no vea su defecto. Aspira entonces a que se le proteja el derecho a la salud y a una vida digna; además, de la concesión del tratamiento integral por este defecto en las orejas, lesiones de gran tamaño, tipo que loide antero posterior con implicaciones estéticas, mismo que es funcional, para evitar sucesivas tutelas”. NEGRILLAS DEL TEXTO.

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

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

(...)

*“La salud, como servicio integral que es, comprende las fases de promoción, prevención (información), atención por urgencias y ordinaria, **diagnóstico**, tratamiento (hospitalización), rehabilitación y paliación, pero tal obligación no puede limitarse a una enunciación, sino propender porque a los usuarios las IPS les cumplan las ordenaciones, cuando las mismas sean emitidas por las EPS y direccionada para el prestador del servicio de salud de manera oportuna y con vigencia contractual, que fue lo que motivo el trámite de la tutela en el caso que se estudia,*

*Para cerrar filas, dígase que respecto del tratamiento dispuesto no hay otro con el cual reemplazarlo y además se trata de una persona que tiene premura de recurrar su autoimagen. **Dicho procedimiento por cirugía plástica con fines funcionales y no estéticos, debe entenderse como parte del tratamiento integral que tiene que brindársele a una persona que tiene las incomodidades referidas en el lóbulo de cada uno de los pabellones auriculares**, y lo requerido se trata de procedimientos e insumos esenciales para la recuperación de la salud y buena calidad de vida, la autoimagen en tanto la cirugía tiene contorno funcional. Ello implica sostener que el tratamiento apenas inicia, no ha concluido por lo que se ampararán los derechos a la salud, a una vida digna, a la seguridad social de una persona joven pero indefensa.” NEGRILLAS DEL TEXTO.*

EN VIRTUD DE LO ANTERIOR, RESOLVIÓ:

"PRIMERO: conceder el amparo a los derechos a la salud, a la vida digna y seguridad social de YENNY KATERINE VÉLEZ MEJÍA con c.c. Nro. 1.007.634.065 expedida en Fredonia, precisando que el tratamiento es integral, orden que de ser desconocida por la Gerente Regional Adriana Patricia Jaramillo Herrera y Vicepresidente en salud de la Nueva EPS Alberto Hernán Jaramillo Jácome, se entenderá como desacato al tenor del art. 52 del Decreto 2591 de 1991, buscando con ello evitar una cascada inútil de tutelas sobre el mismo tema, bajo el entendido que el tratamiento es integral y cubija los resultados de la consulta con el cirujano plástico y reconstructivo por la cicatriz que loide en ambos lóbulos del pabellón auricular de gran tamaño, antero posterior con implicaciones estéticas que la ha sumido en un deterioro de la autoimagen y de salir de la casa de habitación en forma confiada y tranquila de lo cual está pendiente la evacuación de la consulta con el cirujano plástico, y se fijó atención para el jueves 29 de junio de a las 6:00 a.m. del año en curso con el galeno especialista Fabián Erazo, en la sede de Itagüí de la IPS CLINICA ANTIOQUIA, por manera que estamos en la fase del diagnóstico que apenas inicia y no de la cura final.

Por último, puntualizamos que, por ningún motivo, puede ser aplazada la citación que el paciente tiene para la fecha dicha, asunto que concierte con el especialista en cirugía plástica reconstructiva, porque ello, de ocurrir, sería una práctica desleal y con muestra de un desconocimiento de una disposición con categoría de imperativo, cuya inatención será entendido como desacato y sancionada de caso fortuito o fuerza mayor, a su vez, la desatención harán incurrir al representante legal de la IPS Clínica Antioquia en el delito de Fraude procesal. Se desvincula a la ESE Hospital Santa Lucia de Fredonia conforme con lo que se quedó...".

4. DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La Nueva EPS impugnó la sentencia de primera instancia al estar en desacuerdo con la protección al tratamiento integral concedida a la señora Yenny Katherine Vélez Mejía, arguyendo lo siguiente:

(...)

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

Los servicios de salud que son ordenados al usuario por parte de los Médicos de la Red de Nueva EPS son y serán cubiertos con base en la normatividad vigente, incluyendo el acceso al Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC de que habla la Resolución N° 2808 de 2022, de acuerdo con lo establecido en el mismo acerca de los procedimientos y requisitos para ello.

En igual sentido, el literal d) del artículo 2, el numeral 3° del artículo 153 y el literal C) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, enseña sobre la obligación de las entidades promotoras de salud a brindar las atenciones en salud, en la medida que el paciente lo requiera y conforme a las prescripciones médicas.

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

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

En ese mismo orden de ideas, el ordinal 4° del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 determina que el fallo de tutela debe contener **“LA ORDEN Y LA DEFINICIÓN PRECISA DE LA CONDUCTA A CUMPLIR CON EL FIN DE HACER EFECTIVA LA TUTELA”**

En temas de salud, la orden de tutela debe enderezarse a proteger al accionante en los precisos términos que el médico tratante haya prescrito, pues sólo este profesional de la salud está en capacidad de determinar los requerimientos de su paciente en términos de procedimientos, medicamentos y elementos complementarios.

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

(...)

Es importante indicar que NUEVA EPS desde el mismo momento de la contestación de tutela, le solicitó muy respetuosamente al despacho CONCEDER LOS REEMBOLSOS TODOS AQUELLOS GASTOS EN QUE INCURRA NUEVA EPS EN CUMPLIMIENTO DEL PRESENTE FALLO DE TUTELA Y QUE SOBREPASEN EL PRESUPUESTO MÁXIMO ASIGNADO PARA A COBERTURA DE ESTE TIPO DE SERVICIOS, para efectuarlo ante La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) entidad obligada para ello.

(...)

Si bien la Honorable Corte Constitucional en sentencia T760-08 indicó que no era necesario el pronunciamiento del juez constitucional otorgando el recobro para que este procediera, no obstante, es necesario realizar dicha solicitud, para lograr que se efectúe el reembolso a NUEVA EPS.

En virtud de lo anterior, solicita REVOCAR la orden del TRATAMIENTO INTEGRAL, toda vez que, no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados. Subsidiariamente, en caso de confirmar el fallo de primera instancia, solicita ORDENAR a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), garantizar el reconocimiento de la

totalidad de los costos que incurra NUEVA EPS por atenciones NOS PBS en cumplimiento del fallo de tutela.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

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

5.2 Problema jurídico

El problema jurídico que debe decidir la Sala se contrae a resolver si en este caso resulta procedente la revocatoria del fallo de primer grado, en el entendido que, no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados, violados, o resultan ser futuros e inciertos .

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

"1. El principio de integralidad

Según el artículo 8° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 el derecho fundamental y servicio público de salud se rige por el principio de integralidad, según el cual los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa y con "independencia del origen de la enfermedad o condición de salud". En concordancia, no puede "fragmentarse la

² Sentencia T-259 de 2019

responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario". Bajo ese entendido, ante la duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud "cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada".

En concordancia, la Sentencia C-313 de 2014, por medio de la cual se realizó el control de constitucionalidad a la Ley 1751 de 2015, determinó que el contenido del artículo 8° implica que "en caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de aquellos cubiertos por el Estado, esta se decanta a favor del derecho" y cualquier incertidumbre se debe resolver en favor de quien lo solicita. En concordancia, el tratamiento integral implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud suministrando "todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no"^[19]. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir "prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad"^[20].

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

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

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

(...)

En este punto es importante diferenciar el principio de integralidad del sistema de salud de la figura del tratamiento integral. Este último supone la atención "interrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad"^[23] del usuario. La Corte indicó recientemente que "sustentado en los principios de integralidad y continuidad, la concesión del tratamiento integral implica

que el servicio de salud englobe de manera permanente la totalidad de los componentes que el médico tratante dictamine necesarios ya sea para el pleno restablecimiento de la salud o para mitigar las dolencias que impidan mejorar las condiciones de vida de la persona"^[74].

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

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

Bajo este panorama y de cara a lo expuesto por la entidad accionada al sustentar la impugnación, advierte la Sala que, el Juez de primer grado concluyó la procedencia de conceder la protección de los derechos fundamentales vulnerados a la accionante al no materializarse los diferentes procedimientos ordenados a la accionante en virtud de la CICATRIZ QUELOIDE EN AMBOS LÓBULOS DEL PABELLÓN AURICULAR DE GRAN TAMAÑO ANTERO POSTERIOR CON IMPLICACIONES ESTÉTICAS, siendo ello la razón para que en el mes de febrero del año que avanza, le fuera ordenado una **CONSULTA DE CONTROL O SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA PLÁSTICA ESTÉTICA Y RECONSTRUCTIVO**, cuya atención solo se fijó en virtud de esta acción constitucional para el día 29 de junio. Dando ello lugar a la protección del tratamiento integral derivado de los resultados de la citada consulta.

Debe precisarse que, de acuerdo a la historia clínica allegada por la accionante³, el diagnóstico de la misma ha variado desde "M 951 OREJA EN COLIFLOR", "L910 CICATRIZ QUELOIDE" y, finalmente, de acuerdo a consulta realizada el pasado mes de febrero a "882-LIPOMATOSIS, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE", ordenándose en diferentes oportunidades la "RESECCIÓN DE CICATRIZ HIPERTRÓFICA O QUELOIDE, EN ÁREA ESPECIAL", "RESECCIÓN DE TUMOR BENIGNO O MALIGNO DE PIEL O TEJIDO CELULAR SUBCUTÁNEO EN ÁREA ESPECIAL" y en el mes de febrero de 2023: "CONSULTA DE CONTROL O SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN CIRUGÍA PLÁSTICA ESTÉTICA Y RECONSTRUCTIVA". Evidenciados así, la vulneración a los derechos fundamentales de la joven YENNY KATERINE VÉLEZ MEJÍA, quien ha venido presentando desmejora a su salud física y psicológica, al no recibir el tratamiento oportuno para su patología; **tornándose necesario y razonable ante el actuar negligente de la NUEVA EPS, la protección al tratamiento integral a fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante** que requiera la accionante, ello en razón a las patologías que motivaron la presentación de esta acción constitucional.

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

³ Ver pagina 9 y see del arc

En este orden de ideas, la Sala **CONFIRMARÁ** la decisión del Juzgado Penal de Circuito de Fredonia, Antioquia fechada del 27 de junio de 2023.

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

6. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido Juzgado Penal de Circuito de Fredonia, Antioquia, fechado del 27 de junio de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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: **be8aa3aeffa0fd409754a8110bad170666f532ab270d0670a73d8a3e29c4770f**

Documento generado en 02/08/2023 03:37:43 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	05000-22-04-000-2023-00431-00 (2023-1381-3)
Accionante	Jaime León Camelo
Accionados	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medida de Seguridad de Antioquia.
Asunto	Rechaza tutela
Acta:	N° 240 agosto 02 de 2023

Medellín, dos (02) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

La Sala examina la admisibilidad de la acción de tutela de la referencia.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Del estudio de la demanda y sus anexos, se advierte que la misma es interpuesta por el abogado Jaime León Camelo como apoderado judicial de JONATAN ALEXANDER OSORNO ALARCÓN contra el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medida de Seguridad de Antioquia, con la cual pretende se tutele los derechos fundamentales al debido proceso y libertad, por cuanto no ha resuelto las peticiones de prisión domiciliaria y libertad condicional, solicitadas a favor de su defendido los días 26 de mayo de 2023 y 30 de junio de 2023,

respectivamente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Esta Sala es competente para conocer de la presente acción de tutela según lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, y el Decreto 333 de 2021. Lo anterior, por cuanto la protección constitucional se pretende, en lo que resulta necesario indicar, de la acción atribuida, al Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados de Ejecución de penas y Medidas de Seguridad, Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medida de Seguridad de Antioquia y Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

2. De la legitimidad

Según el artículo 86 de la Constitución Política *“toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*.

Por su parte el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, faculta la presentación a título personal de la solicitud de amparo, que también puede ser propuesta por un tercero en los específicos eventos previstos en esa misma norma.

De tal suerte, la actuación en nombre de otros resulta viable en condición de apoderado o agente oficioso; por supuesto, cuando además concurren las exigencias para la estructuración de dichos supuestos.

En el primer caso, se exige la demostración de dicha calidad allegando el poder conferido para instaurar la acción de tutela, encargo que únicamente pueden asumir los abogados en ejercicio, quienes están investidos por la ley de la potestad para representar y gestionar intereses ajenos.

Al respecto, la Corte Constitucional sentencia T -695 de 1998, se refirió a los diferentes elementos que deben acompañarlo en aras de evitar un exceso en la interpretación que merece el carácter informal de esta acción constitucional:

“El carácter informal de la tutela permite que ella pueda ser tramitada sin la asistencia de un abogado. Pero, cuando su gestión se realice por intermedio de un profesional del derecho, deberá otorgarse a éste el correspondiente poder para tales efectos.”

Se concluye de esta manera, que cuando se acude a un profesional del derecho, a él debe ser otorgado poder para que haga lo propio, posición mantenida por la Corte Constitucional, cítese como ejemplo la sentencia T 465 de 2010:

Dentro de los elementos del apoderamiento en materia de tutela la Sala señala que el mismo es (i) un acto jurídico formal por lo cual debe realizarse por escrito. (ii) se concreta en un escrito, llamado poder que se presume auténtico. (iii) El referido poder para promover acciones de tutela debe ser especial. En este sentido (iv) El poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido para la promoción de procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen en el proceso inicial. (iv) El destinatario del acto

de apoderamiento sólo puede ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional.”

En el segundo caso, esto es, la institución de la agencia oficiosa en materia de la acción de tutela, según el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, solo resulta posible cuando el titular de los derechos fundamentales violados o amenazados no está en condiciones físicas o mentales de procurar su propia defensa. Esta circunstancia debe ser alegada y acreditada en la respectiva solicitud.

En relación con el primer requisito consistente en *“la manifestación por parte del agente oficioso”* explicó la Corte Constitucional en sentencia T-382-21 que:

El artículo 10.2 del Decreto Ley 2591 de 1991 prescribe que el agente debe manifestar que actúa en tal condición en el escrito de tutela, es decir, que presenta la solicitud “en defensa de derechos ajenos”¹. Según la jurisprudencia constitucional, dado que “la consagración de fórmulas sacramentales está proscrita”² en los trámites de tutela, este requisito podrá darse por acreditado si de los hechos y las pretensiones de la tutela es posible inferir que el tercero ejerce la acción en calidad de agente oficioso³.

Y frente al segundo, esto es, la imposibilidad del agenciado actuar directamente, aseveró:

El juez debe constatar que existe prueba “siquiera sumaria”⁴ de que el agenciado no se encuentra en condiciones para interponer la acción⁵. La imposibilidad para acudir directamente a la acción de tutela “desborda el marco estricto de lo que legalmente constituye la capacidad”⁶ y, en este sentido, también puede presentarse por “circunstancias físicas, como la enfermedad”, “razones síquicas” que hubieren afectado el estado mental del accionante, o un “estado de indefensión que le impida

¹ Corte Constitucional, sentencias SU-055 de 2015, T-200 de 2016, T-594 de 2016 y T-231 de 2020, entre otras.

² Ib.

³ Corte Constitucional, sentencia T-072 de 2019. Ver también sentencias T-452 de 2001, T-197 de 2003, T-1020 de 2003, T-095 de 2005, T-652 de 2008 y T-275 de 2009 y T-174 de 2017.

⁴ Corte Constitucional, sentencias T-709 de 1998, T-1326 de 2000 y SU-173 de 2015.

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-288 de 2016.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-174 de 2017.

*acudir a la justicia*⁷. La Corte Constitucional ha resaltado que el cumplimiento de este requisito “no está supeditado a la existencia, dentro de la petición de tutela, de frases sacramentales o declaraciones expresas”⁸. Así mismo, ha indicado que el juez de tutela debe ser flexible y deferente al momento de valorar la prueba de la imposibilidad del agenciado. Esto implica que (i) tal imposibilidad puede demostrarse “por cualquier medio probatorio”⁹, (ii) puede inferirse razonablemente de los hechos narrados en la solicitud de amparo¹⁰ y (iii) en cualquier caso, el juez debe “desplegar sus atribuciones en materia probatoria para establecer la certeza de las afirmaciones hechas” en relación con falta de capacidad del titular de los derechos fundamentales para presentar la acción¹¹.

En el sub iudice, la presente acción de tutela fue interpuesta por el abogado Jaime León Camelo, quien dijo actuar como apoderado de JONATAN ALEXANDER OSORNO ALARCÓN; sin embargo, el poder allegado no lo acredita para para promover acción de tutela, sino para actuar ante el “juez de ejecución de penas y medidas de seguridad (reparto)” para que “solicite la prisión domiciliaria y la libertad condicional y demás gestiones judiciales que tengan que ver con la ejecución de la sanción”.

Por tanto, el abogado Jaime León Camelo, carece de legitimación en la causa para actuar en sede constitucional, en nombre y representación de OSORNO ALARCON.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia., en Sala de Decisión de Tutela.

RESUELVE

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-707 de 1996. Ver también, sentencia T-976 de 2000.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-452 de 2001.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-543 de 2003.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencias T-729 de 2017 y T-720 de 2016.

¹¹ *Ib.*

PRIMERO: RECHAZAR, por falta de legitimación en la causa por activa, la tutela interpuesta por Jaime León Camelo.

SEGUNDO: En firme esta decisión, ORDENAR que se remita la presente actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si no fuere impugnada; lo anterior, de conformidad con el artículo 31 del decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia³ al respecto discernida por la Corporación mencionada.

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIERREZ
Magistrada

(Firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada

Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 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: **05022159c917d608c20406a4413a24e78ee6b25dca0a1cc175c18835bc66c61c**

Documento generado en 02/08/2023 03:02:56 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Radicado 05000-22-04-000-2023-00413-00 (2023-1311-3)
Accionante Amparo Rodríguez David
Afectado Fredy Alexis Rodríguez David
Accionado Juzgado Primero de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Apartadó,
Antioquia.
Asunto Tutela de Primera Instancia
Decisión Concede
Acta: N° 241 agosto 02 de 2023

Medellín, dos (02) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por Amparo Rodríguez David en nombre propio y como agente oficiosa de su hijo FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, igualdad, vida y dignidad humana.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

De la información aportada y del escrito de la demanda se tiene:

Acudió al presente reclamo constitucional la señora AMPARO RODRÍGUEZ DAVID, en calidad de agente oficiosa de su hijo FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID, persona con trastornos psiquiátricos, declarado inimputable y condenado en el proceso con Código Único de Investigación (en adelante CUI) 05 837 60 00353 2012 80382, quien se encuentra en tratamiento ambulatorio.

Informó la accionante que solicitó al Juzgado que vigila la condena el internamiento de su hijo en la Clínica San Juan de Dios de Rionegro o SAMEIN, pues últimamente presenta alteraciones en pensamientos, palabras, conducta agresiva y no se niega a tomar los medicamentos; sin embargo, aún no ha recibido respuesta.

Manifestó que, el 15 de julio de 2023, el joven FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID salió de casa desequilibrado emocionalmente y peleó con los vecinos del barrio, algunos jóvenes los golpearon; luego, hizo presencia la policía, lo medicaron y lo enviaron a casa.

Expuso que por cuenta de la esquizofrenia que padece su hijo se ha vuelto un peligro, en tanto puede causar más daño a la gente o él lo pueden agredir.

Por lo anterior, solicita que se ordene al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó realizar los trámites pertinentes para lograr la remisión del sentenciado a la clínica San Juan de Dios Rionegro o SAMEIN.

TRÁMITE

1. Mediante auto adiado del veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)¹, se avocó la acción de tutela, se corrió traslado al despacho demandado y se vinculó al Hospital Mental de Antioquia 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. Igualmente, de oficio, se decretó como medida provisional que *“En el término de 3 días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, el Hospital Mental de Antioquia deberá valorar si los episodios de agresividad que ha presentado Fredy Alexis Rodríguez David con c.c. 1.035.283.015 en el tiempo de manejo del tratamiento amerita el internamiento hospitalario u otra medida que conjure el riesgo para la vida e integridad personal de la cuidadora y la comunidad. Para los fines pertinentes se remite toda la documentación allegada con el escrito tutelar.”*. Mediante auto del 25 de julio de los

¹ PDF N° 005 Expediente Digital.

corrientes se dispuso también la vinculación de Metrosalud y la Clínica San Juan de Dios de la Ceja, Antioquia².

Igualmente, a través de auto del 27 de julio de 2023 se ordenó la vinculación del Ministerio de Salud y Protección Social (*al Jefe Oficina Promoción Social, al Coordinador Grupo Poblacionales Prioritarias, y, al Grupo de Salud Mental - Dirección de Promoción y Prevención-*) y al INPEC para que, en el perentorio término de un día (1) día, se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela. Asimismo, se decretó como medida provisional que *“El Ministerio de Salud y Protección Social junto con el INPEC, de manera INMEDIATA deberá asignar cupo al sentenciado FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID en un centro psiquiátrico o de rehabilitación mental, y se le preste la atención asistencial requerida, y consecuentemente deberán trasladar al sentenciado al Centro de Rehabilitación en Salud Mental que se designe.”*.

2. La titular del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, manifestó que el nueve de junio de los corrientes recibió el expediente del señor Fredy Alexis Rodríguez David proveniente del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, encontrándose en trámite la revocatoria de la suspensión de la medida de seguridad que le fuere otorgada el 20 de septiembre de 2019.

Adujo que el ciudadano fue hallado penalmente responsable como inimputable del delito de homicidio agravado por pare del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, quien en sentencia del 10 de abril de 2014 le impuso la Medida de Seguridad de Internamiento en Clínica o Centro de Atención o Tratamiento Psiquiátrico hasta cuando el sentenciado se encuentre en condiciones de vivir en sociedad y se haya mejorado su estado de salud.

A FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID el Juzgado Primero de Ejecución de penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, mediante auto interlocutorio No. 3459 del 20 de septiembre de 2019, le otorgó la suspensión condicional de la Medida de Seguridad y le impuso la libertad vigilada.

² PDF N° 010 Expediente Digital.

Mediante auto interlocutorio 414 del 21 de junio de 2023, avocó conocimiento del proceso y en la misma data profirió el auto de sustanciación 069, mediante el cual designó defensor público y ordenó correr traslado del informe pericial de medidas de seguridad en inimputables Forense No UBMEDME - DSAN-03403-2023, sin que se haya solicitado aclaración, ampliación o adición, por alguno de los sujetos procesales.

En auto 696 del 25 de julio de 2023, revocó la suspensión de la medida de seguridad otorgada al sentenciado y ofició al Ministerio de Protección Social a fin de que se le asignara cupo en un establecimiento psiquiátrico a efectos de que sea nuevamente internado.

3. Metrosalud manifestó que se opone al amparo constitucional por cuanto ha cumplido con todas las obligaciones legales y contractuales, pues prestó atención médica y servicios que la condición de salud del actor requirió conforme al nivel de complejidad y capacidad instalada, sin negación de la atención médica requerida por el actor.

Aseveró que corresponde al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, el cumplimiento de ejecución de la pena impuesta al accionante y resolver de fondo la solicitud del señor Fredy Alexis Rodríguez David en virtud del estado de salud que presenta.

Adujo que el señor FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID fue atendido en la Unidad Hospitalaria de Santa Cruz, el 20 de julio de 2023 presentaba como diagnóstico *“Esquizofrenia, no especificada; riesgo de violencia dirigida a otros (conductas en que la persona demuestra que puede ser física, emocional y/o sexualmente lesiva para otros)”*.

La institución brindó los servicios en salud requeridos por el actor quien fue dado de alta el 25 de julio de los corrientes, remitiéndolo a valoración por la especialidad de Psiquiatría, lo cual está a cargo de su asegurador en salud Savia Salud EPS.

4. El abogado asesor de la ESE Hospital Mental de Antioquia María Upegui HOMO, en atención a la medida provisional decretada, adjuntó concepto médico psiquiátrico del Dr. Cristian Cordero quien manifestó la imposibilidad de emitir una opinión sin valoración previa del paciente, por cuanto la última atención data del mes de marzo de 2023 y los hechos de la tutela refieren un comportamiento de julio 15 de 2023.

Posteriormente allegó comunicado indicando que, el 27 de julio de 2023, el paciente FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ fue atendido por el servicio de urgencias y se ordenó por el médico psiquiatra la hospitalización del mismo. Que, una vez se estabilice el paciente y se pueda realizar el staff médico que defina conducta a seguir posterior al alta médica, estarían informando al despacho para los fines pertinentes.

5. La Dirección Regional Noroeste del INPEC adujo que conforme el artículo 465 del CPP no está a cargo de las personas declaradas inimputables.

Manifestó que el INPEC no es el competente para tramitar lo solicitado por el accionante, que la entidad encarga de la asignación de cupo en Clínica o Centro de Atención o Tratamiento Psiquiátrico es el Ministerio de Salud y Protección Social, pues el INPEC no tiene la custodia de las personas declaradas inimputables.

Adujo que mediante oficio con radicado GESDOC 2023EE0139396 del 28 de julio de 2023, solicitó al Ministerio de Salud y Protección Social, asignar cupo en centro psiquiátrico o de rehabilitación para el afectado.

Indicó que no están legitimados en la causa por pasiva, pues no poseen las facultades legales para dar trámite a lo solicitado por el accionante, por lo tanto, solicita ser desvinculados del presente trámite.

Por su parte, la dirección General del INPEC expresó que verificada la base de datos de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario SISIPEC WEB, el señor FREDY ALEXIS RODRIGUEZ DAVID se encuentra condenado por el delito de homicidio, a su vez, en el sistema en el estado de

ingreso cuenta con la calidad de BAJA, es decir, actualmente no se encuentra a cargo del INPEC, por ende, corresponde a la policía y a la respectiva dirección territorial de salud el traslado del afectado al centro de rehabilitación en salud mental.

Por lo anterior, solicitó ser desvinculado del presente amparo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El estatuto penal colombiano, establece dos regímenes de responsabilidad diferenciados, uno para imputables, *“que son las personas que al momento de realizar el hecho punible lo hacen con culpabilidad, es decir, tienen la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientarlo conforme a esa comprensión”*, y otro, para los inimputables, *“que son los individuos que al momento de cometer el hecho típico y antijurídico no pueden comprender la ilicitud de su conducta ni pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, por su inmadurez psicológica o trastorno mental, o sea, actúan sin culpabilidad”*³.

³ Sentencia C-107-18

Es obligación del estado proveer atención integral a las personas en calidad de inimputables sujetas a medidas de seguridad, al respecto se refirió la Corte Constitucional en sentencia C-176/93 en los siguientes términos:

Frente a los inimputables el Estado tiene un doble deber: al igual que los imputables, el Estado tiene el deber de privar de la libertad al inimputable que ha cometido un hecho punible. Pero a diferencia de aquellos, el Estado tiene frente a los inimputables un deber distinto, adicional y específico, según los artículos 13 y 47 de la Constitución: debe adelantar una política de rehabilitación de las personas diferentes desde el punto de vista síquico. Por eso, mientras el inimputable que ha cometido un hecho punible se encuentre siendo objeto de una medida de seguridad, el Estado debe proveer obligatoria e ininterrumpidamente todo el tratamiento científico especializado para curar, tutelar y rehabilitar a la persona, como el fin de que ella tenga dignidad. Se establece pues un especial vínculo jurídico entre el inimputable que ha cometido un hecho punible y el Estado.

Como contrapartida de lo anterior, el inimputable que ha cometido un delito debe soportar la privación de la libertad durante el tiempo que dure el tratamiento que lo rehabilitará para la vida en sociedad. (Subrayado fuera de texto)

El artículo 69 del Código Penal establece como medidas de seguridad: (i) La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, (ii) La internación en casa de estudio o trabajo y (iii) la libertad vigilada, con las cuales se busca la protección, curación, tutela y rehabilitación (art. 5° ibidem).

Ahora, el artículo 465 de la Ley 906 de 2004 dispone que el juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad comunicará su decisión de internación del inimputable a la entidad competente del Sistema de Seguridad Social en Salud, a fin de que se asigne el centro de Rehabilitación.

Y el artículo 20.5 de la Ley 65 de 1993, modificada por la Ley 1709 de 2014, establece que:

“ARTÍCULO 20. CLASIFICACIÓN. Los establecimientos de reclusión pueden ser:

(...)

5. Establecimientos de reclusión para inimputables por trastorno mental permanente o transitorio con base patológica y personas con trastorno mental sobreviniente. Estos establecimientos estarán bajo la dirección y coordinación del Ministerio de Salud y Protección Social, en los cuales serán recluidas las personas con trastorno mental permanente o transitorio con base patológica.

(...)” (negrita fuera del texto)

Conforme lo anterior, se tiene entonces que el condenado inimputable tiene el derecho de recibir un tratamiento científico especializado, a cargo del Estado y bajo la dirección y coordinación del Ministerio de Salud. Este tratamiento debe ser otorgado por una entidad capacitada para el manejo de la rehabilitación de las patologías que ostenta el sujeto de especial protección.

Conforme las previsiones de los 77 y 79 del Código Penal, el juez tiene la obligación de solicitar trimestralmente información tendiente a establecer si la medida de seguridad debe continuar, suspenderse o modificarse y así tomar la decisión de la suspensión o cesación de la medida, previo dictamen de experto oficial. Igualmente, podrá revocar la suspensión condicional de la medida de seguridad cuando oído el concepto del perito, se haga necesaria su continuidad (art. 78 ibidem).

De las pruebas allegadas al trámite constitucional se advierte lo siguiente:

Mediante sentencia del 10 de abril de 2014, proferida por el Juez 2º Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, en el proceso con Código Único de Investigación (en adelante CUI) 05 837 60 00353 2012 80382, FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID fue condenado por el delito de homicidio agravado, y, por ostentar la condición de inimputable, le fue impuesta medida de seguridad consistente en internación en *“clínica o centro de atención o tratamiento psiquiátrico para esta clase de enfermedades y esta clase de delitos, hasta cuando se considere que el señor FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID, se encuentra en condiciones de vivir en sociedad y se ha mejorado su estado de salud”*⁴, pues presentaba como diagnóstico *“esquizofrenia paranoide”*.

El 20 de septiembre de 2019 se le otorgó al sentenciado FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID la suspensión condicional de la medida de seguridad y le fue impuesta libertad vigilada⁵.

⁴ PDF 016, página 03 link expediente, 058376000353201280382, Ejecución, FredyAlexisRodriguezDavid, 01EjecuciónAntioquia, DictamenMedicoDespacho29Marzo, PDF 001.

⁵ PDF 016.

La señora AMPARO RODRÍGUEZ DAVID, agente oficiosa de FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID en esta oportunidad manifestó que solicitó al Juzgado que vigila la condena del sentenciado, la internación de su hijo en la Clínica San Juan de Dios de Rionegro o SAMEIN, pues presentó alteraciones en sus pensamientos y palabras, conductas agresivas, al punto que el 15 de julio de 2023 riñó con varios habitantes del barrio y a él lo golpearon, aunado a ello, no se toma los medicamentos requeridos para el tratamiento de su diagnóstico; sin embargo, al momento de la interposición de la acción, no ha recibido respuesta del referido Juzgado.

Con todo, el 25 de julio de 2023, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, mediante auto interlocutorio No. 696 resolvió el petitum, y revocó al señor FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID la suspensión de la *“Medida de Seguridad de Internamiento en Clínica o Centro de Atención o Tratamiento Psiquiátrico”* que había sido concedida el 20 de septiembre de 2019, por el Juzgado 1° de Ejecución de penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

En tal decisión se consignó que el seis de febrero de 2023 la madre del sentenciado declaró que este *“ha dejado de tomar los medicamentos prescritos y ha iniciado el consumo de sustancias psicoactivas, de tal manera que ha presentado alteraciones en su personalidad y episodios agresivos de violencia contra sus vecinos, lo que ha ocasionado que grupos al margen de la ley lo amenacen de muerte, al punto que fue necesario su desplazamiento a para el municipio de Medellín”*.

Igualmente, que Medicina Legal el 7 de marzo profirió el informe pericial de medidas de seguridad en inimputables Forense No UBMEDME – DSAN-03403-2023 en el que se concluye que al momento de la evaluación FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID no está en condiciones de adaptarse al medio social en el que se desenvuelve y no es susceptible de continuar tratamiento ambulatorio. ***“requiere de manera urgente internación en establecimiento psiquiátrico”***

Por lo tanto, determinó que era necesario continuar con la medida de seguridad dispuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo -Antioquia,

mediante sentencia del 10 de abril de 2014, que lo condenó por delito de homicidio agravado y lo declaró inimputable.

Y, en consecuencia, dispuso:

SEGUNDO: OFICIAR al MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL a fin de que asignen cupo al sentenciado FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID en un centro psiquiátrico o de rehabilitación mental, y se le preste la atención asistencial requerida.

TERCERO: Una vez le sea asignado el cupo, se trasladará a FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID al Centro de Rehabilitación en Salud Mental que designe el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

Sin embargo, a la fecha no se tiene noticia de que el Ministerio de Salud y Protección Social haya autorizado el cupo del implicado en alguno de los centros médicos especializados para el manejo de la rehabilitación de la patología que ostenta el sujeto de especial protección FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID.

Junto con el escrito tutelar, y durante el avance del trámite fueron allegadas historias clínicas e informe del Hospital Mental de Antioquia que dan cuenta que recientemente el señor FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID ha consultado el sistema de salud por urgencias debido a la esquizofrenia que padece, siendo necesaria atención con psiquiatría e incluso su hospitalización.

Entonces, si bien el Juzgado vigilador dio trámite a la petición incoada tendiente a la revocatoria de la medida de seguridad, en el expediente de tutela, no obra medio de prueba del que se pueda inferir la plena satisfacción del objeto de la demanda, esto es, que ya se le hubiese asignado al sancionado un establecimiento especializado en psiquiatría o a cualquier institución médica capacitada para brindar el tratamiento científico pertinente, es más, ni siquiera se demostró la fijación de una fecha específica para realizar el traslado, pues el Ministerio de Salud y Protección Social quien fue vinculado a este trámite (*mediante auto del 27 de julio de 2023, notificado el 27 del mismo mes y año*), no allegó respuesta alguna; de donde se concluye que no se ha materializado la orden emitida por la juez.

Esta Sala no puede pasar por alto el hecho de que el actor -según parece- aún no le ha sido asignado cupo ni ha sido trasladado a un establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada, a pesar del requerimiento del Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, y de lo establecido en el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Además, de lo ordenado por esta Magistratura, en auto del 27 de julio de 2023, por cuyo medio se decretó una medida provisional.

Así las cosas, la situación descrita da cuenta de una omisión por parte del citado Ministerio, el cual indudablemente ha quebrantado las garantías constitucionales de FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID, quien se encuentra en situación de desprotección, lo cual amerita la intervención del juez constitucional.

Por lo anterior, la Sala tutelar los derechos fundamentales a la salud y al debido proceso de FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID y, en consecuencia, le ordenará al Ministerio de Salud y Protección Social que, si aún no lo hubiere hecho, de manera inmediata asigne cupo al sentenciado RODRÍGUEZ DAVID en un centro psiquiátrico o de rehabilitación mental, y se le preste la atención asistencial requerida, y consecuentemente deberá trasladar al sentenciado al Centro de Rehabilitación en Salud Mental que designe.

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 los derechos fundamentales a la salud y debido proceso del señor FREDY ALEXIS RODRÍGUEZ DAVID.

SEGUNDO: ORDENAR al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL que, si aún no lo hubiere hecho, de manera inmediata asigne cupo al sentenciado RODRÍGUEZ DAVID en un centro psiquiátrico o de rehabilitación mental, y se le

preste la atención asistencial requerida, y consecuentemente deberá trasladar al sentenciado al Centro de Rehabilitación en Salud Mental que designe.

TERCERO: De no ser impugnada la presente decisión, remítase la actuación a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(Firma electrónica)
ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(Firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 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: **d91e68b73b3905a9125703aeafcaa42db6f075440886870b5ba55dc236c2d386**

Documento generado en 02/08/2023 03:03:03 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	05000-22-04-000-2023-00420-00 (2023-1345-3)
Accionante	Michael David Montoya Soto
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medias de Seguridad de Apartadó, Antioquia.
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Concede parcialmente
Acta:	Nº 239 agosto 02 de 2023

Medellín, dos (02) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por MICHAEL DAVID MONTOYA SOTO, en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medias de Seguridad de Apartadó, Antioquia, por la presunta vulneración de su derecho fundamental de petición.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

El accionante¹ quien se encuentra recluso en el EPMSC Apartadó relató que, en mayo de 2023 por intermedio del establecimiento penitenciario elevó petición de redención de pena y libertad condicional ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia; sin embargo, el juzgado ha otorgado respuesta alguna.

TRÁMITE

1. Mediante auto adiado el 26 de julio de 2023², se avocó la acción de tutela y se corrió traslado al despacho demandado, y se vinculó al EPMSC Apartadó para

¹ PDF 003, expediente digital de tutela.

² PDF N° 005 Expediente Digital.

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 CPMS de Apartadó manifestó que el 12 de julio de 2023 realizaron el respectivo trámite de solicitud de redención, por lo que es el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó el competente para resolverla.

Por lo tanto, solicita ser desvinculados del presente trámite.

3. El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia manifestó que el 26 de abril de 2023 a través de correo electrónico recibió el expediente digital que corresponde a MICHAEL DAVID MONTOYA SOTO, proveniente del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

Adujo que (i) mediante auto 760 avocó conocimiento del referido proceso, (ii) el 28 de julio de 2023, el área de jurídica del CPMS remitió certificados 118818928, del periodo comprendido entre enero a marzo de 2023 y concepto favorable y/o documentación para prisión domiciliaria. Por ende, con autos No. 761 y 762 del 28 de julio de 2023 se concedió 11 días de redención de pena al sentenciado y se aclaró la situación jurídica, (iii) a través de auto interlocutorio 763 se denegó la prisión domiciliaria y con auto 764 se negó la libertad condicional por gravedad de la conducta.

Por lo tanto, solicita se declare hecho superado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para proferir 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 MICHAEL DAVID MONTOYA SOTO están siendo vulnerados por acciones u omisiones atribuidas a la entidad accionada o por la vinculada.

En el caso concreto MICHAEL DAVID MONTOYA SOTO, quien actúa en nombre propio, reclama la protección de su derecho fundamental de petición, debido a que radicó solicitud de redención de pena y libertad condicional ante el Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, pero hasta la fecha de presentación de la demanda de tutela, dijo, no había obtenido respuesta. Por lo tanto, se encuentra acreditado para actuar en la causa por activa.

De otro lado, al ser el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia la autoridad que presuntamente vulneró la garantía de postulación no de petición, al omitir dar respuesta al requerimiento realizado por el promotor, le asiste interés para concurrir al presente trámite por pasiva. Ese mismo interés les asiste a las demás autoridades vinculadas al presente trámite de tutela.

En cuanto al requisito de inmediatez, es posible asegurar que la interposición de la acción constitucional se hizo en un tiempo razonable desde el momento en que el promotor consideró vulnerado su derecho fundamental hasta la presentación del escrito de tutela. Por lo tanto, este presupuesto se encuentra satisfecho.

Frente a la subsidiariedad, se tiene que la parte accionante solicitó el amparo constitucional alegando que, a pesar de haber realizado petición, en la actualidad no ha recibido respuesta de fondo.

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 de fondo a su requerimiento.

La pretensión del accionante consiste en que el Juez que vigila su condena resuelva la postulación que incoó acerca de su redención de pena y libertad condicional.

De otra parte, y de manera preliminar, la Sala indica que, la naturaleza jurídica de la petición incoada por el promotor activa el derecho fundamental al debido proceso, contemplado en el artículo 29 de la Carta Política. Ello, por cuanto peticiones como las que motivaron la presente acción de tutela, se relacionan con las actuaciones propias de la función que ejercen las autoridades judiciales demandadas en la vigilancia de las sanciones impuestas al accionante por la comisión de diversas conductas punibles, se trata de una postulación y no de un derecho de petición.

“...Al respecto se debe indicar que, tal y como lo ha decantado la jurisprudencia de esta Corte, cuando se elevan solicitudes en el marco de un proceso judicial, éstas no deben ser entendidas como el ejercicio del derecho fundamental de petición, sino del derecho de postulación, que hace parte integral del derecho fundamental al debido proceso. Por eso, los jueces y magistrados que encargados de resolver las solicitudes que se presenten al interior del trámite judicial no están sujetos a los términos generales que están previstos para la solución de las peticiones, sino a los términos especiales establecidos en las leyes procesales para el efecto.”³

Esta garantía constitucional objeto de análisis, cuya consagración jurídica se encuentra en el artículo 29 de la Constitución, impone a las entidades públicas que las solicitudes que interpongan los ciudadanos sean resueltas dentro del término previsto en el ordenamiento jurídico y, de todas maneras, con sujeción

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de decisión de tutelas No. 2, STP2513-2021, Rad. 114243 de 26 de enero de 2021.

a un plazo razonable y sin dilaciones injustificadas⁴. Lo anterior, además, porque una conducta contraria a dicho mandato puede involucrar también la violación al acceso a la administración de justicia, en apego a lo establecido en el artículo 229 de la Constitución.

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado: *“El respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”⁵.*

No sobra señalar que el derecho de petición, de conformidad lo establecido en el artículo 23 de la Constitución Política, consiste en la posibilidad que tienen las personas de presentar solicitudes ante las autoridades por motivos de interés general o particular y el deber de éstas de responder en forma pronta, cumplida y de fondo. Cuando la solicitud se presenta en el curso de un proceso judicial se habla del derecho de postulación, según el artículo 29 de la Carta. Uno y otro se diferencian por la naturaleza de la repuesta; así, se debe identificar si ésta involucra decisión judicial sobre algún asunto concerniente con la litis en el cual la contestación equivaldría a un acto expedido en función jurisdiccional, que por tanto está reglado para el proceso que debe seguirse en la actuación y así el juez, por más que lo invoque el actor, no está obligado a responder bajo los lineamientos normativos del derecho de petición. Sin perjuicio de lo anterior, el funcionario deberá distinguir si se exige su pronunciamiento en virtud del ejercicio jurisdiccional o, por el contrario, lo pedido está sujeto a los lineamientos y términos propios del derecho de petición.

De otra parte, se tiene que la alta Corporación en cita, ha dicho que la dilación injustificada dentro del trámite de un proceso puede constituir la vulneración al derecho de debido proceso, así: *“La inobservancia de los términos judiciales -como lo ha sostenido la Corte Constitucional en varias oportunidades-, constituye una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de*

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T 1154 de 2004.

⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

la Constitución. El principio de celeridad que es base fundamental de la administración de justicia debe caracterizar los procesos penales”⁶.

En relación con la dilación de los términos procesales, ha considerado: “(...) *En consecuencia, la dilación injustificada de los términos procesales configura una violación del debido proceso susceptible de ser atacada por medio de la acción de tutela, pues es deber de las autoridades judiciales cumplir de manera diligente los plazos procesales*”⁷.

No obstante, la mora de las autoridades en materia judicial no se deduce por el mero paso del tiempo, sino que exige hacer un análisis completo de la situación. Para determinar cuándo se presentan dilaciones injustificadas en la administración de justicia y, por consiguiente, en qué eventos procede la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional, sentencia (T-052-2018, T-186-2017, T-803-2012 y T-945A-2008), ha señalado que debe estudiarse:

i) Si se presenta un incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación judicial;

ii) Si no existe un motivo razonable que justifique dicha demora, como lo es la congestión judicial o el volumen de trabajo, cuando el número de procesos que corresponde resolver al funcionario es elevado (T-030/2005), de tal forma que la capacidad logística y humana está mermada y se dificulta evacuarlos en tiempo (T494/14), entre otras múltiples causas (T-527/2009); y

iii) Si la tardanza es imputable a la omisión en el cumplimiento de las funciones por parte de una autoridad judicial (T-230/2013, reiterada en T-186/2017).

Así, resulta necesario para el juez constitucional evaluar, bajo el acervo probatorio correspondiente, si en casos de mora judicial ésta es justificada o no. Una vez hecho ese ejercicio, si el juez de tutela encuentra que la dilación no tiene justificación alguna, habrá de intervenir en defensa de los derechos fundamentales del afectado. Y en caso de determinar que la mora judicial estuvo o está justificada, siguiendo los postulados de la sentencia T-230-2013, cuenta con tres alternativas distintas de solución:

i) Puede negar la violación de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, por lo que se reitera la obligación de someterse al sistema de turnos, en términos de igualdad;

⁶ Sentencias de la Corte Constitucional T-450 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-368 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-647 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

ii) Puede disponer excepcionalmente la alteración del orden para proferir la decisión que se eche de menos, cuando el juez está en presencia de un sujeto de especial protección constitucional, o cuando la mora judicial supere los plazos razonables y tolerables de solución, en contraste con las condiciones de espera particulares del afectado;

iii) Puede ordenar un amparo transitorio en relación con los derechos fundamentales comprometidos, mientras la autoridad judicial competente se pronuncia de forma definitiva en torno a la controversia planteada.

Descendiendo al caso que concita la atención de la Sala de la respuesta emitidas al trámite de tutela se tiene que:

- MICHAEL DAVID MONTOYA se encuentra privado de la libertad en el EPMSC Apartadó.
- El accionante por intermedio del establecimiento penitenciario radicó ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia memorial con solicitud de redención de pena y libertad condicional.
- El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, en el asunto con Código Único de Investigación (en adelante CUI) 050016000000202000518 a través de los autos No. 761 y 764 del 28 de julio de 2023 atendió las peticiones referidas, redimiendo pena y negando la libertad condicional del accionante, respectivamente.
- Al correo electrónico del establecimiento penitenciario el 28 de julio de 2023 el juzgado remitió tales determinaciones, junto con otras, al EPMSC Apartadó para su correspondiente notificación.
- Sin embargo, a la fecha no se tiene noticia que el EPMSC Apartadó haya puesto en conocimiento del implicado tales providencias.

Con base en lo anterior, se tiene que, si bien es cierto que el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia en el curso del presente trámite atendió las peticiones del actor, también lo es que, tales determinaciones no han sido conocidas por el actor.

Por lo tanto, la Sala concederá parcialmente el amparo constitucional solicitado para proteger los derechos fundamentales al derecho al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

En consecuencia, se ordenará al EPMSC Apartadó, para que, de no haberlo hecho, en un término no mayor a (48) horas hábiles posteriores a la notificación de esta providencia notifique al señor MICHAEL DAVID MONTOYA SOTO los autos No. 761 y 764 del 28 de julio de 2023 que atendió las peticiones redención de pena y libertad condicional del implicado en el asunto con CUI 050016000000202000518.

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 PARCIALMENTE los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia del señor MICHAEL DAVID MONTOYA SOTO, de conformidad con lo anotado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR al al EPMSC Apartadó, para que, de no haberlo hecho, en un término no mayor a (48) horas hábiles posteriores a la notificación de esta providencia notifique al señor MICHAEL DAVID MONTOYA SOTO los autos No. 761 y 764 del 28 de julio de 2023 que atendió las peticiones redención de pena y libertad condicional del implicado en el asunto con CUI 050016000000202000518.

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,

(Firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(Firma electrónica)
ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(Firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 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: **58197f0a3801e4f2991f1bac7e2255a457f920c606db0604a1dde02f69831385**

Documento generado en 02/08/2023 03:02:45 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Magistrada Ponente: María Stella Jara Gutiérrez

CUI: 68081 60 00000 2020 00154 (2023-0963-3)
Acusado: LUIS ALBERTO BERTEL MERCADO
Delito: Concierto para delinquir agravado y otros
Decisión: Confirma
Aprobado: Acta No. 237, agosto 01 de 2023.

Medellín, Antioquia, primero (01) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

Desatar el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía respecto del auto a través del cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, le rechazó la práctica de una prueba documental durante la audiencia preparatoria adelantada dentro de la actuación que se sigue contra LUIS ALBERTO BERTEL MERCADO, por el delito de concierto para delinquir agravado.

2. HECHOS

Según el escrito de acusación¹:

“De conformidad con los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida dentro de la presente investigación, se ha podido establecer que LUIS ALBERTO BERTEL MERCADO conocido con el alias de “Lucho” pertenece al frente EDGAR AMILKAR GRIMALDO BARÓN GAO ELN desde agosto de 2018 hasta la fecha de su captura 21 septiembre de 2020, quien tenía como cargo dentro de la misma inicialmente como guerrillero miliciano, y además cumpliendo labor de inteligencia criminal otorgándole información de la presencia de la Fuerza Pública de los cobros de las extorsiones a los campesinos del sector rural y urbano del municipio de Yondó-Antioquia, se logró establecer que era hombre de confianza con relación de

¹ PDF 01

permanencia a través de las comunicaciones que sostenía con el jefe de finanzas del frente alias “duvan”, relevando (sic) así el modus operandi de este grupo armado, desde el cobro de extorsiones, las cuales una vez realizados los cobros, Luis Alberto Bertel hacía los envíos (sic) del dinero recolectado a alias “duvan”, como también el envío de sustancias estupefacientes para ser distribuidas (...)

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. En audiencia preliminar de imputación adelantada el 22 de septiembre de 2020, bajo la dirección del Juzgado Promiscuo Municipal de Yondó, Antioquia, se formuló imputación en contra de LUIS ALBERTO BERTEL MERCADO, en calidad de autor de los delitos de rebelión y concierto para delinquir agravado.

3.2. Fue radicado escrito de acusación ante los Jueces Penales de Circuito Especializados de Antioquia, siendo asignado, mediante reparto el 23 de julio de 2021, al despacho Cuarto.

3.3. El 15 de octubre de 2021, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado adelantó la audiencia de formulación de acusación, en esa ocasión la fiscalía elevó cargos en contra de LUIS ALBERTO BERTEL MERCADO, en calidad de autor del delito de concierto para delinquir agravado.

3.4. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 6 de febrero de 2023. En esa oportunidad, la defensa manifestó, fue incompleto el descubrimiento probatorio de la fiscalía, particularmente, frente a unos registros de audio de interceptaciones telefónicas contenidas en unos CD's que le fue imposible acceder, motivo por el cual solicitó el rechazo de esa prueba por falta de descubrimiento. El juez resolvió negar el rechazo probatorio postulado por el defensor, señalando que esos elementos materiales probatorios sí le habían sido descubiertos a la defensa, empero, de manera paralela le ordenó a la fiscalía en un término de diez días entregar copia de esas grabaciones, de manera accesible a la defensa, so pena de no poder usarlas dicha prueba en el juicio oral. La defensa apeló la decisión.

3.5. Remitidas las diligencias al Tribunal a efectos de surtirse la alzada, le correspondió por reparto asumir conocimiento a este despacho judicial. En ese sentido, a través de

auto de fecha 23 de febrero de 2023, esta Sede decretó la nulidad de la audiencia preparatoria a partir del momento procesal del descubrimiento probatorio de la defensa, inclusive, al considerar que el *A quo* erró al disponer continuar con el trámite de la vista pública a sabiendas de que el descubrimiento de las interceptaciones telefónicas por parte de la Fiscalía no se materializó, afectándose el derecho a la defensa del procesado.

3.6. El Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia convocó nuevamente a la audiencia preparatoria de conformidad con lo ordenado por este Tribunal, que tuvo lugar el 22 de marzo de 2023, fecha en la cual el *A quo* le indagó a la defensa si se había hecho efectiva la entrega de los medios magnéticos que contenían las grabaciones y si había podido reproducirlos, la defensa, informó que si se le hizo entrega, pero no logró acceder a su contenido por requerir de permisos especiales que se lo impedían, de lo cual informó a la Fiscalía; de todos modos la audiencia no se pudo realizar por ausencia del delegado, requiriéndosele para que procediera a descubrir de manera completa a la defensa el material probatorio relativo a los CD's que contenían las grabaciones.

3.7. El 25 de mayo de 2023 el Juzgado instaló audiencia preparatoria a partir del descubrimiento probatorio de la defensa y luego se recibió solicitud de pruebas, escenario en el cual la defensa reclamó el rechazo de cuatro (4) CD's de audios peticionados por la fiscalía contentivos de las interceptaciones a las líneas 3045508779, 3173708542, 3228220759 y 3213570701, que serían presentados con el testigo Jimmy Gutiérrez Padilla en razón a que no se le han descubierto materialmente pues no le fue posible acceder a su contenido. El juzgado accedió al rechazo peticionado y la fiscalía recurrió la decisión.

4. DECISIÓN IMPUGNADA

En el transcurso de la audiencia preparatoria, el Juzgado brindó un espacio generoso para revisar junto con el abogado defensor que se encontraba presencialmente en la sede judicial, la disponibilidad de los archivos auditivos que le fueron trasladados por la Fiscalía, contentivos de las interceptaciones que peticionó como prueba documental el ente acusador.

Igualmente, se contó con la participación del ingeniero de sistemas de la Fiscalía quien a través de conexión virtual colaboró a la audiencia narrando los pasos a seguir para la extracción de los audios contenidos en el archivo de traslado.

A partir de lo anterior, fue evidente para el *A quo* que se trataban de instrucciones complejas y se requería de conocimientos técnicos en sistemas e informática para acceder a la evidencia o material probatorio; pese a la ayuda del experto en sistemas el ejercicio resultó infructuoso. En todo caso, señaló el Juzgado que, pese a que la fiscalía no actuó de mala fe o con el ánimo de querer ocultar la información, si avizó que la imposibilidad de acceso al contenido de los CD's era cierta, y que además corresponde a un problema técnico del archivo digital.

Por lo anterior, consideró el Juez, aunque hubo entrega de los CD's, el descubrimiento probatorio materialmente no se perfeccionó ante la imposibilidad de acceso al contenido por parte de la defensa. En consecuencia, no fue de recibo para el Juzgado el argumento del delegado fiscal frente a que no hubo sorprendimiento para la defensa, pues las escuchas que se encuentran resumidas en el informe del analista de comunicaciones presentan riesgos, por ejemplo, que no sean copia fiel de las grabaciones o que el análisis efectuado por el investigador sea distinto al que hiciera la defensa, diferente es que hubiera solicitado como prueba autónoma las transcripciones de esas grabaciones, pero al no ser el caso rechazó esa prueba documental de la fiscalía.

5. DISENSO E INTERVENCIÓN NO RECURRENTE

Señala el representante de la Fiscalía que los eventos de rechazo proceden cuando se sorprende a la contraparte con el traslado de los elementos materiales probatorios, pero en el presente caso cumplió con todos los requisitos necesarios para darle a conocer al defensor esos elementos materiales probatorios, en particular las grabaciones contentivas en los CD's que contienen las interceptaciones a las líneas celular 3045508779, 3173708542, 3228220759 y 3213570701.

Añade que, la razón del inconveniente de acceso a los registros corresponde a un problema de actualización del sistema operativo hardware y software de los computadores donde se intentaron abrir los archivos, pues se requiere de un programa

especial para poder escuchar esos CD's, dado que para su recolección se utilizó el programa Target.

Aclara entonces, que el acceso sin existo por parte del Juzgado y por el señor defensor, se debió a ese inconveniente. No por ello, aduce, dejo de cumplirse con el respectivo traslado de las grabaciones, incluso se le corrió traslado de los informes que contienen la sinopsis con cada ID referenciado en esas grabaciones y que serán tenidos en cuenta por el analista cuando rinda su testimonio.

Finalmente, considera que el defensor puede apoyarse en los informes presentados por el analista que contienen la sinopsis de las grabaciones, mientras se practica la prueba en el juicio oral donde serán escuchadas las grabaciones, y podrá a través del contrainterrogatorio ejercer la contradicción, por los anteriores argumentos solicita revocar la decisión y admitir la prueba.

La Defensa como no recurrente, solicita mantener incólume el rechazo de prueba relacionada con las grabaciones contenidas en un DVD y tres CD's, así como los informes sobre esas grabaciones en virtud del artículo 346 del C.P.P. que establece que no debe haber sorpresas u ocultamientos en el descubrimiento probatorio. Indica que los plazos establecidos para efectuar el descubrimiento probatorio completo han sido desconocidos por la Fiscalía, pues desde la acusación ha manifestado la imposibilidad de acceder al contenido esas grabaciones magnetofónicas, motivo incluso de recursos de alzada y decreto de nulidades por parte de esta Sede, pues considera que la fiscalía soslayó las garantías del derecho de defensa siendo imperativo conocer las pruebas que tiene el ente acusador para establecer su estrategia defensiva, no hasta el juicio oral como lo refiere el delegado fiscal.

Reclama que la fiscalía no puede excusarse en la falta de conocimiento técnico de la defensa para acceder a programas especiales y actualizaciones necesarias para descubrir la prueba. No niega haber recibido los cuatros CD's mencionados, pero muy distinto que se haya podido acceder a su contenido pues ni siquiera utilizando diferentes computadores o con la asesoría de un ingeniero experto en informática como se hizo en audiencia, logró acceder a la información, faltando la Fiscalía al deber de realizar el debido descubrimiento probatorio.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, este cuerpo colegiado es competente para resolver la apelación promovida contra el auto objeto de alzada, dado que fue proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia. Para ello, se abordará el tópico al cual se contrae la controversia, y los asuntos inescindiblemente ligados a esta.

Analizada la decisión confutada y los motivos de disenso, el asunto que debe resolver el Tribunal se concreta en establecer si fue acertada la determinación del *A quo* al rechazar por falta de descubrimiento probatorio los cuatro (4) CD's contentivos de las interceptaciones a las líneas telefónicas 3045508779, 3173708542, 3228220759 y 3213570701 como prueba documental petitionada por la fiscalía; no obstante, haya dado traslado de los mismos a la defensa, pero sin la posibilidad de acceder a su contenido, conculcándose el derecho a la defensa.

El descubrimiento probatorio lo ha establecido el legislador penal con el propósito de hacer efectivos principios como la publicidad, lealtad, debido proceso, objetividad, igualdad de armas, derecho de defensa, derecho de contradicción y legalidad, y se pretende a través de esta figura procesal que el adversario conozca los elementos probatorios, información legalmente obtenida o evidencia física que resulten de la investigación en procura de sustentar su teoría.

Igualmente, es una obligación constitucional y legal a cargo de la Fiscalía; la primera deviene del artículo 250 inciso final de la Carta política que determina el suministro de los elementos probatorios incluidos los que sean favorables al acusado; y la segunda, encuentra su consagración en el artículo 142-2 de la ley adjetiva penal cuando establece: *«Suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios y evidencia física e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al acusado»*. Lo que es reiterado en el artículo 125-3 ibídem cuando señala que la defensa tendrá la posibilidad de: *«En el evento de una acusación, conocer en su*

oportunidad todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado».

Realizar un adecuado ejercicio de descubrimiento probatorio permite a la contraparte no ser sorprendido al momento de la audiencia de juicio oral cuando se realiza la practica demostrativa, y de la misma manera le permite realizar un análisis adecuado de los medios de conocimiento para establecer su estrategia con miras a demostrar su teoría.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde el auto AP de 21 de febrero de 2007, radicación 25.920 viene sosteniendo, en relación con el descubrimiento probatorio, que inicia con la presentación del escrito de acusación, tal como lo demanda el artículo 337 en su numeral 5 de la Ley 906 de 2004; continúa en la audiencia de formulación oral de acusación, acorde con lo expuesto en el artículo 344 ibídem; se prolonga en la audiencia preparatoria, según los numerales 1 y 2 del artículo 356 ídem y, excepcionalmente, puede ocurrir en el juicio oral, en los casos de prueba sobreviniente de que trata el artículo 344 de la misma legislación.

Así, el descubrimiento, como garantía fundamental dentro del proceso adversarial e integrante del debido proceso probatorio, es obligatorio para la Fiscalía en una primera fase con el anexo al escrito de acusación. Sobre el particular el artículo 337 de la Ley 906 de 2004 expresa:

«El escrito de acusación deberá contener:

5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: (...)»

En la audiencia de formulación de acusación se presenta otro momento para que la Fiscalía efectúe el descubrimiento probatorio, y con el cual se activa el ejercicio de la defensa, es así como el artículo 344 del C.P.P. indica lo siguiente:

«ARTÍCULO 344. INICIO DEL DESCUBRIMIENTO. Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es

pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.»

Lo anterior, con la posibilidad para la fiscalía de adicionar el escrito de acusación, tal como lo autoriza el artículo 339 de la Ley 906 de 2004. Es decir que en esa vista pública la defensa puede solicitar el descubrimiento probatorio de los EMP o EF relacionados en el anexo presentado por el ente acusador y para el director de la audiencia es obligatorio velar porque ese acto de parte se lleve a cabo de manera completa.

En la audiencia preparatoria ya la defensa debe conocer la integridad de medios de conocimiento con que cuenta la Fiscalía. A su inicio, en estricto cumplimiento de lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, el juez debe verificar si el descubrimiento realizado fuera de la audiencia de acusación fue oportuno y completo, y de no haber manifestaciones al respecto se continúa con el descubrimiento a cargo de la defensa. Puede suceder que, en el lapso ocurrido entre la acusación y la preparatoria, hubiere surgido un medio cognoscitivo relevante, conocido o incluso desconocido, del cual no se supo no por negligencia, incuria o mala fe del ente acusador; descubrimiento que no puede ser complementario, adicional o para subsanar un descuido de la vista fiscal, pues el artículo 356 -1- de la citada ley establece que, en caso de no haberse realizado de forma completa, procede el rechazo.

La última oportunidad de descubrimiento sucede en el marco de la audiencia de juicio oral en los casos de prueba sobreviniente, la cual también es excepcional y por ningún motivo se podrá acudir a ella para enmendar defectos u omisiones en el trabajo de las partes.

Sobre el descubrimiento ha expuesto la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia que:

“La jurisprudencia de Sala ha considerado que el descubrimiento probatorio hace parte del debido proceso probatorio y se concreta en las siguientes circunstancias: i) cuando el fiscal remite al juez de conocimiento el escrito de acusación con sus anexos, conforme al art. 337 del C.P.P; ii) en la audiencia de formulación de acusación, conforme al art. 344 del C.P.P; y iii) en la audiencia preparatoria, en las condiciones previstas por los arts. 356 y 357 del C.P.P. (CSJ AP393, 6 feb. 2019 Rad. 54182). Esto último haciendo alusión a la defensa, así se extracta del API083 de 2015- Rad. 44238, en el que la Corte en cita señaló:

“No obstante, para evitar sorprender al opositor y garantizar, entre otros, los principios de igualdad, contradicción y lealtad, las partes tienen el deber de descubrir los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida que hubiesen recaudado y que pretendan hacer valer en el juicio; obligación que en el caso de la Fiscalía comprende incluso “aquellos elementos favorables al acusado” que estén en su poder, tal como lo establece el literal f) del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, todo lo cual debe procurarse en las precisas oportunidades que la normativa mencionada señala, es decir, en el escrito de acusación, en la audiencia de formulación de acusación y hasta la audiencia preparatoria, de acuerdo con los artículos 337, 344 y 356 -numeral 2º- ídem, so pena de su rechazo.

En este sentido, los elementos de convicción que no sean oportunamente descubiertos “no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio”; más aún, el juez está “obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada”. (Artículo 346 ídem)”²

El artículo 346 de la Ley 906 de 2004, expresa:

«SANCIONES POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE REVELACIÓN DE INFORMACIÓN DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE DESCUBRIMIENTO. Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.»

El precepto es claro, su incumplimiento comporta el rechazo del elemento material

² CSJ AP350-2022, radicado 58.087.

probatorio o evidencia física, en tanto estructura una actuación desleal.

Descendiendo al caso particular, encuentra la Colegiatura que, en efecto, desde los albores de la audiencia preparatoria, la defensa manifestó el inconveniente que se estaba presentando con el descubrimiento probatorio de la fiscalía, concretamente, de unas interceptaciones telefónicas almacenadas en un cuatro (4) CD's, relacionadas con las líneas 3045508779, 3173708542, 3228220759 y 3213570701, en razón a que no se le han descubierto materialmente ante la imposibilidad de acceder a su contenido, pese a los esfuerzos ingentes que ha realizado, al haber comparecido al despacho fiscal para esos fines.

Por su parte, la fiscalía manifestó que el descubrimiento probatorio fue completo, que a la defensa le envió varios correos electrónicos con el contenido de los medios de conocimiento que pretendía hacer valer en el juicio, incluyendo el archivo digital que contiene las grabaciones de las interceptaciones. Igualmente resaltó, que citó al defensor a su oficina para brindar solución al inconveniente presentado y que a través del ingeniero de sistemas de la fiscalía se le informó el paso a paso para acceder a las mismas y reproducirlas, refiere que para ello se le dieron las explicaciones que debía instalar un programa y luego así descargar los audios mencionados.

Bajo esos argumentos, el defensor advierte que sí hubo traslado de los CD's, también de los archivos digitales que contienen las grabaciones, así mismo, haber sido informado vía correo electrónico de las instrucciones de acceso al mencionado archivo, el cual asegura fue inútil para los fines pertinentes, por cuanto se trata de indicaciones técnicas que le impidieron acceder al material encriptado, entonces solicitó apoyo a varios profesionales en sistemas quienes tampoco lo lograron, entonces, dice, no se descubrió esa evidencia.

El Juzgado, en un principio, tras considerar que la falta de descubrimiento de las interceptaciones se originó por una cuestión técnica y no por negligencia de la fiscalía, no rechazó la prueba mencionada –(Art. 356 -1-), como tampoco por solicitud del defensor, razón por la cual este interpuso el recurso de apelación. Al desatar la alzada, el Tribunal mediante proveído del veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023), decretó la nulidad de lo actuado a partir del descubrimiento probatorio de la defensa.

Devuelto el expediente el Juzgado se rehízo la actuación en la audiencia del veinticinco (25) de mayo de los corrientes. En esa ocasión la defensa nuevamente advirtió al Juzgado de las dificultades que hasta esa fecha se le presentaba con relación al descubrimiento de las interceptaciones telefónicas contenidas en un DVD y tres CDs, razón por la cual el Juez, en los equipos de cómputo de la oficina y en compañía del abogado defensor, y siguiendo el instructivo o paso a paso enviado por el fiscal para acceder a ese material intentó abrirlo, pero no lo logró, no obstante el apoyo que prestó virtualmente el ingeniero de sistemas de la Fiscalía.

Por lo anterior, para el Juzgado fue clara la falta de descubrimiento de esas evidencias, en razón a ello, con fundamento en el artículo 346 de la Ley 906 de 2004 decretó el rechazo de las mismas, por falta de descubrimiento.

Para la Sala, ciertamente se presenta falta de descubrimiento de esos audios que contienen interceptaciones telefónicas que comprometen, según el Ente Acusador, la responsabilidad del procesado, pues no obstante haberse surtido el traslado de esas evidencias, la defensa no logró acceder a ese material y por esa razón se le impidió controvertir la prueba, como también solicitar las que de su particular teoría del caso le resultaran de interés.

Como consecuencia de lo anterior, acertó el *A quo* al declarar, al amparo del artículo 346 de la Ley 906 de 2004, el rechazo por falta de descubrimiento de las interceptaciones telefónicas contenidas en los medios magnéticos y enlaces remitidos por la fiscalía a la defensa, por cuanto se itera, la defensa por razones técnicas no atribuibles a ella y que no solucionó a tiempo la Vista Fiscal, no pudo a acceder o conocer el contenido de los mismos. Resolver de la manera planteada por la fiscalía comportaría desconocer los artículos 344 y 346 de la Ley 906 de 2004, en franco detrimento del derecho de contradicción de las pruebas como garantía de defensa, consagrada en los artículos 8 literal j, artículo 15 y 378 todos de la Ley 906 de 2004

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

RESUELVE:

PRIMERO. Confirmar la decisión adoptada el veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023), en cuanto al rechazo de la prueba documental peticionada por la fiscalía en audiencia preparatoria.

SEGUNDO. Ordenar la devolución de la actuación a la oficina de origen para que continúe con el curso del proceso.

La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase,

(firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada Ponente

(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

**Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 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: **9caba1193e0029b7549dc113c255ce76118faa6f2cb86d1891d08dfd374370c0**

Documento generado en 02/08/2023 02:13:40 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

Radicación : 05 440 61 00119 2022 00002 01 (2023-1274-3)
Procedencia : Juzgado Penal del Circuito de Marinilla
Procesado : YONAIKER JOSÉ MATUTE RANGEL
Delito : Hurto calificado y agravado, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego
Motivo : Apelación auto
Decisión : Confirma
Aprobado: : Acta No. 238, agosto 01 de 2023.

Medellín, Antioquia, primero (01) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE DECISIÓN

Sería del caso resolver el recurso de apelación interpuesto por la delegada Fiscal y la defensora del procesado, en contra del auto a través del cual el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia, improbió el allanamiento a cargos realizado por YONAIKER JOSÉ MATUTE RANGEL, en la actuación que se sigue por el delito hurto calificado y agravado en concurso homogéneo y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, si no fuera porque se advierte una nulidad que invalida lo actuado.

2. HECHOS

Fueron reseñados en el escrito de acusación de la siguiente manera:

“El día 20 de octubre de 2022, por el sector alto del chocho, vereda alto del mercado, del municipio de Marinilla (ant), siendo aproximadamente las 07:45 de la noche, YONAIKER JOSE MATUTE RANGEL, utilizando medios motorizados, se apodero ejerciendo violencia sobre las personas, utilizando arma de fuego, de 1.400.000 pesos en efectivo, alhajas de oro (cadena y anillo), cuatro celulares (Xiaomi Redmi 9A, Xiaomi Redmi 10pro, Samsung A30, iPhone 8 plus) de propiedad de los señores MAGNOLIA FARLEY CARDONA USE, PAULA CATERIN ROMERO URREA, Y YEINER ALEJANDRO CARDONA CARDONA, todo esto avaluado en 10.470.000 pesos.

El día 20 de octubre de 2022, en la carrera 30 vía al peñol, barrio La abadía, del municipio de marinilla (ant), siendo aproximadamente las 08:30 de la roche, YONAIKER JOSE MATUTE RANGEL, utilizando medios motorizados, se apodero ejerciendo violencia sobre la víctima, utilizando arma de fuego, de una motocicleta honda CB-110, de placas KFP 47D, un teléfono celular (Redmi 9) y de dinero en efectivo 105.000 pesos, de propiedad del señor BRYAN ALEXIS ORTEGA VASQUEZ, todo esto avaluado en 5.100.000 pesos.

El día 20 de octubre de 2022, en la carrera 26 número 34-186, barrio Simona duque, del municipio de marinilla (ant), siendo aproximadamente las 10:00 de la noche, YONAIKER JOSE MATUTE RANGEL, utilizando medios motorizados, luego de ejercer violencia sobre la víctima, utilizando arma de fuego, ingresaron a su vivienda y se apoderaron de un computador portátil marca LENOVO, tres celulares (Samsung Galaxy A20, Samsung Galaxy S11 y Samsung Core prime) un morral marca Totto, tres pares de tenis de dama, 300.000 pesos en efectivo, un cofre de aretes, de propiedad del señor ELKIN LEON GARCIA JIMENEZ, todo esto avaluado en 4.780.000 de pesos

El día 20 de octubre de 2022 en la carrera 26 numero 343, barrio Simona duque, del municipio demarinilla (ant), siendo aproximadamente las 10:20 de la noche, YONAIKER JOSE MATUTE RANGEL, utilizando medios motorizados, se apodero ejerciendo violencia sobre la víctima, utilizando arma de fuego, de un celular (Huawei línea Y), un reloj y 30.000 pesos en efectivo, de propiedad del señor JUAN DAVID RAMIREZ VALENCIA, todo esto avaluado en 1.530.000 pesos.

El día 01 de noviembre de 2022 en la vía que comunica al peñol con marinilla, frente al hotel los olmos, siendo aproximadamente las 04:30 de la mañana, YONAIKER JOSE MATUTE RANGEL, utilizando medios motorizados, se apodero ejerciendo violencia sobre la víctima, utilizando arma de fuego, de un celular, y 1.300.000 pesos en efectivo, de propiedad del señor JESUS HERNANDO ALVAREZ PEREZ, todo esto avaluado en 1.300.000 pesos.

(...) la captura del ciudadano venezolano se dio en desarrollo de un allanamiento y registro ordenado por este delegado, en donde se le halló en su inmueble un arma de fuego tipo escopeta “chagon artesanal y/o hechiza (...)”.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. El trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022), ante el Juzgado 2º Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Marinilla, Antioquia, a cargo de la fiscalía 064 local se realizan las audiencias preliminares concentradas de legalización de captura y de allanamiento y registro; igualmente, se le formuló imputación a YONAIKER JOSÉ MATUTE RANGEL por el delito de hurto calificado y agravado en concurso homogéneo y sucesivo con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, en calidad de autor. Finamente, se le impuso medida de aseguramiento de detención intramuros. En imputado no aceptó cargos.

3.2. Posteriormente, en fecha quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023), la Fiscalía 111 seccional adelantó ante el Juzgado 1º Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Marinilla, Antioquia, audiencia de readecuación de la imputación, oportunidad en la cual el procesado se allana a los cargos.

3.3. Teniendo en cuenta que existió un concurso de conductas punibles y que antes de la readecuación de la imputación por parte de la Fiscalía 111 Seccional, la actuación se adelantó a través de dos cuerdas procesales distintas, por un lado, porte ilegal de armas de fuego (ley 906 de 2004) y hurto calificado y agravado (ley 1826 de 2017), fueron radicados por separado dos escritos de acusación ante el Juzgado de conocimiento, cada uno por el respectivo delito.

3.4. El conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia, el cual instaló audiencia de formulación de acusación el día siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023).

3.5. Instalada la audiencia, previo a cualquier consideración, la delegada fiscal intervino para aclarar al estrado que la formulación de imputación se hizo a cargo de la fiscalía 064 local por el concurso de delitos mencionados; luego, esa fiscalía procedió a remitirle las diligencias a la seccional únicamente para dar trámite por el delito de porte ilegal de arma de fuego.

Posteriormente, la fiscalía local que adelantaba la investigación por el procedimiento abreviado respecto del delito de hurto calificado y agravado, según indicó en audiencia la fiscal, le envió el 23 de febrero de 2023 la carpeta contentiva del hurto considerando que se debía tramitar bajo una misma cuerda procesal en este caso, la del punible comprendido en el artículo 365 del código penal, por tratarse de un delito de mayor entidad.

De ahí que la delegada manifestó haber realizado una readecuación a la imputación fáctica y jurídica ese quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023) ante el Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Marinilla, Antioquia, procediendo a esclarecerle al imputado el motivo de la readecuación, así como también le precisó el verbo rector por el cual se le imputaba el delito contra la seguridad pública.

3.6. El siete (7) de julio de los corrientes, dando curso a la audiencia de verificación de allanamiento, el Juez Penal del Circuito de Marinilla improbió el allanamiento a cargos efectuado por YONAIKER JOSÉ MATUTE RANGEL al encontrar vulnerado el principio de legalidad, en razón a que no se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 349 del C.P.P., ni a los parámetros establecidos por la jurisprudencia penal de la Corte para la procedencia de esta clase de negociaciones.

DECISIÓN IMPUGNADA¹

El *A quo* improbió el allanamiento a cargos por las siguientes razones:

1. Porque la fiscalía no definió correctamente los hechos jurídicamente relevantes, en tanto los consideró difusos y no transmitían suficiente claridad frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la comisión de los punibles endilgados, las cuales no le fueron explicados en debida forma al procesado.
2. Vaguedad en los cargos imputados, al no haber sido comunicados de manera clara y sucinta.
3. No dar cumplimiento al artículo 349 del C. de P.P, por cuanto la Fiscalía tenía la obligación de informarle al imputado que, por haber obtenido un incremento patrimonial generado con el delito, debía reintegrarlo conforme lo establece la citada norma para lograr obtener el descuento punitivo pretendido. Lo anterior, en atención a que en los allanamientos como en los preacuerdos, constituye requisito de validez lo atinente al reintegro del cincuenta (50%) por ciento y se asegure el recaudo del remanente, de manera que su incumplimiento genera la ilegalidad del acto de aceptación por parte del procesado, cita la sentencia con radicación 55.897 del 26 de octubre de 2022, Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
4. Finamente, adujo el Juez que no se indemnizó integralmente a las víctimas, lo cual resultaba necesario en aras de satisfacer las finalidades de los acuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, conforme lo dispone el artículo 348 del estatuto procesal penal, en tanto el señor YONAIKER JOSÉ MATUTE RANGEL debía “... *propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto...*”, para ser merecedor de una rebaja punitiva, situación que desconoció

¹ Récord 00:18:30, cuaderno 03Conocimiento, archivo 022ActaVerificacionAllanamiento.

no solo el procesado, sino la Fiscalía y la defensa al omitir informarle desde la imputación sobre esta exigencia.

DISENSO E INTERVENCIÓN NO RECURRENTE

La fiscalía interpuso recurso de apelación contra la decisión del *A quo*, pues considera que sí existe una relación clara de los hechos, que fueron además plasmados en los dos escritos de acusación que obran en el Juzgado, uno por el delito de porte ilegal de armas de fuego y, otro, por el concurso de hurtos calificados y agravados. También adujo, fueron relacionados los cargos formulados por los cinco eventos de hurto calificado y agravado, mencionando cada una de las víctimas y de los elementos que le sustrajeron en su momento a esas víctimas.

Indicó que al inicio de la diligencia únicamente realizó un resumen de las actuaciones procesales anteriores, puesto que eso fue lo que se le pidió, por cuanto los hechos le fueron informados al procesado desde la audiencia de readecuación de la imputación llevada a cabo el quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023) ante el Juzgado 1º Promiscuo Municipal con función de garantías de Marinilla, Antioquia.

Así mismo, asumió por cierto que no se le informó al señor YONAIKER JOSÉ MATUTE RANGEL que debía indemnizar a las víctimas, en razón a que en su oportunidad no lo considero necesario dado que existe una línea jurisprudencial de la Corte Suprema que está dividida frente a la exigencia de una reparación a la víctima en los casos de allanamiento a cargos.

La defensa también interpuso recurso de alzada. Al respecto, señaló la apoderada que en el artículo 351 del C. de P.P. establece una rebaja punitiva cuando hay aceptación de cargos por parte del investigado(a) en la audiencia de formulación de imputación, en este caso de readecuación de la imputación, la cual debe reconocerse a su representado tras la aceptación unilateral de cargos, lo cual se rige bajo el principio de estricta legalidad.

Señala que el *A quo* improbió el allanamiento con fundamento en el artículo 349 *ibídem*, por cuanto no se dio cumplimiento a su contenido. En ese sentido, reclama que la exigencia plasmada en la norma únicamente se debe aplicar en los preacuerdos, no frente al allanamiento unilateral, violentándose así el principio de legalidad.

Como fundamento al planteamiento se apoya en las sentencias con radicación No. 25.306 del 11 de abril de 2008, 31.073 del 08 de julio de 2008, 34.829 del 27 de abril de 2011, 36.502 del 05 de septiembre de 2011, entre otras, para referir que el allanamiento y los preacuerdos son instituciones jurídicas distintas y con consecuencias diferentes, que en tratándose de allanamientos como manifestación de aceptación unilateral no se hace exigible el requisito del artículo 349 C.P.P. de reintegrar el incremento percibido, dado que únicamente aplica para los acuerdos y negociaciones.

Por tanto, considera que las víctimas tienen derecho a obtener «*esa reparación*» a través del incidente de reparación integral.

Finalmente, como sujeto no recurrente, se pronunció la representante del ministerio público, solicitando confirmar la decisión de primera instancia en atención a la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia relativa al reintegro, el cual satisfacerse también en los casos de allanamiento a cargos, como en los preacuerdos, pues de lo contrario se incentivaría a la comisión de los delitos principalmente cuando existe incremento patrimonial en el autor del injusto, cuya finalidad es salvaguardar el debido proceso y los derechos de las víctimas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, este cuerpo colegiado es competente para resolver la apelación promovida contra el auto objeto de alzada, dado que fue proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia. Para ello, se abordará brevemente el tópico al cual se contrae la controversia, y los asuntos inescindiblemente ligados a esta.

El primer problema jurídico por resolver atañe a determinar si el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 es aplicable al caso en particular, es decir, si tratándose de un allanamiento a cargos, su procedencia y legalidad está supeditada a las condiciones expuestas a esa disposición y los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

Definido el anterior planteamiento, la Sala verificará si durante el trámite del allanamiento expresado por YONAIKER JOSÉ MATUTE RANGEL en la audiencia preliminar de readecuación de imputación llevada a cabo el quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023), bajo la dirección del Juzgado Primero Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Marinilla, Antioquia, se afectaron las garantías del procesado y si como consecuencia de ello habrá de decretarse la nulidad de la actuación, como remedio extremo.

Pues bien, el allanamiento a cargos es una especie de derecho penal premial, el cual pretende, como lo ha expuesto la Corte “*la consolidación de la economía procesal, la realización de la justicia material, la punición eficaz y cierta del infractor, la reducción de la carga misional del aparato judicial y por ende, la descongestión del sistema penal*” (CSJ SP, 20 sep. 2017, Rad. 50366).

Mediante dicho mecanismo procesal el imputado o acusado, acepta de forma unilateral los cargos que le ha formulado la fiscalía, renunciando de esta forma a la realización de un juicio público, concentrado, contradictorio y con inmediación de las pruebas, con miras a obtener una rebaja punitiva.

El artículo 288 de la Ley 906 de 2004 ofrece la posibilidad al imputado de allanarse a los cargos que le fueron endilgados a cambio de obtener una rebaja de pena, bajo los lineamientos del artículo 351 ibídem, precepto que contempla que “*la aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible, **acuerdo** que se consignará en el escrito de acusación...*” (Negrilla de la Sala).

Entonces, bajo ese entendido, el canon citado en precedencia contempla las distintas modalidades de la justicia consensual, pues desde la audiencia de formulación de imputación se cataloga esa aceptación unilateral de cargos como un “acuerdo” que la Fiscalía debe dejar consignado en el escrito de acusación que debe presentar ante el juez de conocimiento.

Por otro lado, el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal tiene como *nomen iure* «improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado», lo que de entrada permite advertir que la norma se refiere, en términos generales y sin

especificación de naturaleza alguna, a las diferentes modalidades de terminación anticipada del proceso penal.

Lo anterior, se refuerza por la ubicación del precepto normativo el cual hace parte del título segundo, capítulo único, denominado «preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado», acápite dentro del cual se encuentran comprendidas las instituciones de los preacuerdos y de los allanamientos.

Como el legislador no reparó en la aplicación técnica de los conceptos que guardan similitud con los acuerdos, como “preacuerdos”, “negociaciones”, “manifestaciones preacordadas”, “aceptación de cargos” o “allanamientos”, de modo que así la restricción del artículo 349 haga referencia expresa a los “acuerdos”, no por ello se debe descartar que el precepto se extienda al “allanamiento” a cargos, porque las dos instituciones están concebidas con una misma finalidad:

“... humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso (artículo 348 de la ley 906 de 2004).

Atendiendo la naturaleza de la norma en comento, se debe concluir que la misma concurre de igual manera frente a ambas instituciones, pues uno de los fines del derecho penal es el deshacer los efectos negativos del delito, lo que significa que cuando se haya obtenido un incremento patrimonial con ocasión del injusto, es contrario a ese fin permitir que el proceso se termine anticipadamente a través de la justicia premial.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido objeto de variables interpretaciones de cara a la restricción del artículo 349 ídem, inicialmente se acogía la tesis de que la aceptación de cargos unilateral no representaba ningún acuerdo entre la Fiscalía y el imputado y no era exigible tal disposición, dicha visión se mantuvo hasta la sentencia del 8 de abril de 2008, radicación 25.306, concepción reiterada en la SP del 5 de septiembre de 2011, radicación 36.502. Sin embargo, en la providencia con radicación. No. 39.831 del 27 de septiembre de 2017, la Corte en sala de Casación Penal varió su interpretación en el entendido que:

“la exigencia establecida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 como presupuesto de validez en orden a la aprobación por el órgano jurisdicente de los preacuerdos, acuerdos o negociaciones celebrados entre la Fiscalía y el imputado o acusado, también resultaba aplicable al allanamiento a cargos por ser éste una modalidad de aquellos.”

En la actualidad, sigue imperando esta postura jurisprudencial frente al alcance del artículo 349 de la Ley 906 de 2004; al respecto, ha reiterado la Corte lo siguiente:

“El entendimiento del allanamiento a cargos como modalidad de los acuerdos en el Procedimiento Penal de 2004, trae consecuencias en la interpretación y alcance de algunas normas, entre otras, del artículo 349 de la Ley 906.

*De conformidad con esta disposición, «[e]n los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar **el acuerdo** con la fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y asegure el recaudo del remanente».*

*De tal forma, aplicando el criterio seguido desde el 2017 por la Corte conforme con el cual el allanamiento es una forma de acuerdo, **el presupuesto de validez exigido por la citada norma, consecuentemente, rige de igual manera para los casos de allanamiento a cargos que involucren delitos cuya comisión ha generado un incremento patrimonial al actor.***

Seguir una postura contraria, esto es, orientada a sostener que la aceptación de cargos en la audiencia de imputación está exenta del cumplimiento del presupuesto de reintegro, contraviene las finalidades de los “Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado” consagrados en el artículo 348 ibídem, principalmente, entre otros, aquellos referidos a activar la solución de conflictos sociales que genera el delito y propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con éste, a cuyo cumplimiento apunta la obligación de reintegrar el incremento patrimonial logrado con la conducta punible.”²

Ahora bien, el cumplimiento de lo establecido en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 debe tenerse en cuenta solo para efectos de la rebaja punitiva en los allanamientos que realice el imputado cuando se trate de delitos donde hubo un incremento patrimonial, con todo la infracción de dicho requerimiento no puede desechar la aceptación unilateral de cargos.

Sobre este particular, la Corte Suprema en sentencia referida hace un momento, precisó:

² CSJ SP3883-2022, radicación No. 55.897.

En todo caso, reiterando lo dicho en SP2259 de 20/06/2018, Rad. 47681, debe dejar en claro la Corte que lo hasta aquí expuesto no constituye un obstáculo para que el imputado se allane a los cargos bajo las condiciones (previamente acordadas) de no recibir beneficio o rebaja punitiva alguno. Así lo expresó la Sala:

«Adicionalmente no sobra precisar, que aunque no se satisfaga la exigencia del artículo 348 del C.P.P., la consideración jurisprudencial puesta de presente [refiriéndose a la sentencia de 27 de septiembre de 2017, Rad. 39831] no impide la terminación anticipada del proceso por allanamiento a cargos en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, siempre que el imputado, como en todos los casos, esté debidamente informado sobre las reales consecuencias de su manifestación libre y voluntaria, entre las que se cuenta, en estos eventos, la no concesión de rebaja punitiva alguna». (CSJ, SP14496 de 27/09/2017, Rad. 39831 y SP2259 de 20/06/2018, Rad. 47681.).

En tales eventos, se insiste, el imputado debe estar debidamente informado de las consecuencias de su aceptación y especialmente, estar de acuerdo con la no obtención de beneficio alguno.”

Así las cosas, formulada la imputación por parte de la Fiscalía, en los términos descritos por los numerales 1 y 2 del artículo 288 del Código de Procedimiento Penal, el delegado del ente acusador, de pretender en ese momento obtener del implicado el reconocimiento de su responsabilidad penal en la conducta imputada, deberá, según sentencia de casación CSP SP3883-22 con radicado 55.897:

“i.) Informar al investigado la posibilidad de allanarse a los cargos atribuidos y

ii.) Advertir las condiciones para obtener la rebaja punitiva a que hace referencia el artículo 351 inciso 1 ibidem, lo cual implica en los casos en que el actor haya obtenido un incremento patrimonial, dar cumplimiento a la exigencia del canon 349 citado.

En este orden, hechas las anteriores advertencias y de manifestar el procesado su decisión de allanarse debe entonces el funcionario de la Fiscalía presentar el correspondiente escrito de acusación con allanamiento al Juez de Conocimiento, el cual a su vez deberá contener:

iii.) Imputación fáctica y jurídica

iv.) Acreditar el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el artículo 349; y finalmente,

v.) El acuerdo a que estas partes llegaron en relación con las consecuencias jurídicas de la conducta imputada, lo cual abarca: determinación del porcentaje de rebaja punitiva y monto preciso de las penas (salvo que acuerden dejarla a

criterio del Juez), así como también, la procedencia o improcedencia, dentro del marco legal aplicable al caso, de conceder algún sustituto de la pena de prisión³.

El objetivo principal del cumplimiento de todo lo anterior, ha resaltado la Corte, «es que todas las consecuencias de la conducta punible realizada por el imputado, deban quedar debidamente convenidas con la Fiscalía para que ésta las incluya en el escrito de acusación, de tal modo que una vez la autoridad judicial haya verificado que la admisión de responsabilidad es libre, voluntaria y debidamente informada, así como la existencia de consenso sobre la pena y su forma de ejecución, la única actuación subsiguiente en el trámite sea la adopción del fallo respectivo, y que el mismo pueda tornarse de inmediato en definitivo e inapelable por quienes suscribieron el acuerdo, ante la carencia de interés que tendrían para discutir sus términos, precisamente por tratarse de una sentencia dictada de conformidad con el acusado».⁴

En todo caso, reiterando lo dicho en SP2259 de 20/06/2018, Rad. 47681, debe dejar en claro la Corte que lo hasta aquí expuesto no constituye un obstáculo para que el imputado se allane a los cargos bajo las condiciones (previamente acordadas) de no recibir beneficio o rebaja punitiva alguno. Así lo expresó la Sala:

«Adicionalmente no sobra precisar, que aunque no se satisfaga la exigencia del artículo 348 del C.P.P., la consideración jurisprudencial puesta de presente [refiriéndose a la sentencia de 27 de septiembre de 2017, Rad. 39831] no impide la terminación anticipada del proceso por allanamiento a cargos en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, siempre que el imputado, como en todos los casos, esté debidamente informado sobre las reales consecuencias de su manifestación libre y voluntaria, entre las que se cuenta, en estos eventos, la no concesión de rebaja punitiva alguna».⁸ (negrita fuera de texto original)»

En tales eventos, se insiste, según criterio jurisprudencial el imputado debe estar debidamente informado de las consecuencias de su aceptación y fundamentalmente, estar de acuerdo con la no obtención de beneficio alguno, puesto que el allanamiento a cargos debe cimentarse en un consentimiento informado sobre la imputación fáctica y jurídica, de los derechos a los que se renuncian y del beneficio a obtener a cambio si lo hay; entonces, es menester que se ilustre al procesado, entre otras cuestiones:

- i) Sobre el contenido del párrafo del artículo 301 de la ley 906 de 2004, según el cual “La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. De esa disposición depende monto de la rebaja a obtener en los casos de captura en flagrancia.
- ii) Respecto del monto de la rebaja punitiva a la que se hará merecedor.

³ En este sentido SP14496 de 27/09/2017, Rad. 39831.

⁴ CSJ, SP14496 de 27/09/2017, Rad. 39831.

- iii) En punto de la procedencia de los subrogados penales, especialmente sobre cuál será su situación jurídica, como consecuencia de la imposición de la pena principal de prisión.
- iv) Sobre los requisitos o presupuestos de validez previstos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal⁵, especialmente en atención al cambio jurisprudencial ocurrido a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 2017 (Rad. 39831), para que el procesado, a sabiendas de esa exigencia, decida si acepta los cargos con o sin reintegro y de suyo con o sin beneficio a cambio de la manifestación de culpabilidad.

Ahora, en tratándose de allanamiento a cargos en la audiencia de imputación, el control sobre la observancia de esas prerrogativas le concierne al funcionario judicial ante quien se hace la manifestación de culpabilidad, de esta manera, el juez de conocimiento no puede crear un nuevo escenario para repetir la actuación procesal cumplida en tanto este se torna preclusivo, sin que ello comporte privar al procesado de la posibilidad de alegar la violación de las garantías fundamentales.

Por último, si no se brinda al procesado la información completa y clara respecto de: la imputación fáctica y jurídica; el beneficio al que se hará acreedor; el monto de la rebaja de pena; la procedencia de los subrogados penales; cuál va a ser su situación jurídica como consecuencia de la imposición de la pena restrictiva de la libertad; en caso de captura en flagrancia, sobre las previsiones del párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004; por último, en cuanto a la causal de procedencia del allanamiento previsto en el artículo 301 *ibidem*, según el criterio jurisprudencial, se presenta una violación de garantías y sí a pesar de ello el juez aprueba ese allanamiento a los cargos se presenta una actuación procesal errada comprometiendo dichas garantías.

El artículo 457 de la Ley 906 de 2004 establece como causal de nulidad la violación a los derechos de defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales; por lo tanto, la aplicación de dicha sanción procesal exige la comprobación de circunstancias reales que permitan verificar el cumplimiento de los principios que la gobiernan. Al respecto, la sentencia SP931-2016 con radicado 43356, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, recordó el contenido de dichos principios que permiten

⁵ Corte Suprema de Justicia, SP3883-2022, radicado 55897 de 26 de octubre de 2022.

establecer en un asunto concreto, si resulta indispensable o no, optar por la nulidad de lo actuado, describiéndolos conforme se cita a continuación:

“En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que de acuerdo con dichos principios, solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (trascendencia); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción -dado que las formas no son un fin en sí mismo-, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso (instrumentalidad) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad).

El artículo 8 literal k de la Ley 906 de 2004, preceptúa que el procesado tiene derecho a *“(…) un juicio público, oral, contradictorio, imparcial, con intermediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aún por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto de debate”*.

El derecho a un juicio es renunciable, pero no de cualquier manera. El artículo 8 literal l de la Ley 906 de 2004 condiciona dicha renuncia a que *“(…) se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada (…)*”.

Y el garante de que la renuncia al juicio se encuentre exenta de vicios es el juez, pues, por mandato del artículo 1° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia: *“La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional”*.

Ahora, la disposición del artículo 8 literal l de la Ley 906 de 2004 es complementada por el artículo 131 ibidem, cuando al referirse a la renuncia al derecho a un juicio, dispone:

“Si el imputado o procesado hiciera uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado.

Al respecto, se itera, si el allanamiento a cargos se realiza ante el juez de control de garantías, es a éste a quien le compete llevar a cabo la verificación, mientras que ello será del resorte del juez de conocimiento cuando el procesado acepte cargos en alguna de las audiencias que atañen a su función. La verdad es que, sea cual sea la diligencia concreta en la que se presente el allanamiento, el mandato es terminante: en todo caso el juez correspondiente deberá verificar que la aceptación de los cargos se haya manifestado sin vicios que afecten el consentimiento, y para ello es preciso que en persona se interroge al procesado.

El control de legalidad aplicado por el juez de conocimiento recae, por un lado, sobre el acto mismo de aceptación de responsabilidad, para verificar que éste sea expresión de la autonomía de la voluntad. Así, el art. 131 del C.P.P. preceptúa que al funcionario judicial le corresponde verificar si el allanamiento es producto de una decisión, libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa.

Por otra parte, el mencionado control comprende una labor de vigilancia sobre el acatamiento de las garantías fundamentales en cabeza del acusado. Sobre el particular, la jurisprudencia (CSJ SP 20 nov. 2013, rad. 39.834) tiene dicho que:

“(…) no es posible sustraerse de la aceptación de responsabilidad a menos que, como la propia norma lo prevé, concurra un vicio en el consentimiento del procesado o se transgredan sus garantías, según se extrae del párrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, insertado por la Ley 1453 de 2011, el cual debe interpretarse en armonía con el artículo 351 del mismo estatuto procedimental, que al regular lo concerniente a las modalidades de aceptación de cargos en su inciso cuarto, precisa que éstas imponen su aprobación por parte del juez de conocimiento, salvo que se desconozcan o quebranten garantías fundamentales. Dicho párrafo ya fue objeto de estudio por parte de esta Corporación, concluyendo que es posible deshacer la aceptación de responsabilidad en cualquier momento y solo en las dos hipótesis indicadas por la norma, esto es, consentimiento viciado o desconocimiento de garantías, con la carga para quien lo aduce de

demostrar que efectivamente se configuró alguna de estas dos situaciones invalidantes, de modo que cada una de las cuales haya determinado por sí sola, la aceptación de los cargos y la consecuente renuncia al derecho a la no autoincriminación.”

Desciendo al caso concreto, sea lo primero indicar que, el allanamiento a cargos realizado por el imputado YONAIKER JOSÉ MATUTE RANGEL se expresó respecto de las conductas punibles de hurto calificado y agravado en concurso homogéneo y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, durante el desarrollo de la audiencia preliminar llamada «readecuación de la imputación», llevada a cabo el día quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023), ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Marinilla, Antioquia.

En esa oportunidad la vista fiscal comunicó al procesado lo siguiente:

“Pues le voy a dar un ofrecimiento hasta el 50% de la pena si en el día de hoy se allana a cargos lo que implicaría entonces que podría partir si estamos hablando de 12 años que que parte la máxima podría quedar hasta en 6 años y se le aumentaría en otro tanto por el porte de armas ese sería el ofrecimiento que le podría el día de hoy, pero también eso teniendo en cuenta el artículo 351 frente al allanamiento. Los cargos la rebaja podría ser hasta de un 50% de la pena en igual sentido también le tengo que informar que eso implicaría indefectiblemente una sentencia de carácter condenatorio, pero usted también se puede ir a un juicio público oral concentrado y podrá realizar con su defensa demostrar que lo está diciendo la fiscalía que no es cierto llevar sus pruebas y poder probar su inocencia porque obviamente lo cobija la presunción de inocencia, usted puede irse a juicio o también puede más adelante si indemniza a las víctimas tener una rebaja de pena mucho mayor que de pronto le favorezca más. Entonces puede allanarse a los cargos, realizar una un preacuerdo más adelante obviamente tendría que indemnizar a las víctimas porque cuando se comete un delito calificado y agravado para poder que se realiza un acuerdo es necesario eso, pero pagados en la cárcel. En ese sentido, pues sería esta imputación que le hace la fiscalía se le hace con dolo por los dos delitos no encontramos que sea usted una persona inimputable que desconozca que realizar este tipo delictivas traen unas consecuencias. En ese sentido señor juez es la imputación o la adecuación de la imputación.”

El juez, por su parte, en ese escenario procesal le informó al señor YONAIKER JOSÉ MATUTE RANGEL:

Juez: *“¿Entiende las consecuencias de ese allanamiento, usted tiene claro que va a ser condenado por esos delitos, que tendrá una sentencia en su contra con unos antecedentes?”*

Procesado: *“si claro”*

Juez: *¿Su decisión es libre Consciente voluntaria o está siendo presionado?*

Procesado: *“No, yo acepto voluntariamente.”*

Juez: *¿Sí ella -la defensa- le explicó todas las consecuencias de su aceptación?*

Procesado: *“Sí, pues ella me dijo que todo me iba a quedar en seis años.”*

Como viene de verse, la actuación del juez de control de garantías no permite establecer sí, en efecto, YONAIKER JOSÉ MATUTE RANGEL, renunció a la garantía del juicio oral debidamente informado, en tanto, si bien se le preguntó sobre si la manifestación de culpabilidad expresada había sido libre, consciente y voluntaria, concretamente no le indagó nada respecto de los cargos que había aceptado; nada le dijo en punto de la procedencia o no de los subrogados penales y cuál sería su situación jurídica como consecuencia de la imposición de la pena de prisión; tampoco respecto del monto de rebaja posible, especialmente no lo enteró sobre las previsiones del párrafo del art. 301 código de procedimiento penal de 2004, ni sobre el contenido del artículo 349 ibídem, que atañe al reintegro del incremento patrimonial como requisito de procedibilidad del allanamiento a los cargos, según criterio jurisprudencial.

Entonces, como concluir que el procesado fue debidamente informado por el juez penal municipal de garantías cuando en la audiencia preliminar aceptó los cargos a él formulados. Como consecuencia de esa actuación judicial errónea se comprometieron las garantías de debido proceso y defensa consagrados en los artículos 29 de la Constitución Nacional y 6 y 8 de la Ley 906 de 2004 de YONAIKER JOSÉ MATUTE RANGEL, situación que se adecua a la causal de nulidad prevista en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004. Ahora, de ninguna manera puede entenderse convalidado el yerro en el que incurrió el *A quo*, como tampoco que ese irregular acto procesal cumplió con la finalidad que se proponen los artículos 8 literal 1 y el artículo 131 de la ley 906 de 2004.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala decretará la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia preliminar denominada readecuación de la imputación y adelantada el quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023), bajo la dirección del Juzgado Primero Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Marinilla, Antioquia, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, para que se rehaga el procedimiento a partir de la verificación de garantías -Art. 131 *ibidem* - respetando las formas propias del juicio y el derecho a la defensa de los cuales es titular el procesado, señor YONAIKER JOSÉ MATUTE RANGEL.

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

RESUELVE

PRIMERO. DECRETAR la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia de verificación del allanamiento quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023), llevada a cabo bajo la dirección del Juzgado Primero Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Marinilla, Antioquia.

SEGUNDO. Remitir copia de la decisión al juzgado de primera instancia.

La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase,

(firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez

Magistrada
Sala 001 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: **c6381584ae79507f8524dde4691652104fae350d0682ecac665805d2b60d0d6d**

Documento generado en 02/08/2023 02:13:52 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado 05282-31-89-001-2022-00096 (2023-1359-3)
Accionante Hernán Darío Jaramillo Rendón
Afectado Brainer Alejandro Restrepo Muriel
Accionado Director de Sanidad del Ejército Nacional
y otros.
Asunto Consulta desacato
Decisión Nulidad
Acta: N° 242 agosto 02 de 2023

Medellín, agosto dos (02) de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Sería del caso resolver el grado jurisdiccional de consulta del incidente de desacato mediante el cual el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, Antioquia, el 21 de julio de 2023 impuso sanción por desacato, si no fuera porque se advierte que, en el presente trámite se incurrió en irregularidad sustancial que afecta el derecho al debido proceso.

ANTECEDENTES

Con sentencia del 21 de noviembre de 2022 el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, Antioquia amparó los derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social y petición del señor Brainer Alejandro Restrepo Muriel, en los siguientes términos:

“PRIMERO. Se concede del amparo de los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y de petición del exsoldado BRAINER ALEJANDRO RESTREPO MURIEL identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.041.152.074 cuyos intereses representa al abogado HERNÁN DARÍO JARAMILLO RENDÓN, identificado con la cédula de ciudadanía No. 15.512.271 y T. P No. 156.536 expedida por el C.S. de la

Judicatura, afectados por la dirección de sanidad del Ejército Nacional, la Oficina de Gestión Médica Laboral del Ejército Nacional -dependencia de la Dirección de Sanidad- y Dispensario Médico de Medellín.

SEGUNDO. Ordenar a dichas entidades: a la primera, **Dirección de Sanidad del Ejército Nacional** por intermedio de quien la represente o quien haga sus veces o haya sido designado para dicho cargo, **autorizar** en un término que no supere las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, la práctica de la valoración médica y emisión del correspondiente dictamen de pérdida de capacidad laboral del hoy accionante BRAINER ALEJANDRO RESTREPO MURIEL; **a la segunda, Oficina de Gestión Médico Laboral del Ejército Nacional**, una vez, vencido el término inicial concedido a la Dirección de Sanidad del Ejército, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas subsiguientes, **realice o convoque la Junta Médico-Laboral Militar respecto de la merma psicofísica del exsoldado BRAINER ALEJANDRO RESTREPO MURIEL, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.041.152.074**, y en caso de encontrar que su patología guarda relación con la prestación del servicio militar, emita el dictamen legal a que haya lugar que a futuro podría incidir en una pensión de invalidez, y además, como el exsoldado está activo en salud, debe entonces, de igual manera el **Dispensario Médico de Medellín**, reanudar de manera inmediata la atención en salud que requiera el aludido para el tratamiento integral relacionado con la esquizofrenia que padece, trastornos de adaptación, escoliosis y lumbago no especificado. De igual manera, y de no haberlo hecho ya, **el director de Sanidad del Ejército** deberá responder de inmediato al abogado petionario, cuando se resolverá de fondo, con suficiencia y coherencia lo pedido, en tanto que la espera ha sido tortuosa e irresponsable de parte de dicha entidad, y de no hacerlo se incurrirá en desacato al tenor del art. 52 del Decreto 2591 de 1991."

Decisión confirmada por este Tribunal a través de sentencia del 19 de enero de 2023, disponiendo, además:

SEGUNDO: ORDENAR a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, en respuesta al derecho de petición incoado por el actor el 15 de febrero de 2022, que, en el perentorio término de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta sentencia, por medio de la Junta Médico Laboral Militar realice a BRAINER ALEJANDRO RESTREPO MURIEL el examen de retiro, tal como lo demanda el artículo 8 del Decreto 1796 de 2000 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional citada en el cuerpo de este proveído.

Mediante escrito del 07 de julio de 2023¹, el apoderado judicial del afectado presentó incidente de desacato alegando el incumplimiento de las accionadas, pues:

5. Han transcurrido seis meses y medio, sin que los accionados den cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado, a pesar de que tanto el accionante como su madre han asistido en innumerables oportunidades a la Cuarta Brigada, en Medellín, donde el señor BRAINER ALEJANDRO RESTREPO, ha sido revisado por diferentes especialistas y por solicitud de la misma Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

¹ PDF N° 01 del cuaderno principal.

6. Tanto mi poderdante como su madre, han sido tolerantes con esta situación y han asistido a cada una de las citas que le programan, para que cada uno de los especialistas emita su concepto para la valoración médico laboral y la emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral.

7. De acuerdo con lo manifestado por la madre de mi poderdante, en la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, de la Cuarta Brigada en Medellín, en la última semana del mes de junio de 2023, le informan al señor BRAINER ALEJANDRO, y su madre que de los tres conceptos de especialistas que requieren, ya tienen dos, uno de un especialista de los oídos y otro del especialista de la columna, y que todavía requieren un concepto de un psiquiatra, lo que, para la madre de mi poderdante, resulta bastante confuso, dado que en la misma Cuarta Brigada, lo han atendido ya en varias ocasiones el médico psiquiatra, por lo que no entienden la razón por la cual manifiestan que todavía no está el concepto del médico psiquiatra para continuar con la valoración médico laboral.

El 10 de julio de 2023², el Juzgado de conocimiento dispuso requerir al Brigadier General Edilberto Cortés Moncada, en su calidad de Director de Sanidad del Ejército, al Jefe de la Oficina de Gestión Médico Laboral de la misma dependencia y al Teniente Coronel Julio César Ramírez Nieto en su calidad de Director del Dispensario Médico de Medellín, para que en el término de 48 horas informara el cumplimiento del fallo constitucional y posteriormente, en auto del 14 de julio se ordenó la apertura del trámite incidental por desacato contra los mismos, concediéndoles el término de tres días para que ejercieran su derecho de contradicción y de defensa, y aportara o solicitara las probanzas que pretendiera hacer valer al interior del presente trámite incidental.

De igual forma, dispuso oficiar al comandante del Ejército Nacional, en calidad de superior jerárquico para que hiciera cumplir el fallo.

Las accionadas no se pronunciaron.

Con decisión adiada el 21 de julio de 2023³, se declaró en desacato al Brigadier General Edilberto Cortés Moncada en su calidad de Director de Sanidad del Ejército, y a la teniente coronel Amparo López Rincón como Directora de la Oficina de Gestión Médico Laboral de la misma, imponiéndoseles una sanción de 15 días de arresto y multa equivalente a 6 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2023.

² PDF N° 03 del cuaderno principal.

³ PDF N° 07 del cuaderno principal

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

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

2. Del debido proceso en el trámite incidental de desacato

El artículo 52 del Decreto 2591, de manera directa se ocupa de la figura del desacato y establece:

“La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.”

Así, el afectado por la falta de materialización de una orden de tutela, tiene la posibilidad de asistir ante el juez de primera instancia, para petitionar su cumplimiento y asegurar la efectividad del derecho fundamental protegido, empero, este trámite, a pesar de lo expedito que resulta, no puede ser ajeno a la observancia del debido proceso y la garantía de defensa judicial.

Lo anterior se debe concretar en comunicar al presunto incumplido sobre la iniciación del trámite incidental y darle la oportunidad para que informe las razones por las que no ha satisfecho la orden constitucional, así, podrán

practicarse pruebas que acrediten sus manifestaciones y en todo caso, la decisión final, también le debe ser debidamente notificada.

Adicionalmente, como el desacato encierra el ejercicio de un poder disciplinario del juez, para que proceda la imposición de una sanción, debe verificarse que el incumplimiento de la orden de tutela sea producto de la negligencia del obligado, es decir, que exista responsabilidad subjetiva, por lo tanto, el llamado a responder debe ser adecuadamente delimitado en el fallo que se tiene por desobedecido.

Es así como *el incidente de desacato debe tramitarse de forma expedita, el juez debe garantizar los derechos al debido proceso y defensa que le asisten a la persona contra quien se dirige, en virtud de lo cual deberá: (i) comunicar al incumplido sobre la iniciación del incidente y darle la oportunidad para que informe la razón de su omisión. El responsable podrá alegar dificultad grave para ejecutar lo resuelto a través de cualquier medio probatorio; (ii) practicar las pruebas solicitadas y las que considere conducentes para emitir la decisión; (iii) notificar lo decidido y, en caso de que haya lugar a ello, (iv) remitir el expediente en consulta ante el superior*"⁴. (Negritas fuera del texto)

2. Del caso en concreto.

Debe indicarse que, la primera instancia mediante auto del 10 de julio de 2023 dispuso requerir al Brigadier General Edilberto Cortés Moncada en su calidad de Director de Sanidad del Ejército, al Jefe de la Oficina de Gestión Médico Laboral de la misma dependencia y al Teniente Coronel Julio César Ramírez Nieto en su calidad de Director del Dispensario médico de Medellín, para que en el término de 48 horas informara el cumplimiento del fallo constitucional y posteriormente, en auto del 14 de julio se ordenó la apertura del trámite incidental por desacato contra los mismos, concediéndoles el término de tres días para que ejercieran su derecho de contradicción y de defensa, y aportara o

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-889 de 2011

solicitará las probanzas que pretendiera hacer valer al interior del presente trámite incidental.

Es decir, tanto en el requerimiento como en la apertura del trámite de incidente omitió vincular a la persona natural responsable del cumplimiento de la orden constitucional respecto del "*jefe de la Oficina de Gestión Médico Laboral del ejército nacional.*"

Entonces, no comprende esta colegiatura por qué en auto del 21 de julio de 2023 impuso sanción por desacato a la Teniente Coronel Amparo López Rincón aduciendo ser la directora de la Oficina de Gestión Médico Laboral del Ejército Nacional.

De otro lado, omitió determinar de manera subjetiva la omisión en la que incurrió cada uno de los implicados con relación al fallo de tutela, esto es, señalar cuál era la responsabilidad que tenía a cargo y cuál fue la que prescindió realizar.

Aunado a lo anterior, se observa que durante el trámite incidental la dirección electrónica empleada para notificar a la **Oficina de Gestión Médico Laboral del ejército nacional** fue msjmlbcoper@buzonejercito.mil.co, pese a que en el trámite de la acción de tutela lo fue a msjmlbcoper@ejercito.mil.co dirección ésta que se encuentra registrada en la página oficial de la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares.

Por lo tanto, se declarará la nulidad de la actuación a partir del auto de requerimiento previo a la apertura del incidente de desacato y se devolverá al Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, Antioquia, a fin de que proceda a subsanar las irregularidades advertidas.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 10 de julio de 2023, a través del cual el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, requirió previo a la apertura al incidente de desacato.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(Firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 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: **da6e18f351459d787f77ebe8139b281bd7332d1f6c4f52da6f13184de69a4011**

Documento generado en 02/08/2023 03:31:54 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 050003107003202100046 **N.I.** 2023-0174

Condenado: ROBINSON CUESTA VALENCIA

Delito: Homicidio en persona protegida

Decisión: Revoca y condena

Aprobado Acta No.114 de agosto 2 del 2023

Sala No: 6

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

Medellín, agosto dos de dos mil veintitrés. -

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el representante del Ministerio Publico, contra la sentencia emitida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, del 16 de enero del año en curso.

2. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

Fueron narrado así en la sentencia de primera instancia:

“Los hechos que ocupan la presente investigación ocurrieron el 18 de octubre del año 2001 a eso de las 21 horas, en el municipio de Apartadó, cuando Carlos Alberto Arango BETANCOURT alias “el Ilanero”, Eneida González López alias “Guacara” y Ovidio Pascual Núñez Cabrales alias “el indio” integrantes del bloque bananero de las AUC, en cumplimiento de la orden dada por Carlos Enrique Vásquez alias “cepillo” fueron hasta la vivienda del señor DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ alias “el calvo o anéala” con el fin de asesinarlo por cuanto era señalado de ser colaborador de la guerrilla -FARC. Los mencionados sujetos llegaron hasta la vivienda de DEIBY, quien al percatarse de su presencia trató de huir por el techo y luego se escondió en el antejardín de una

casa de la siguiente cuadra, desde donde lo sacaron mientras el “indio” prestaba vigilancia, en ese momento antes de que se escapara de nuevo, alias “Guacara” le disparó por detrás en la cabeza, en tanto que “el llanero” le disparó en la espalda y luego de voltearlo, le disparó en dos oportunidades en el pecho, heridas de naturaleza mortal. Dice además la Fiscalía, que en este hecho participó ROBINSON CUESTA VALENCIA alias “niche”, toda vez que fue la persona que les indicó a los homicidas la casa donde vivía la víctima, además señaló el lugar donde se les había escondido (antejardín) y también fue la persona que les suministró la información que era un miliciano de las FARC.”

Es del caso mencionar que el presente proceso se adelanta bajo el hito procesal de la Ley 600, el 22 de octubre de 2001 La Fiscalía 117 delegada dictó auto que ordena investigación previa, el 10 de octubre de 2003 se dictó auto que se abstiene de apertura de instrucción, posteriormente el 4 de marzo de 2013 la Fiscalía 97 ordena reactivar la investigación. Luego el 6 de marzo de 2013 se remite la carpeta por competencia a la Fiscalía Especializada.

El 29 de julio de 2013 se ordena la apertura de la instrucción y la conexidad de varias investigaciones sobre una serie de homicidios ocurridos durante los años 2001 y 2002. El 2 de octubre de 2018 se escucha en indagatoria a ROBINSON CUESTA VALENCIA alias “niche” quien no acepta los cargos ni los hechos imputados. El 4 de febrero de 2020 se ordena su captura y vinculación al proceso. El 6 de noviembre de 2020 se vuelve nuevamente a escuchar en indagatoria al señor CUESTA VALENCIA y se continúa el 25 de febrero de 2021.

A continuación, el 3 de marzo de 2021 se resuelve situación jurídica y se le impone medida de aseguramiento de detención preventiva. Para finalmente proceder con el cierre de la investigación el 23 de julio de 2021, concediéndose el termino para alegatos a los sujetos procesales.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Después de relatar los hechos, el acaecer procesal, el contenido de la resolución de acusación, así como de los alegatos presentados por la Fiscalía, Ministerio Público, y la defensa.

Indica que conforme al artículo 232 inciso 2° del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, se requiere para dictar sentencia de carácter condenatorio al interior del proceso debe existir prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

Para ello comienza haciendo alusión al tipo penal por el cual fue acusado el señor ROBINSON CUESTA VALENCIA, en calidad de coautor, que es el de Homicidio en persona protegida, indicando respecto al homicidio simple tiene elementos que lo diferencian, como lo es que debe perpetrarse *“con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”*, el cual en Colombia se encuentra reconocido no solo a través de jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, sino por la Ley 1448 de 2011, que reconoce expresamente la existencia del mismo en territorio colombiano, como segundo aspecto requerido por este tipo penal es la calidad de persona protegida que se refiere a la condición de no combatiente, de persona integrante de la población civil ajenos al conflicto. Y finalmente, que la vulneración al derecho internacional humanitario, entendiéndose esta en la existencia del nexo de causalidad entre el conflicto armado existente y la muerte del civil. Elementos que encuentra la falladora se encuentran probados dentro de la actuación.

Ahora bien, señala que la materialidad de la conducta se encuentra probada, esto es, que no existe discusión respecto al resultado muerte de DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ, pues la misma se encuentra acreditada con el Registro Civil de Defunción, No. 03735724 y con el acta de levantamiento del cadáver, que da cuenta de las condiciones en la que se encontró el cuerpo sin vida de la víctima, en la calle, en posición de cubito dorsal, con extremidades superiores atrás, extremidades inferiores extendidas y que fueron recuperadas en el lugar de los hechos dos vainillas de revolver calibre 38 milímetros, comenta que en el informe de

inspección a cadáver No 155 de la misma fecha, expresa que el cadáver se encontraba descalzo, vestía overol azul y pantaloncillos y no portaba ningún documento de identidad y que es claro de acuerdo a lo aducido en el informe de necropsia No 2001-183 del 18 de octubre de 2001 proferido por el Instituto Nacional de Medicina legal de la Seccional de Apartadó que la causa de la muerte del señor ROBINSON CUESTA VALENCIA fue consecuencia natural y directa de POLITRAUMATISMO POR MULTIPLES HERIDAS EN CRANEO, CUELLO, TORAX por proyectiles de arma de fuego de naturaleza esencialmente mortal.

Posterior a ello, la Juez de instancia efectúa unos planteamientos acerca de la calidad de beligerante que debe ostentar el sujeto activo de la conducta de homicidio en persona protegida, indicando que en este punto la Fiscalía, no logró demostrar que el señor ROBINSON CUESTA VALENCIA, tuviese la calidad de combatiente, pues no se mostró que tuviera alguna clase de vínculo con grupos paramilitares, pues a lo sumo se pudo establecer que hacia parte de una Cooperativa de servicios especiales, "Convivir", y que en virtud de esta situación, ante la carencia de un elemento estructural del tipo, como es la calidad del sujeto activo, no es posible emitir un fallo de carácter condenatorio en contra de acusado por vulneración del principio de legalidad.

Pese a lo anterior, se observa que la falladora realiza un análisis de la prueba recaudada ello con el fin de dar respuesta a lo argumentado por la Fiscalía y el representante del Ministerio Publico, quienes consideran que el señor CUESTA VALENCIA, es responsable del delito endilgado.

En virtud de ello, afirma que al interior del proceso se pudo conocer que existen dos versiones diametralmente opuestas, una es la relatada por el señor CARLOS ALBERTO ARANGO BETANCURT, alias "*el llanero*" y la otra la expuesta por los señores OVIDIO PASCUAL NUÑEZ CABRALES alias "*el indio*" y ESNEIDER GONZALEZ LOPEZ, alias "*Guacara*", los tres autores del homicidio que aquí se investiga e igualmente miembros de las

Autodefensas. Comenta que el primero de ellos, es el único testigo que al interior de la actuación señala a ROBINSON CUESTA, alias "*niche*" como participe de la muerte de DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ, indicando en algunas versiones que fue este quien le entregó la información al comandante de las AUC que delinquía en la zona alias "*Cepillo*" de que la víctima era un colaborador de las FARC, y que por tal razón se perpetuo el homicidio, y que además en una de esas versiones relató que el procesado fue quien señaló la casa del hoy occiso y también lo ubicó cuando este salió huyendo.

Mientras que los otros dos testigos, igualmente responsables de la muerte de DEIBY, señalaron que el procesado no tuvo nada que ver en el homicidio que se investiga, siendo esta la versión a la cual otorga credibilidad la Juez de instancia, por cuanto consideró que lo dicho por CARLOS ALBERTO ARANGO BETANCURT, no lo fue, no solo por lo inconsistente de sus dichos, pues a lo largo de la investigación ha variado su declaración indicando en algunas oportunidades que el procesado si es responsable y en otras que no lo fue.

Respecto de la otra prueba que fuere recaudada refiere que no puede colegirse que el señor ROBINSON CUESTA VALENCIA, fuere responsable de la muerte del joven DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ, pues de lo dicho por la madre y el hermano del occiso, que refieren que quien cometió el crimen fueron unos morenos de las convivir, no es un señalamiento preciso, aun mas cuando se tiene que no fueron testigos presenciales de los hechos y además afirmaron conocer esa información por ser suministrada por los vecinos, siendo testigos de oídas. Y respecto de lo dicho por dos ex integrantes de las AUC, que reconocieron conocer al señor ROBINSON CUESTA, como integrante de las Convivir, y conocer que participó en unos homicidios, respecto del que aquí se investiga nada dijeron.

Así las cosas, por lo anteriormente expuesto la juez de instancia decide absolver al señor ROBINSON CUESTA VALENCIA, por el delito de homicidio en persona protegida.

4. DEL RECURSO INTERPUESTO. –

Dentro del término de ley, tanto la Fiscalía como el Ministerio publico apelan la sentencia emitida por la Juez Sexta Penal del Circuito Especializada de Antioquia.

4.1 FISCALIA

Refiere que contrario a lo manifestado por la Juez de instancia, encuentra elementos de prueba suficientes que no solo permiten acreditar la materialidad de la conducta punible, si no la participación de ROBINSON CUESTA VALENCIA, alias “*niche*”, en el homicidio que se investiga, pues desde el inicio de la investigación se efectúan señalamientos de este como responsable. Indica que de ello da cuenta el hermano de la víctima, quien refiere que la muerte de su hermano se debió a que éste desde muy pequeño tuvo problemas con “*un negro del barrio*”, que le decían Niche, que era de las Convivir, y que éste le pasó información a los paramilitares de que su hermano DEIBY, era colaborador de la guerrilla y que por eso lo mataron.

Hace alusión a una declaración que rindió OVIDIO PASCUAL NUÑEZ CABRALES, el 24 de marzo de 2009, versión libre, en la que señaló que la orden de matar al Joven DEIBY ALEXANDER, la dio CARLOS ALBERTO ARANGO BETANCURT, a su vez por orden de alias “*Cepillo*”, que se dijo que la víctima era miliciana de las FARC, y que quien los llevó a la casa de la víctima fue CARLOS ALBERTO, alias “*El Llanero*”, quien era el que lo conocía, junto a “*Guacara*” y que su labor en ese homicidio fue prestar seguridad. Comentó que la víctima se voló por unos techos pero que cuando cayó al piso “*Guacara*” lo persiguió y le dieron muerte. Versión que fue igualmente relatada por ESNEIDER GONZALEZ, alias “*Guacara*”

quien además refirió conocer a ROBINSON CUESTA, alias "Niche", por ser integrante de las Convivir.

Seguidamente refiere lo relatado por OVIDIO PASCUAL, el 31 de julio de 2007, en indagatoria, quien tras nuevamente señalar que participaron en el homicidio investigado él, "Guacara" y "El Llanero", aduce que el mismo fue coordinado por CARLOS, alias *El Llanero* y *Niche*, que era ROBINSON CUESTA VALENCIA, quien trabajaba para las Convivir y respecto de JAVIER, alias *Mojarra*, también refirió que participó en la muerte del joven reteniéndolo y que también hacía parte de las Convivir.

Trae a colación lo dicho por CARLOS ALBERTO ARANGO BETANCURT, alias *El Llanero*, quien respecto del homicidio investigado indica que ROBINSON, alias *Niche* y JAVIER, alias *Mojarra*, ambos de las Convivir, suministraron la información a alias *Cepillo*, de la víctima, porque eran ellos quienes conocían al occiso y donde vivía.

Igualmente hace alusión a los dichos de la madre y hermano de la víctima, en los que señala a alias *Niche*, como uno de los responsables del homicidio de DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ, y de lo referido por exintegrantes del frente *Alex Hurtado*, *Bloque Bananero* de las AUC, que dieron cuenta de los nexos existentes entre los paramilitares y los integrantes de las Convivir, y de la participación de ROBINSON CUESTA, en homicidios. Y que pese a que OVIDIO PASCUAL NUÑEZ, en la audiencia de juicio, se hubiese retractado indicando que ROBINSON, no participó en el homicidio investigado, con la prueba antes aludida encuentra suficientes elementos que entregan certeza de la participación del procesado en la muerte de ALZATE RUIZ, razón por la que solicita se revoque la sentencia absolutoria y en su lugar se emita una sentencia de carácter condenatorio.

4.2 MINISTERIO PÚBLICO.

Refiere no encontrarse de acuerdo con lo aducido por la Juez de instancia respecto a que la Fiscalía General de la Nación, no logró demostrar que el señor ROBINSON CUESTA VALENCIA, hiciese parte de una organización delincuencia, ello fundamentado en dos motivos, el primero de ellos en que ello no era exigible para la Fiscalía por cuanto el delito de concierto para delinquir se decretó cesación de procedimiento respecto al mismo, y además por cuanto el delito de homicidio en persona protegida no requiere de un sujeto activo calificado, razón por la cual el señor CUESTA VALENCIA, puede responder penalmente por el homicidio por el que es investigado.

Ahora bien, comenta que las razones por las cuales la falladora resta credibilidad a los dichos de CARLOS ALBERTO ARANGO BETANCURT, no resultan ser sólidos, por cuanto no es cierto que el testigo haya variado su versión, pues encuentra que de lo dicho por este desde un comienzo respecto a los hechos es igual, ubicando a ROBINSON alias "*Niche*" y a JAVIER alias "*mojarra*", como las personas que informaron a alias Cepillo, sobre la presencia de DEIBY en el barrio, pues eran trabajadores de las Convivir en la zona, e indicaron donde quedaba la casa, y que además, las armas que se usaron en el homicidio fueron calibre 38, que alias "*Guacara*" le disparó a la víctima en la cabeza y que luego él procedió a darle la vuelta con el pie disparándole dos veces más en el pecho, coincidiendo este relato con lo encontrado en acta de inspección del cadáver que indica que se recuperaron dos vainillas calibre 38, y no da cuenta de otras vainillas recuperadas en el lugar de los hechos de metra, que según lo dicho por ESNEIDER GONZALEZ, fue la que él utilizó para ultimar a la víctima de un "*ráfagas*", llamando ello la atención del recurrente, esta situación, pues no coincide con la evidencia encontrada. Refiere, además, que encuentra que de acuerdo a lo esbozado por el señor CARLOS ALBERTO alias "*Llanero*", respecto a que volteo con el pie el cuerpo de la víctima y posteriormente le disparó en el pecho en dos oportunidades, se compadece con la posición en la que fue encontrado el cadáver, que fue de cubito dorsal.

Así mismo indica que lo dicho por CARLOS ALBERTO ARANGO BETANCURT, de que ROBINSON CUESTA VALENCIA, alias “*Niche*”, suministró información de la víctima a alias “*Cepillo*” comandante de las AUC, y que posterior a ello se les ordenó darle muerte, coincidiendo este relato con la información suministrada por la madre y hermano de la víctima.

Respecto del vínculo de las convivir con las AUC, dan cuenta los ex paramilitares SAMUEL AGUDELO PUERTA, y MARIO DE JESUS GRANJA PUERTA, quienes refieren participación de alias Niche, y Mojarra trabajadores de las Convivir en otros homicidios.

Por lo antes expuesto solicita de la judicatura se emita una sentencia condenatoria en disfavor de ROBINSON CUESTA VALENCIA, por cuanto existen elementos de prueba que permiten colegir que participó en el homicidio de DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA. –

Visto los planteamientos de los recurrentes la Sala entrara a verificar si una vez analizado el material de prueba existen elementos que permiten arribar al grado de certeza acerca de la participación de ROBINSON CUESTA VALENCIA, en el homicidio de DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ, y en virtud de ello revocar la sentencia absolutoria y emitir una condenatoria por el delito de homicidio en persona protegida, no sin antes efectuar una precisión respecto del sujeto activo de dicha conducta punible.

Lo primero que deberá indicarse es que la Juez de instancia funda la sentencia de absolución que aquí se revisa, sobre una premisa falsa, por cuanto aduce que no le es posible emitir sentencia condenatoria en disfavor de ROBISON CUESTA VALENCIA, por cuanto la Fiscalía no logró acreditar uno de los elementos estructurales del tipo penal de homicidio en persona protegida, como lo es, la calidad del sujeto activo, por cuanto dicho tipo penal

requiere que este sea calificado. Es decir, que ostente la condición de ser miembro de un grupo al margen de la ley reconocido dentro del conflicto armado interno colombiano, y dado que el ente investigador no logró demostrar dicha calidad del procesado, lo procedente era emitir una sentencia de carácter absolutorio. Planteamiento que como ya se dijo es erróneo, por cuanto el tipo penal descrito en el artículo 135 del Código Penal de ninguna manera hace alusión a un sujeto activo calificado, por el contrario, si requiere de un sujeto pasivo que ostente unas condiciones concretas para poderse considerar persona protegida por la normatividad penal.

Al respecto el tipo penal reza:

“ARTÍCULO 135. HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

PARAGRAFO. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:

- 1. Los integrantes de la población civil.*
- 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.*
- 3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.*
- 4. El personal sanitario o religioso.*
- 5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.*
- 6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.*
- 7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.*
- 8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.”*

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal¹ respecto al tema de la referencia ha indicado:

¹ CSJ Sala de Casación Penal SP1872-2017 Radicación 34982. M.P José Francisco Acuña Vizcaya.

“Asimismo cabe denotar, que acorde con la definición de la conducta que el tipo penal recoge, se tiene que el homicidio en persona protegida no solamente puede ser cometido por miembros de las fuerzas armadas regulares del Estado que ostentan posición de privilegio en número y armamento frente a la población civil, sino también por cualquier persona ajena a las filas castrenses, incluso por quien no está involucrado en el conflicto armado pero guarda simpatía con alguno de los contrincantes y animadversión hacia el otro, o actúa en cumplimiento de mandato, orden, consejo, coacción, pago o promesa remuneratoria, siempre y cuando la muerte se ocasione o se intente llevar a cabo respecto de alguna de las personas indicadas en el parágrafo de la mencionada disposición, sin que para efectos de la tipicidad de la conducta importen las circunstancias específicas en que el homicidio o su tentativa tengan lugar.”

Queda claro entonces, que no se requiere que quien actúa como sujeto activo del tipo penal de homicidio en persona protegida tenga que hacer parte del ejército o de una organización armada , ni reunir ninguna condición concreta para ser destinatario de dicha conducta punible, pues lo que califica el tipo penal no es la calidad del sujeto activo sino la calidad del sujeto pasivo que debe ser una persona protegida, en ese orden de ideas ese primer argumento que expone la sentencia de primera instancia para considerar que no era posible emitir sentencia condenatoria por homicidio en persona protegida al no haberse probado la calidad de combatiente del sujeto activo no está llamada a prosperar.

Ahora bien, pasara la Sala a ocuparse al tema de disenso propuesto por el representante de la Fiscalía y el Ministerio Publico, el cual se contrae en la inconformidad en la valoración de la prueba arrimada a proceso, por cuanto consideran ambos que existen elementos de prueba suficientes para determinar que el señor ROBINSON CUESTA VALENCIA, participó en el homicidio de DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ, por lo que se efectuara un análisis de la

misma para determinar si en efecto existen elementos que otorgue certeza para condenar a CUESTA VALENCIA, por el delito de homicidio en persona protegida.

Dentro de la actuación reposan varias declaraciones rendidas por el señor CARLOS ALBERTO ARANGO BETANCURT, quien participó en el homicidio aquí investigado, y a quien la Juez de instancia restó credibilidad a sus dichos por cuanto observó que cambió en varias oportunidades su versión.

Se evidencia en la actuación que el 16 de febrero de 2018, se efectuó diligencia de indagatoria a CARLOS ALBERTO ARANGO BETANCURT, alias El Llanero, ex integrante del Bloque Bananero, Frente Arlex Hurtado de las AUC, y respecto de los hechos que aquí se investigan indicó:

“PREGUNTADO: Díganos concretamente quienes participaron en el homicidio de DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ. CONTESTO: OVIDIO PASCUAL NUÑEZ, recogió a alias Guacara-ESNEIDER GONZALEZ LOPEZ, en el barrio El Salvador y vinieron a apoyarme para cometer ese Homicidio. CARLOS ENRIQUE VASQUEZ, alias CEPILLO, el que suministró la información y dio la orden. EL NICHE Y MANUEL JAVIER IBARGUEN MOSQUERA alias MOJARRO, estas dos personas que son de las Convivir, Servicios Especiales, estas dos personas pasaron la información de DEIBY a CEPILLO, y eran los que conocían bien al muchacho de esa parte del barrio que se llamaba el bajo del Concejo de Apartado, ubicaron la casa y cuando llegamos tocamos la puerta y DEIBY, se voló, se escondió en la cuadra de atrás, ósea en la calle 3, en un antejardín, y alias MOJARRO y EL NICHE, lo señalaron y dijeron que ahí estaba escondido. De ahí lo saque de un pantalón overol, GUACARAY le amarro las manos por la parte de atrás y lo obligamos a que caminara hacia la bajada del río, en ese momento GUACARAY le disparó por detrás en la cabeza y yo le dispare en la espalda, con el pie lo voltee y le impacte 2 disparos más en el pecho y uno en la cabeza, ahí quedo el cuerpo tirado en la carretera que va hacia el río.

PREGUNTADO: Informara si usted conocía con anterioridad a DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ, y que sabía de su vida personal, laboral y social. CONTESTO: Cuando yo estaba en la guerrilla que era menor de edad oí mencionar varios cocheros que le colaboraban a la

guerrilla entre esos estaba ANAELA o EL CALVO, para esa época también era un menor de edad, por ese motivo las autodefensas los tenían como objetivo militar, porque le movían las armas o municiones a la guerrilla, de los barrios de Apartado al otro lado del río, donde quedaban las fincas de banano, "Corralito, Grabada, Montesol y la Urbana". PREGUNTADO: Díganos si usted supo quién fue el que ordeno o propuso que mataran a DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ, y cuáles fueron los motivos para matarlo el 18 de octubre de 2001.

CONTESTO: El que dio la orden fue CEPILLO, pero los que dieron la información a CEPILLO, y conocían bien a DEIBY eran alias MOJARRA Y NICHE. ...

CONTESTADO: Fue con armas calibre 38, yo calculo que fueron unos 5 disparos, yo le impacte 3 disparos."

Posteriormente se encuentra entrevista tomada a ARANGO BETANCURT el 3 de mayo de 2018, en la cual se le pregunta por alias NICHE, y refiere: *"Yo trabajaba para las AUC en el municipio de Apartado, en el sector Obrero en el año 2001, para esa época yo era el comandante de ese sector y alias Niche que se llamaba ROBINSON CUESTA VALENCIA, era un trabajador de las convivir Papagayo, él se desempeñaba como miembro de los servicios especiales de las convivir (La Motorizada) y tenía un radio de comunicaciones legal con su respectivo carnet de esa empresa de vigilancia privada el código de él era zafiro "5" o "4" no recuerdo bien. También tengo conocimiento que este señor en ocasiones se relacionaba mucho con miembros de las AUC, incluyéndome, pasando información, ubicación, o señalando a personas por medio de unos informes que ellos rendían mensualmente ante uno de los jefes de ellos de nombre ARNULFO PEÑUELA, Ex alcalde de Carepa – Antioquia, este señor se entendía para la época con el comandante militar del frente Arlex Hurtado Bloque Bananero AUC, Carlos Enrique Vásquez, alias Cepillo, y ya cuando se centralizaba la información con Cepillo, NICHE se encargaba de señalar la persona o en ocasiones se colocaba pasamontañas para ir a acompañarlo a uno o a cualquier subalterno que yo le transmitiera la orden para ir a cometer el delito llámese secuestro, homicidios, hurtos."*

Nuevamente bajo la gravedad de juramento, el 22 de enero de 2019, señaló: *"PREGUNTADO: Díganos si usted conoció en Apartado al señor ROBINSON CUESTA VALENCIA, alias EL NICHE, caso en el cual nos dirá, cuando, donde y en razón a que lo conoció, que tipo de relaciones ha tenido con el mencionado. CONTESTO: Si lo conocí desde que estaba muy pelado cuando mandaba la guerrilla en Urabá, después volví y lo vi cuando ingresé a las autodefensas en febrero de 2021, hasta noviembre de 2001, que estuve como comandante de El Obrero, y para esa fecha ya el señor era miembro activo de los servicios especiales de las convivir. Las convivir de Papagayo así las llamaban en los municipios de*

Urabá eje Bananero. PREGUNTADO: Que labores desempeñaba en las convivir ROBINSON CUESTA VALENCIA, alias el NICHE. CONTESTO: Cuando yo los conocí, el manejaba un radio de la convivir y era parte de la seguridad privada de las convivir en los diferentes barrios de Aparado, principalmente en el barrio El Concejo, donde él se crio desde muy pelado. Luego paso a ser parte de la motorizada de las convivir, los cuales tenían como función pasarle revista a las empacadoras de las diferentes bananeras afiliadas y apoyadas por la seguridad privada de esas convivir, donde tenían que tener un código por radio para comunicarse con cada radio que hubiere en cada finca cuando vieran personal raro o sospechoso o que tuviera que ver delincuencia o insurgencia guerrillera, o en ocasiones si pasaba un incendio o una emergencia ya ellos hacían el puente.

PREGUNTADO. Que relaciones tenían los miembros de las convivir con las Autodefensas. CONTESTO. Anteriormente se manejaba muy oculto, ellos los miembros de las convivir ellos eran el árbol de la sombra, los que manejaban la parte legal. Los de las convivir eran las personas que teníamos los miembros de las Autodefensas para que nos pasaran información cuando ya la policía o el ejercito o la misma población civil tenían sospechas o muchas querellas o quejas de x o y personas. Esto estuvo oculto pero uno o dos años antes de la desmovilización se empezó a mostrar que ellos eran los que hacían reuniones en los barrios, en las fincas de banano de forma legal, recogían los informes se los pasaban a Peñuela Arnulfo ex alcalde de Carepa y cuando el veía que era algo delicado o se le salía de las manos o no lo podía manejar con la fuerza publica de inmediato solicitaba reunión con el comandante CARLOS ENRIQUE VASQUEZ, o vía telefónica, donde ya Cepillo se reunía y centralizaba los informes entre esos era el máximo comandante RAUL EMILIO HASBUM, alias Pedro Ponte, jefe y dueño de las convivir papagayo y máximo comandante de forma clandestina del frente Arlex hurtado, Estos informes y ya la orden dada no la transmitía cepillo por medio del político de las AUC de cada sector o cada comandante urbano como en el caso mío, donde ya se sabía que había que había que matar la persona, eso era una cadena de la parte legal a la ilegal.

PREGUNTADO: Que funciones desempeñaba ROBINSON CUESTA VALENCIA alias el Niche dentro de las Convivir con las autodefensas. CONTESTO. Alias el niche y otros muchachos se prestaban para pasarnos información, en ocasiones cuando íbamos a matar a alguien, la ubicación, la dirección, de que ropa estaba vestido, teniendo en cuenta que eso siempre se manejó desde que ingrese a este frente hasta que me desmovilice en el año 2004, luego después de la desmovilización decidieron acabar con las convivir no sé porque ni quien dio

la orden, aclaro que tengo conocimiento únicamente de dos hechos donde este señor alias el niche, se prestó para ayudar a ejecutar y ubicar a estas personas.

PREGUNTADO. Díganos si usted recuerda casos concretos de homicidios u otros ilícitos conexos con el concierto para delinquir en los que haya participado RONBINSON CUESTA VALENCIA alias EL NICHE. CONTESTO. Si, el caso del señor DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ, alias Anabela, un homicidio. El día de los hechos Ovidio Núñez, alias El Indio, Guacara Eneida González y yo Carlos Arango nos dirigimos a la casa del muchacho ósea la víctima, la puerta de la casa se abrió cuando tocamos, el joven de inmediato nos vio, y huyo corriendo por un solar vecino, donde se montó a un techo y se bajó a la calle, por la parte detrás de esa misma manzana o cuadra, luego lo perseguimos por la misma calle y más adelante se nos escondió en un antejardín de una casa, el Niche al vernos se hizo el loco, y se escondió como que él no supiera nada, sabiendo que el Niche ya sabía que íbamos a matar este muchacho, para esta época el niche era miembro activo de las convivir, cuando el niche se asomó y abrió la puerta de la casa del frente donde estaba el muchacho, no los señaló a mí y a quácara, dijo véalo que allá está escondido. Nos dirigimos Guacara y yo y lo sacamos de la cintura de un overol azul que tenía, quácara le apuntó con el arma, yo con un cordel, una pita y lo amarre con las manos hacia atrás y lo obliqamos a caminar por la carretera que va al rio, Ovidio Núñez se quedó a una distancia prudente, como cubriendo la seguridad, no recuerdo si el disparó, cuando el muchacho Anabela Deisy Alexander Álzate Ruiz, iba a una distancia de treinta metros, Guacara dijo que vamos a caminar más con este HP, levanto el arma Guacaray y le disparó dos veces en la cabeza, luego le dispare dos veces más en la cabeza y otro en la espalda, dejando el muchacho la víctima en la carretera con las manos amarradas atrás, de ahí prendimos las dos motocicletas y huimos del lugar yo en compañía de Guacaray y el Indio en la otra motocicleta. Después de que nos fuimos el señor ROBINSON CUESTA alias El niche, en compañía de Javier alias Mojarro, salieron con su respectivo radio, a reportar un muerto con su respectivo código que ellos manejaban. Donde ellos se hacen los inocentes, sabiendo que, si sabían, porque fue que se mató el muchacho, ya que ellos eran los que pasaban los informes cuando alguien se iba de la zona y volvía, como fue en el caso de este muchacho Anaela que se había ido volado y después llegamos nosotros y no dijeron que había vuelto y fuimos y los matamos. Aclaro siempre y cuando estos informes así los pasaron ellos, la orden la daba cepillo. ... PREGUNTA. Cual fue en concreto la participación del señor ROBINSON CUESTA VALENCIA, en este homicidio. CONTESTO: La participación fue que paso el informe a las autodefensas, se centralizo a los altos mandos de un día para otro y al día siguiente entre el Niche y Mojarro nos mostraron la casa, el muchacho y como le decían, y luego volvió y nos señaló cuando el muchacho intento volar volvió y nos lo señaló.”

Debe indicar la Sala que contrario a lo percibido por la Juez de instancia respecto a lo dicho por este testigo, quien participó directamente en el homicidio que aquí se investiga, no encuentra inconsistencias en lo relatado por este, pues desde la primera versión que entregó el 16 de febrero de 2018, refirió detalladamente como ocurrieron los hechos de la muerte de DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ, alias Anaela, que en la misma participaron Alias El Indio, Ovidio Pascual Nuñez, Guacaray – Esneider Gonzalez y él, y que la información fue suministrada a alias Cepillo, comandante de las AUC, por alias Niche y Mojarro, miembros de las convivir, siendo esta versión la entregada posteriormente en las demás indagatorias y entrevistas que rindió, la única imprecisión que se encontró en lo dicho por CARLOS ALBERTO ARANGO BETANCURT, consiste en que el 16 de febrero de 2018 indicó que fue él quien amarró a la víctima, y el 22 de enero de 2019 dijo que fue alias Guacaray quien amarró a la víctima antes de dispararle; pero nótese como en las múltiples declaraciones entregadas por éste es categórico en indicar que ROBINSON CUESTA VALENCIA, para el año 2001 era integrante de los servicios especiales Convivir que operaba en el barrio El Concejo de Apartado, que dicha organización de seguridad para la época legal suministraba información a los comandantes de las Autodefensas de personas integrantes de las milicias de las Farc y que conoció de primera mano cómo ROBINSON CUESTA VALENCIA, hacia entrega de esa información, y que en el caso concreto del homicidio de la víctima fue él quien junto a alias Mojarro, quienes comunicaron a CARLOS ENRIQUE VASQUEZ, alias Cepillo que DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ, alias anaela se encontraba en Apartado, y que era colaborador de la guerrilla, motivo por el cual se procedió con el homicidio. Así mismo, que CUESTA VALENCIA, fue quien, señaló la víctima, y la casa donde este vivía y el día de los hechos una vez se intentó volar nuevamente les señala donde se encuentra escondido y proceden ESNEIDER GONZALEZ, alias Guacaray y él – CARLOS ALBERTO ARANGO BETANCURT, alias El Llanero, a dar muerte a DEIBY ALEXANDER.

De lo dicho por la falladora respecto de que CARLOS ALBERTO ARANGO BETANCOURT, en el transcurso de la presente investigación entregó tres versiones diferentes, no evidencia la

Sala la existencia de las mismas, encuentra que relata en dos oportunidades los hechos que aquí se investigan, en ambas coincide en informar quienes participaron, incluyendo la forma en la que participó alias NICHE – ROBINSON CUESTA VALENCIA, solo que en una de las versiones detalla con más precisión lo ocurrido, mientras que en la otra no lo hace, pero ello no quiere decir que el testigo este mintiendo y mucho menos da elementos para restarle credibilidad a sus dichos.

Ahora bien, acerca de la tercera versión que afirma la Juez Sexta Penal del Circuito Especializado de Antioquia fue entregada por el antes mencionado, a folio 110 del cuaderno 2 de la actuación, en la que señala a alias Mojarro como la persona que cuando llegaron a cumplir la misión el joven se les voló por un solar y se montó al techo donde siguió corriendo hasta que cayó en la calle 3 y se metió en un antejardín, ellos estuvieron buscándolo hasta que un moreno en medio del susto se los señaló con gestos de la boca y con el dedo de la mano, diciendo que ese moreno era alias “mojarro”, no se encuentra en el folio del cuaderno 2 como se indica en la sentencia, ni en ninguno de los demás cuadernos que conforman la actuación.

Así pues, verificado por la Sala que lo dicho por ARANGO BETANCURT, es creíble, pasara a revisar los demás elementos de prueba que se incorporaron a la actuación, como lo son lo dicho por ESNEIDER GONZALEZ, alias Guacaray, quien resultó ser el único de los declarantes que participó de manera directa en el homicidio que aquí se investiga, que de manera consistente indicó a lo largo de sus versiones que el homicidio de alias Anaela, fue cometido por él y por alias El Llanero, y que alias El Indio, les prestó seguridad.

En Diligencia de indagatoria realizada el 24 de abril de 2014, respecto de lo aquí investigado refirió: *“Con relación a Deiby Alexander Álzate Ruiz, lo apodaban ANAELA, tenía 19 años y fue el 18 de octubre a las 11 de la noche en el barrio el concejo de Apartado y participamos EL LLANERO y yo, a ese muchacho lo mate, EL LLANERO, lo identifiqué como un guerrillero que*

se había ido y que había vuelto, y la orden la debió de haber dado CEPILLO al LLANERO, y el me pidió que lo acompañara.”

Posteriormente el 18 de junio de 2014, indicó:

“Díganos si usted conoce al señor Deiby Alexander Álzate Ruiz, conocido como EL CALVO, caso en el cual nos dirá cuando y donde y en razón de que lo conoció, que tipo de relación tuvo con el mismo, cuando, donde y en razón de que fue la última vez que lo vio. CONTESTO: Por nombre no lo reconozco pero ahora me doy cuenta que ese es ANAELA, esa era la chapa de él, yo por EL CALVO no lo reconozco y a Álzate Ruiz, alias ANAELA, si lo mate yo en lo que se conoce como El Bajo del Concejo que es la parte del barrio que está cerca del río y lo mate en compañía de alias EL LLANERO, porque EL LLANERO había sido miliciano antes y lo reconoció como guerrillero y le comunicó al comandante CEPILLO y él le dio la orden de matarlo, y como yo estaba con ellos dos, yo me ofrecí a acompañar al LLANERO, yo le dispare porque EL LLANERO se quedó atrás, y cuando lo mate fue hasta donde estaba el cadáver. PREGUNTADO. Díganos cuales fueron los motivos o causas por los cuales asesinaron al ciudadano Álzate Ruiz. CONTESTO: porque EL LLANERO dijo que él era guerrillero, CEPILLO, le pregunto que si era seguro que ANAELA era guerrillero y él le dijo que si estaba seguro y por eso nos dijo que lo matáramos, yo no lo conocía desde antes, solo cuando lo matamos.

PREGUNTADO. Díganos si en el homicidio de ANAELA, participó de cualquier forma alguna otra persona. CONTESTO. Que yo tenga conocimiento participamos EL LLANERO, EL INDIO, ósea Núñez Cabrales, que era el de seguridad ahí en ese barrio y él participó dándonos seguridad a nosotros mientras lo matábamos.

CONTESTO: Yo llevaba una metra con calibre 9mm y cuando el muchacho se voló yo le mande el rafagazo con la metra y luego de caer EL INIDIO le pega otros dos tiros con el revolver, pero el muchacho ya estaba muerto.

PREGUNTADO: Díganos si usted conoció a un individuo al parecer llamado ROBINSON y conocido en las autodefensas con el alias del NICHE, caso en el cual nos dará su nombre completo, ubicación, que rango tenía en las AUC, y cuál fue su participación en el homicidio de Deiby Alexander Alzate Ruiz, CONTESTO: al señor si lo distingo pero no es de las autodefensas, si no con las convivir y como le dije ahora no se si él le dijo algo al LLANERO, pero conmiigo directamente no tuvo nada que ver en ese homicidio.

...

CONTESTO: Cuando nosotros llegamos el muchacho que matamos estaba escondido en una casa en una esquina, con la puerta abierta, y cuando entramos, el muerto como conocía al LLANERO, arrancó a correr para escapar y ahí fue cuando yo me fui corriendo detrás de él y

cuando el muchacho cayo en la otra calle yo lo perseguí y le di el rafagazo y cayó muerto yo me arrime y el LLANERO lo remato pero el muchacho ya estaba muerto, le entregamos el armamento al INDIO, y nos fuimos.

El 25 de septiembre de 2014, nuevamente se le preguntó sobre el homicidio de Deiby Alexander Álzate Ruiz, y en esa ocasión relató: *“PREGUNTADO: Díganos si en el homicidio de Deiby Alexander Álzate Ruiz, participaron miembros de las llamadas Convivir, y en tal caso nos dirá sus nombres y/o alias. CONTESTO: No, en ese homicidio participaron que yo tenga conocimiento, alias el INDIO, que nos prestó seguridad, y el LLANERO y yo cometimos el homicidio.*

...

PREGUNTADO: Se afirma en estas diligencias (F 29 a 35-2) que en ese ilícito participaron dos individuos de raza negra que trabajaban en las convivir y que Vivian para esa época en el barrio El Concejo de Apartado, uno conocido con el alias de El Niche, al parecer llamado ROBINSON MOSQUERA CORDOBA, y el otro citado como llamado JAVIER, y al parecer llamado MARIO JAVIER IBARGUEN MOSQUERA, que nos puede comentar al respecto. CONTESTO: JAVIER es alias Mojarra y el otro es alias NICHE, era el encargado de las convivir en el barrio El Concejo, donde matamos a Deiby Alexander Álzate, pero la verdad a mi quien me pidió el favor de que lo acompañara a cometer ese delito es alias EL LLANERO, y ese día participamos EL INDIO que se quedó prestando seguridad, en la esquina, en unos billares, EL LLANERO y ni persona.

Por su parte OVIDIO PASCUAL NUÑEZ CABRALES, alias El Indio, ex integrante de las AUC, Bloque Bananero, frente Arlex Hurtado, y quien prestó seguridad para que se llevara a cabo el homicidio de DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ, el 31 de julio de 2017, en diligencia de indagatoria indicó:

“PREGUNTADO: Díganos que conoció al señor DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ, alias El Calvo, o Anaela, caso en el que nos dirá cuando, donde y en razón de que lo conoció y si sabe a qué actividad se dedicaba. CONTESTO: No lo conocía, era distinguido de Carlos Arango.

PREGUNTADO: Díganos quien fue el que ordenó o propuso que mataran a DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ, y cuáles fueron los motivos para matarlo el 18 de octubre de 2001

CONTESTO: Carlos Alberto Arango paso la información a CEPILLO, dando cuenta que la víctima era miliciano de las Farc, Carlos Alberto Arango lo conocía porque él también era

miliciano, por eso era la orden de matarlo. PREGUNTA: Díganos quienes participaron. CONTESTO. Participamos CARLOS ALBERTO ARANGO alias EL LLANERO, ESNEIDER GONZALEZ LOPEZ, alias GUACARAY, y yo por orden de CEPILLO. PREGUNTADO. Informará en que partes del cuerpo la víctima recibió los disparos, a que distancia estaban, en que postura quedaron las víctimas. CONTESTO: el muchacho quedo en la carretera, no sé en que parte los impactos, quedo boca abajo, me parece que estaba vestido de overol o mameluco. ... CONTESTO: Yo si participe en la muerte de Deiby Alexander Álzate, yo me quede prestando seguridad pa que el muchacho no se volara, Guacaray y Carlos Arango lo persiguieron por los techos y ellos le dispararon.

PREGUTADO. Díganos si usted conoció a un individuo llamado ROBINSON, y conocido en las autodefensas con el alias de NICHE, cuál fue su participación en el homicidio de DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ. CONTESTO: Yo conocí a ROBINSON trabajando en las convivir, no en las AUC, tiene el alias de NICHE, ellos coordinaron con Carlos o Guacaray, si participaron en la muerte de DEIBY ALEXANDER ALZATE.

Debe indicarse en este punto, que a juicio comparecieron tanto el señor ESNEIDER GONZALEZ, como OVIDIO PASCUAL NUÑEZ CABRALES. El primero de ellos, se mantuvo en lo afirmado en las indagatorias, dio cuenta de cómo se perpetuó el homicidio del joven ALZATE RUIZ, y de que en el mismo solo participaron él, alias El Llanero – CARLOS ALBERTO ARANGO y alias El Indio, OVIDIO PASCUAL NUÑEZ CABRALES, por orden de alias CEPILLO, comandante de las AUC, que el señor ROBINSON CUESTA VALENCIA, no participó en los hechos.

Mientras que OVIDIO PASCUAL NUÑEZ CABRALES, se retractó de lo dicho bajo la gravedad de juramento en indagatoria, de que ROBINSON CUESTA VALENCIA, había participado en el homicidio investigado. Manifestó que en la indagatoria indicó que, si había participado porque CARLOS ALBERTO ARANGO BETANCURT, así lo había dicho, pero que no había sido así. Situación que para la Sala resulta un tanto extraño, pues escuchado el testimonio rendido por éste no otorga confianza, por cuanto busca a toda medida y desesperadamente sacar en limpio de la presente investigación a CUESTA VALENCIA, cuando en el año 2017, año más próximo a la fecha de ocurrencia del homicidio que se

investiga y por tal razón el proceso de rememoración y recordación un poco mas actual habiendo señalado en esa ocasión que el aquí investigado coordinó el homicidio de alias Anaela junto a Carlos o Guacaray.

De otra parte se tienen la declaración jurada tomada a GELMER ERNEY ALZATE RUIZ, el 12 de septiembre de 2019, en esa oportunidad relató: *“El crimen de mi hermano lo cometieron unos morenos de las convivir, un tal Niche por comentarios de la gente.”* Misma información que fuera suministrada por GLORIA NELCY RUIZ GOMEZ, madre de la víctima.

SAMUEL AGUDELO PUERTA, ex integrante de las AUC, en declaración juramentada rendida el 10 de mayo de 2018 indicó:

“Díganos si usted conoce a unos señores que se identificaban por los alias del Niche y Mojarro, en caso positivo nos dirá cuando, donde, y en razón de que conoció a cada uno de ellos y si sabe dónde se ubican actualmente. CONTESTO: Si los conocí, el NICHE lo conocí como miembro de las Convivir en Uraba, Mojarro igualmente. Recuerdo la época para el año 2000 solamente el saludo. En el tiempo que los conocí y no era de la organización. El Niche es ROBINSON CUESTA VALENCIA, con cc71.942.488 tengo el número de cedula de Robinson porque fue el que señaló a mi hermano Alfonso Agudelo Puerta para asesinarlo en el año 2001 en el mes de marzo.”

Y finalmente el señor MARIO DE JESUS GRANJA HERRERA, ex integrante de las AUC, quien fungía como escolta, el 25 de julio de 2018, en declaración juramentada refirió: .

“Díganos si usted conoce a unos señores que se identificaban por los alias del Niche y Mojarro, en caso positivo nos dirá cuando, donde, y en razón de que conoció a cada uno de ellos y si sabe dónde se ubican actualmente. CONTESTO: si los conocí, El NICHE lo conocí en Apartado en el año 2003, trabajaba en los servicios especiales, las convivir, el nombre era servicios especiales. Mojarro también lo distinguí para esa fecha trabajando en la misma empresa servicios especiales convivir.”

PREGUNTADO: Diga si se enteró usted cuales eran las actividades desplegadas por alias el Niche y Mojarro, a los que hizo referencia en la diligencia de indagatoria de fecha 9 de noviembre de 2017, CONTESTO: Nosotros con la mayoría de la convivir trabajábamos con la información que ellos nos suministraban a nosotros.”

Analizado entonces el acervo probatorio arrojado a la actuación, y habiéndose anticipado la Sala que no evidenció la contrariedad en los dichos de CARLOS ALBERTO ARANGO BETANCURT, que motivó a la juez de instancia a emitir sentencia absolutoria en favor del procesado, debe indicarse que no encuentra la Sala motivo alguno para mantener dicha absolución, por el contrario se evidencian suficientes elementos materiales de prueba que permiten al Despacho arribar al grado de conocimiento requerido para condenar, esto es, certeza acerca de la participación de ROBINSON CUESTA VALENCIA, en el homicidio de DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ.

De las diferentes versiones ofrecidas por CARLOS ALBERTO ARANGO BETANCURT, en las que concretamente señala a ROBINSON CUESTA VALENCIA, alias NICHE, de participar en el homicidio de víctima, al no solo entregar información de la presencia de este en el barrio El Concejo del municipio de Apartado a alias Cepillo comandante de las AUC para el año 2001, sino además señalarlo y ubicar la casa en la que se encontraba para que alias El Llanero y Guacaray procedieran a perpetuar el homicidio, resultan ser creíbles y contestes además con los demás relatos incorporados al proceso como lo dicho por SAMUEL AGUEDLO PUERTA y MARIO DE JESUS GRANJA HERRERA, que de igual forma resaltaron que ROBINSON CUESTA VALENCIA, como integrante de las convivir del municipio de Apartado, tenía dentro de sus funciones o modus operandi, entregar información al comandante de las AUC, de personas que estuviesen delinquiendo, o fueren milicianos de la guerrilla para que posteriormente se ordenara su muerte, siendo esa la participación que en este caso brindó el procesado. Siendo corroborado esto, además, por OVIDIO PASCUAL NUÑEZ CABRALES, alias El indio, quien se encargó de prestar seguridad el 18 de octubre de 2001, día en el cual se cometió el homicidio ALZATE RUIZ.

Resulta importante para la Sala lo dicho por los familiares del occiso, quienes desde los albores de la investigación del crimen indicaron que los responsables de la muerte de su consanguíneo habían sido unos “morenos de las convivir”, entre ellos uno apodado NICHE, pese a ello ser información que conocieron por terceras personas, pues no estuvieron presentes como testigos directos, pues no puede desconocerse que ROBINSON CUESTA VALENCIA, al ser un integrante de las convivir, del cual se dijo vivía en el mismo barrio donde se cometió el asesinato – El Concejo del municipio de Apartado-, se movilizaba constantemente en una motocicleta, siendo entonces un ciudadano reconocido por la comunidad, por lo que difícilmente había lugar a equívocos en el señalamiento de este como uno de los responsables de la muerte del joven DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ.

Ahora bien, encuentra la Sala que la participación del procesado en el homicidio endilgado no puede ser en condición de coautor como fuere acusado por la Fiscalía General de la Nación, sino en calidad de cómplice, por cuanto de su actuar no se desprenden las premisas para ello, al respecto inicialmente resulta pertinente resaltar cuales son los elementos de la complicidad conforme los lineamientos que ampliamente a fijado la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia²:

“ ...el factor fundamental a examinar para derivar existente el acuerdo previo o concomitante al delito, no lo es necesariamente la presencia del cómplice en el lugar del hecho o durante su ejecución, sino su conocimiento y voluntad, expresa o tácita, de contribuir a la conducta punible a desarrollar o en pleno desarrollo. Vale decir, como lo que se atribuye es la complicidad en el delito específico que con dominio del hecho otro u otros ejecutan, el acuerdo de voluntades previo o concomitante debe referirse necesariamente a esta conducta punible. Es por ello que la jurisprudencia pacífica exige, entre otros requisitos: “c) Que los dos intervinientes -autor y cómplice- se pongan de acuerdo en aquello que cada

² SP 1402 del 2017 .

uno de ellos va a realizar, convenio que puede ser anterior a la comisión del hecho o concomitante a la iniciación y continuación del mismo, y tácito o expreso d) Que exista dolo en las dos personas, es decir, tanto en el autor como en el cómplice.” De esta manera, para que sea adecuada la atribución a título de cómplice lo debido demostrar no es que la persona estuvo presente cuando se ejecutó el hecho, sino que conocía su naturaleza delictuosa y tuvo la voluntad -antes o durante su ejecución- de contribuir al mismo, para lo cual se concertó con el autor o autores y acordó su particular intervención en el mismo, así esta fuese posterior.”

Descendiendo en el caso de estudio, lo primero que debe advertirse es que aunque en el pliego acusatorio se indicó que el acusado era ha llamado a responder como autor, la participación que se le asigna en la ejecución del homicida, no es por la ejecución material del mismo, sino porque él suministró información a los integrantes de las AUC que operaban en la zona y en concreto le suministró información sobre el lugar donde residía y los llevo hasta el mismo, debiendo resaltar además que en desarrollo de la actuación una y otra vez los testigos arrimados señalaron que el acusado aunque era miembro de las CONVIVIR para esa época no hacía parte de las AUC, y el homicidio materia de juzgamiento según se desprende del dicho de los ejecutores del mismo fue ordenado y ejecutado materialmente por integrantes de la AUC.

En ese orden de ideas no podemos decir que en efecto ROBINSON CUESTA VALENCIA contara con un efectivo dominio del hecho, se encuentra probado que prestó una ayuda necesaria para la consumación del resultado muerte, la cual consistió en suministrar información a los miembros de las AUC que operaban en la zona, e indicar cual era la casa en la que residía la víctima y en virtud de ello es que debe ser llamado a responder. Tal colaboración indudable fue adecuada para lograr el objetivo de los autores materiales, pero no por esto puede considerársele autor, sino que su comportamiento queda en la complicidad, y así será entonces como deberá ser condenado, variación frente a la

resolución de acusación que no desconoce la congruencia con la realidad fáctica y que resulta posible disponer en esta instancia.

En consecuencia, se revocará la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, y en su lugar se emitirá una sentencia condenatoria en disfavor de ROBINSON CUESTA VALENCIA, por hallarlo penalmente responsable de la conducta punible de Homicidio en persona protegida en calidad de cómplice.

6. INDIVIDUALIZACION DEL CONDENADO.

ROBINSON CUESTA VALENCIA alias “niche” es hijo de Juan y Floriana, nacido en Apartadó (Antioquia) el 1 de septiembre de 1973, con 49 años, estado civil soltero, padre de 9 hijos, alfabeto con escolaridad hasta segundo de bachillerato, actualmente privado de la libertad en la Cárcel de Apartado, (Antioquia) e identificado con la cédula de ciudadanía 71.942.488 de Apartadó³

7. TASACIÓN DE LA PENA.

El delito de homicidio en persona protegida aparea una pena de prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años, y multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

³ Cuaderno 1 folio 248.

Ahora bien, como el señor ROBINSON CUESTA VALENCIA, responde en calidad de cómplice, es necesario dar aplicación al artículo 30 del Código Penal, que indica que la rebaja de pena será de una sexta parte a la mitad, y a su vez del artículo 60 núm. 5° de la misma normatividad, entonces a 30 años se le debe descontar la mitad, y a 40 años se le descuenta 1/6 parte.

Quedando los extremos punitivos en 15 años y 33.4 años, obteniéndose como ámbito de movilidad entre cuartos 4.6 años.

Primer cuarto: 15 años a 19.6 años

Segundo cuarto: 19.6 años a 24.6 años

Tercer cuarto: 24.6 años a 28.8 años

Cuarto cuarto: 28.8 años a 33.4 años

En atención a que en el caso concreto no se observan circunstancias de mayor gravedad respecto a la forma de ejecución de la conducta, la necesidad de la pena y función que ha de cumplir en el caso concreto, se le impone al procesado la sanción mínima, esto es, QUINCE (15) AÑOS DE PRISION, y multa de 1.000 smlmv para la fecha de los hechos, esto es para el año 2001.

8. DE LOS SUBROGADOS PENALES

El artículo 63 del Código Penal trae dos requisitos en orden a conceder la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, cuales son: uno de tipo objetivo que hace relación al monto de la pena a imponer, el que no puede superar los cuatro años de prisión; un segundo requisito que es el factor subjetivo, referente a los antecedentes personales,

sociales y familiares del sentenciado. En el presente caso no se cumple con el factor objetivo, razón por la cual no se hace necesario que el Despacho realice ningún análisis del factor subjetivo.

Igualmente debe tenerse en cuenta que de conformidad con la modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014 en su inciso segundo que modifica el artículo 68 A, el delito de Homicidio en persona protegida se encuentra expresamente excluido para la concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución condicional de la pena.

De otra parte, en lo referente al beneficio consagrado en el artículo 38 del mismo estatuto sustantivo, esto es la “prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión”, este requiere que el tipo penal establezca una pena de 8 años o inferior a ella, atendiendo a la pena establecidas en el tipo penal de que trata la actuación, el requisito objetivo no se cumple tampoco, por lo que no es beneficiario de la misma.

Así mismo, la Ley 1709 de 2014 en su artículo 28 adicionó la ley 599 de 2000 con un artículo 38G enlistándose en este los delitos en los cuales se excluye la posibilidad de acceder a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la ejecución de la pena privativa de la libertad, incluyendo en el articulado el punible de homicidio en persona protegida.

En consecuencia como el señor CUESTA VALENCIA, debe purgar la pena impuesta en centro de reclusión del INPEC, se procederá a emitir la orden de captura pertinente.

9. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

La conducta punible como generadora del daño, trae aparejada la responsabilidad civil a la luz de los artículos 1.494 y 2.341 del Código Civil, 94 del Código Penal, y 56 de la Ley 600 de

2.000. Dentro del sumario no se encuentra acreditada la constitución de la parte civil, con el fin de que sean reparados los daños tanto morales como materiales causados, con el homicidio, sin embargo, al ser obligación de las autoridades garantizar a los perjudicados el derecho a obtener una reparación integral con los daños causados con la conducta punible, la Sala procederá a referirse al respecto.

Como lo ha dicho en múltiples oportunidades la H. Corte Constitucional, a la parte civil le asisten intereses no solo de carácter pecuniario, sino además, se le reconocen los derechos a la verdad y a la justicia, siendo posible que en busca de los mismos renuncie a la reparación del daño causado con la conducta punible. *“Aun cuando tradicionalmente la garantía de estos tres derechos le interesan a la parte civil, es posible que en ciertos casos, esta solo esté interesada en el establecimiento de la verdad o el logro de la justicia, y deje de lado la obtención de una indemnización”*; situación que no libera al fallador del deber de adoptar medidas que garanticen una reparación integral para los perjudicados, por las consecuencias civiles que les haya sido generadas con la comisión del delito, de encontrarlas probadas dentro del proceso.

En esta oportunidad, encuentra el despacho que las características especiales de los hechos, establecen como perjudicados los miembros del núcleo familiar, a quienes se les causaron perjuicios de orden material y moral que generan derechos a que se asuman medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición.

PERJUICIOS MATERIALES

Los perjuicios materiales, son entendidos por la doctrina como aquellos que afectan el patrimonio de la persona, en otras palabras, los que modifican la situación pecuniaria de los perjudicados, integrados por el daño emergente y el lucro cesante.

Daño emergente está conformado por las sumas de dinero que salen del patrimonio del perjudicado para atender las consecuencias del daño causado con ocasión al delito. Pero toda vez que no existe prueba alguna respecto de en qué gastos incurrió la familia del occiso, no habrá lugar a tasar los mismos. Así mismo se hará respecto a los perjuicios por lucro cesante, pues se conoce que este se compone de la falta de productividad del dinero que salió del patrimonio económico de la víctima, pero como no se aportó a la actuación prueba de lo que devengaba el occiso, no es posible tasarlos.

PERJUICIOS MORALES

Son los que, con ocasión al hecho punible, ofenden, no a la persona física, sino a la personalidad moral de quien resulte damnificado, produciendo heridas a uno de sus derechos legítimos, o bienes no económicos componentes del patrimonio moral de la persona, el cual está representado en el dolor, siendo al juez a quien corresponde tasar el mismo.

Los perjuicios morales aparecen representados en el dolor generado por la pérdida del ser querido, por parte de quienes dependían económicamente y afectivamente; que nos referimos a los perjuicios que por su naturaleza no permiten un método tangible de evaluación es decir, aquellos “subjetivamente tasables”, conforme son reconocidos por la jurisprudencia.

“La tercera categoría de daños a la que se podría aplicar el monto máximo que establece el artículo 97 es a la de los daños cuya valoración por medios objetivos no sea posible, como ocurre con el llamado daño moral subjetivo.”

El artículo 97 del Código Penal, hace referencia a esta clase de perjuicios, al señalar que *“en relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.”* Disposición que fue estudiada por el máximo Tribunal Constitucional, cuando al analizar la constitucionalidad de la norma en mención, dijo que si el monto máximo que establece el artículo 97 se aplica exclusivamente a los perjuicios morales subjetivos. La norma cuestionada, no afecta de manera manifiestamente desproporcionada el derecho a la reparación integral de este tipo de perjuicios, pues la valoración pecuniaria de éstos depende de consideraciones puramente subjetivas y el riesgo de excesos en el ejercicio de la discrecionalidad judicial es demasiado alto. Frente a este tipo de perjuicios, un límite fijo que responde tanto al interés de evitar la arbitrariedad y de proteger los derechos del procesado, a la libertad y al debido proceso, como el interés de garantizar la reparación integral a las víctimas no parece inconstitucional. Al no existir un parámetro para la tasación de este tipo de perjuicios que pueda ser tenido en cuenta por el juez o por las partes en el proceso para cuestionar la decisión del juez, no se observa que haya una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de las víctimas o los derechos del procesado.

Por lo anterior, solo cuando el límite establecido en el inciso primero del artículo 97 de la ley 599 de 2000, se aplica a los daños morales que no pueden ser objetivamente estimados, la norma resulta conforme a la Constitución, pues no afecta de manera manifiestamente

desproporcionada el derecho de la parte civil a la reparación integral de los daños causados, ni impone cargas claramente irrazonables o desproporcionadas a los derechos al debido proceso y a la libertad personal del procesado.”

Así mismo nuestro máximo Tribunal ha sido enfático en afirmar:

“Si el monto máximo que establece el artículo 97 se aplica exclusivamente a los perjuicios morales subjetivos, la norma cuestionada no afecta de manera manifiestamente desproporcionada el derecho a la reparación integral de este tipo de perjuicios, pues la valoración pecuniaria de éstos depende de consideraciones puramente subjetivas y el riesgo de excesos en el ejercicio de la discrecionalidad judicial es demasiado alto.

Frente a este tipo de perjuicios, un límite fijo que responde tanto al interés de evitar la arbitrariedad y de proteger los derechos del procesado a la libertad y al debido proceso, como al interés de garantizar la reparación integral a las víctimas no parece inconstitucional. Al no existir un parámetro para la tasación de este tipo de perjuicios que pueda ser tenido en cuenta por el juez o por las partes en el proceso para cuestionar la decisión del juez, no se observa que haya una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de las víctimas o los derechos del procesado.⁴”

De esta manera tal como lo ha establecido la Jurisprudencia, el Despacho por la muerte de DEIBY ALEXANDER ALZATE RUIZ, pondera razonablemente que los perjuicios morales corresponden a CIEN (100) SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES al momento de su cancelación, para cada uno de sus progenitores y hermanos de la víctima, y quienes estén en condición de probar su interés y derecho, cifras que deberán ser

⁴ Sentencia C-916/02

canceladas por el condenado, y en forma solidaria, a prorrata, con quienes resulten involucrados en estos hechos.

10. OTRAS DETERMINACIONES

Como se pudo evidenciar en la actuación que el señor ROBINSON CUESTA VALENCIA, estuvo privado de la libertad en detención preventiva con ocasión de la presente investigación, se tendrá en cuenta como parte de pena cumplida el tiempo que estuvo detenido.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, y en su lugar **CONDENAR** a ROBINSON CUESTA VALENCIA, por el delito de homicidio en persona protegida en calidad de cómplice a la pena principal de QUINCE (15) AÑOS DE PRISION, y multa de 1.000 smlmv para el año 2001, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual termino que la pena principal.

SEGUNDO: Se ordena a la Secretaria de la Sala Penal de este Tribunal emitir la orden de captura en contra de ROBINSON CUESTA VALENCIA, y proceder a comunicar la misma.

TERCERO: SE CONDENA a **ROBINSON CUESTA VALENCIA** a cancelar por concepto de perjuicios morales la suma de CIEN (100) SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES al momento de su cancelación, para cada uno de los progenitores y hermanos de la víctima, y quienes estén en condición de probar su interés y derecho.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de alzada por parte de la defensa y el condenado conforme al principio de doble acordada y el de casación respecto de los demás sujetos procesales.

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **ae4f169672fef0ff48e0b5154b710f2a8e1ba466af7234c3b2a5a324b697e12c**

Documento generado en 02/08/2023 01:43:08 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 050002204000202300405

NI: 2023-1286-6

Accionante: Héctor Geovo López

Accionado: Fiscalía 27 Seccional de Santa Bárbara (Antioquia)

Decisión: Declara improcedente por hecho superado

Aprobado Acta No.: 114 de agosto 2 del 2023

Sala

No.: 6

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, agosto dos del año dos mil veintitrés

VISTOS

El abogado Héctor Geovo López, solicita la protección constitucional de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por parte de la Fiscalía 27 Seccional de Santa Bárbara (Antioquia).

LA DEMANDA

El abogado Héctor Geovo López, manifiesta que a su representada Yenny María Mosquera Mosquera, se le incautaron dos armas de fuego con salvoconducto vigente, en hechos acaecidos el 18 de agosto de 2018.

Señala que, con antelación, respecto al tema objeto del presente trámite sobre la entrega de las armas, el delegado fiscal demandado por medio de oficio 074 del 3 de marzo del 2022, le informó a su representada, que para poder tomar una decisión de fondo sobre la devolución de las armas de fuego debía obtener la respuesta a la orden de policía judicial número 6548119, para así corroborar

la legalidad y propiedad de los elementos incautados, y establecer la procedencia de la reclamación.

Como pretensión constitucional insta por la protección de sus derechos fundamentales, y en ese sentido se le ordene a la Fiscalía 27 Seccional de Santa Bárbara, resuelva de fondo su derecho de petición presentado desde el 23 de junio de la presente anualidad.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Esta Sala mediante auto del día 18 de julio de la presente anualidad, admitió la solicitud de amparo, ordenando notificar a la Fiscalía 27 Seccional de Santa Barbara (Antioquia).

La Dra. Norelia Gallego Franco Fiscal 27 Seccional de Santa Bárbara (Antioquia), por medio de oficio N 202 calendado el 24 de julio de 2023, asiente que en ese despacho se sigue investigación penal, por incautación de dos armas de fuego tipo revolver en hechos ocurridos el 18 de agosto de 2018, que para el 21 de abril de 2021 se emitió orden a policía judicial 6548119 sin que a la fecha hubiese obtenido respuesta alguna.

Así las cosas, ante la ausencia de respuesta el 19 de julio de 2023 emitió una nueva orden a policía judicial, asignada al investigador Andrés Sánchez, dado que el anterior investigador fue traslado a otra ciudad.

En cuanto al derecho de petición objeto del presente trámite, asegura que por medio de oficio 201 del 18 de julio del año en curso, emitió respuesta de fondo al derecho de petición que demanda el actor.

Adjunta a la respuesta, las órdenes a la policía judicial, respuesta al derecho de petición y la constancia de remisión de la respuesta vía correo electrónico.

CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Corporación es competente para conocer el mecanismo activado, de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 del 2000, así como del artículo 1º numeral 5º del Decreto 1983 de 2017, que modificara el Decreto 1069 de 2015, y el decreto 333 de 2021, respecto de las reglas de reparto de la acción de tutela.

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el abogado Héctor Geovo López, solicitó el amparo del derecho fundamental de petición, presuntamente conculcado por parte de la Fiscalía 27 Seccional de Santa Bárbara (Antioquia).

Naturaleza de la acción

Ha de precisarse que el alcance de la acción de tutela es un mecanismo de defensa subsidiario y residual, para la protección de derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

Del caso en concreto

La garantía fundamental reconocida por el artículo 23 de la Carta Política, consiste no sólo en la posibilidad que tiene toda persona de presentar ante las autoridades peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular, sino el derecho a obtener una respuesta pronta y de fondo sobre lo pedido, como que el administrado no puede quedar en la indeterminación y tiene derecho a que le sean resueltos sus planteamientos sin vaguedad alguna.

La jurisprudencia constitucional en forma pacífica ha venido señalando las precisas situaciones en las que se presenta vulneración al derecho de petición: (i) cuando la respuesta es tardía, esto es, no se da dentro de los términos legales; (ii) *cuando se muestra* aparente, o lo que es lo mismo, no resuelve de fondo ni de manera precisa lo pedido; (iii) su contenido no se pone en conocimiento del interesado, y (iv) no se remite el escrito ante la autoridad competente, pues la falta de competencia de la entidad ante quien se hace la solicitud no la exonera del deber de dar traslado de ella a quien sí tiene el deber jurídico de responder. Es así como la Corte Constitucional ha sostenido que las respuestas simplemente evasivas o de incompetencia desconocen el núcleo esencial del derecho de petición¹.

En el presente asunto se puede evidenciar, que el motivo de inconformidad es que el abogado Héctor Geovo López, considera vulnerados sus derechos fundamentales al omitir la Fiscalía 27 Seccional de Santa Bárbara, pronunciarse de fondo frente al derecho de petición elevado desde el pasado 23 de junio del presente año, por medio del cual solicitó celeridad en el proceso de investigación de los hechos ocurridos el 18 de agosto del año 2018 dado que su representada Yenny María Mosquera se encuentra perjudicada por que no se ha efectuado la devolución de dos armas de fuego que se encuentran amparadas con permiso de autoridad competente.

Por su parte, la fiscal encausada, en su pronunciamiento informó que, por medio de oficio DSA-20600-01-02-027 oficio 201 del 18 de julio de 2023 emitió

¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-219 y T-476 del 22 de febrero y 7 de mayo de 2001, respectivamente.

respuesta al actor, informando sobre las actuaciones efectuadas durante el curso de la investigación. Adjuntando copia del oficio de respuesta y la constancia de remisión vía correo electrónico al actor a la dirección geovolopez@hotmail.com.

Así mismo, esta Magistratura de oficio intentó contactar a la parte demandante, por medio de los abonados 311 792 70 54 y 315 497 81 81 establecidos en el escrito tutelar para las notificaciones judiciales, en varias oportunidades, no obstante, no fue posible la comunicación con el actor.

Conforme a lo anterior, es claro entonces que frente a la pretensión del abogado Héctor Geovo López, de cara a que la Fiscalía 27 Seccional de Santa Bárbara, se pronunciara frente a su solicitud, ya se agotó, esto es, conforme al material probatorio recolectado, es decir, el oficio DSA 20600-01-02-027 oficio 201 del 18 de julio de 2023, junto a la constancia de remisión a la dirección de correo electrónico establecida por el actor para las notificaciones judiciales geovolopez@hotmail.com, existiendo constancia de entrega efectiva.

Así las cosas, debe indicarse que, del material probatorio allegado a la presente acción Constitucional, se evidencia que, frente a la solicitud extendida por el abogado Héctor Geovo López, nos encontramos ante un hecho superado, como quiera que la circunstancia que dio origen a la solicitud ha sido enmendada, por parte de la Fiscalía 27 Seccional de Santa Bárbara, lo cual torna improcedente el amparo. Lo anterior, a pesar de que no se logró corroborar con el actor la recepción de la respuesta dado que no fue posible la comunicación telefónica pese a múltiples intentos, lo que es cierto es que dicha respuesta fue remitida a la dirección de correo electrónico establecida por la parte demandante en el escrito de tutela para efectuar las notificaciones judiciales.

Frente a este tema la Corte Constitucional en sentencia T-017 del 23 de enero del 2020, señaló:

“E. Carencia actual de objeto - Modalidades. Reiteración de jurisprudencia⁽⁷⁸⁾.”

“113. Durante el trámite de la acción de tutela, hasta antes de que se profiera sentencia, pueden presentarse tres situaciones: (i) que los hechos que dieron origen a la acción persistan, y el asunto amerite emitir un pronunciamiento de fondo, porque se encuentran satisfechos los requisitos generales de procedencia, y 1. puede evidenciarse la configuración vulneración alegada, caso en el cual es procedente amparar los derechos invocados, o 2. no pudo comprobarse la afectación de un derecho fundamental, y debe entonces negarse la protección deprecada; (ii) que persistan los hechos que dieron origen al amparo, pero el caso no cumpla los requisitos generales de procedencia, caso en el cual debe declararse improcedente la acción de tutela; y (iii) que ocurra una variación sustancial en los hechos, de tal forma que desaparezca el objeto jurídico del litigio, porque fueron satisfechas las pretensiones, ocurrió el daño que se pretendía evitar o se perdió el interés en su prosperidad. Estos escenarios, han sido conocidos en la jurisprudencia como el hecho superado, daño consumado y situación sobreviniente, y son las modalidades en las que puede darse la carencia actual de objeto.”

“114. Al respecto, este tribunal ha reconocido, que antes de emitir un pronunciamiento de fondo en el marco de un proceso de tutela, pueden presentarse ciertas circunstancias que, por encajar en alguna de las hipótesis antes mencionadas, hacen desaparecer el objeto jurídico de la acción, de tal forma que cualquier orden que pudiera emitirse al respecto “caería en el vacío” o “no tendría efecto alguno”⁽⁷⁹⁾.”

“115. La primera modalidad, conocida como el hecho superado, se encuentra regulada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991⁽⁸⁰⁾, y consiste en que, entre la interposición de la acción de tutela, y el momento en que el juez va a proferir el fallo, se satisfacen íntegramente las pretensiones planteadas, por hechos atribuibles a la entidad accionada. De esta forma, pronunciarse sobre lo solicitado carecería de sentido, por cuanto no podría ordenarse a la entidad accionada a hacer lo que ya hizo, o abstenerse de realizar la conducta que ya cesó. En este caso, el juez no debe emitir un pronunciamiento de fondo, ni realizar un análisis sobre la vulneración de los derechos, pero ello no obsta para que, de considerarlo necesario, pueda realizar un llamado de atención a la parte concernida, por la falta de conformidad constitucional de su conducta, conminarla a su no repetición o condenar su ocurrencia⁽⁸¹⁾.”

“116. De esta manera, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, deben acreditarse tres requisitos, a saber: (i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó, por un hecho imputable a ésta. Así, esta Corte ha procedido a declarar el hecho superado, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas han reconocido las prestaciones solicitadas⁽⁸²⁾, el suministro de los servicios en salud requeridos⁽⁸³⁾, o dado trámite a las solicitudes formuladas⁽⁸⁴⁾, antes de que el juez constitucional emitiera una orden en uno u otro sentido.”

Se reitera entonces, en este caso nos encontramos frente al fenómeno denominado carencia actual de objeto por hecho superado, pues que para este momento ha variado la situación que originó la acción constitucional, toda vez que en el trámite de esta acción constitucional se ha gestionado lo necesario para conseguir se ejecute el objeto de esta solicitud de amparo, por lo que perdería entonces eficacia dar una orden en tal sentido.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el PARÁGRAFO SEGUNDO del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales invocados por el abogado Héctor Geovo López, en contra de la Fiscalía 27 Seccional de Santa Bárbara (Antioquia), al presentarse la carencia actual de objeto por hecho superado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Frente a la presente decisión procede el recurso de impugnación, el cual se deberá de interponer dentro los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO: En caso de no ser apelada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **ba5b5fae84a3bd42080e5480a610ecbd1123bc4638e2660d3c3e822a3999d723**

Documento generado en 02/08/2023 03:08:24 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 050453104002202300223

NI: 2023-1127-6

Accionante: José Luciano Mina Córdoba

Accionada: Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas

Decisión: Confirma

Aprobado Acta No. 111 De julio 27 del 2023

Sala

No: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, julio veintisiete del año dos mil veintitrés

VISTOS

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), en providencia del día 8 de junio de 2023, declaró la improcedencia por hecho superado la solicitud de amparo incoada por el señor José Luciano Mina Córdoba en contra de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Inconforme con la determinación de primera instancia, el demandante, interpuso recurso de apelación que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de la presente acción constitucional fueron relatados por el Despacho de instancia de la siguiente manera:

“Expuso el accionante, que, debido al conflicto armado interno de los grupos armados organizados ilegales al margen de la ley paramilitares, que se vive en el país, tuvo que migrar de manera forzada, dejando abandonada su residencia, domicilio, su lugar de origen y su puesto de trabajo; donde desempeñaba sus actividades cotidianas para el sostenimiento de su núcleo familiar, por lo cual se encuentra incluido(a)s en el Registro Único de víctimas – RUV.

Indicó el accionante que, es cabeza de familia, Tiene 65 años de vida, pertenece a la tercera edad, se encuentra desempleado, aguantando hambre física, no cuenta con estudios profesionales; no ha podido lograr su auto sostenimiento, indicó además que actualmente se encuentra en una situación difícil, pues los ingresos que percibe son insuficientes escasos para cubrir las necesidades básicas necesaria como alimentación, arrendo, vestuario, entre otras carencias, y en estos momentos está viviendo en condiciones indignas por no tener apoyo del estado ni de la uariv, en condición manifiesta de alto grado de vulnerabilidad, pobreza extrema, miseria, debilidad, marginalidad, indefensión, Cada día tieneo peores condiciones de vida, que causa, no poder superar y sufragar las necesidades básicas de su persona, todo esto generado por los grupos al margen de la ley.

Refiere el accionante que, se le hizo entrega y notificación de la resolución 04102019-173815 del 26 de diciembre de 2019: artículo 1: reconocer el derecho a la medida de indemnización administrativa por el hecho victimizante de desplazamiento forzado, artículo 2: aplicar el método técnico de priorización, con el fin de determinar el orden de asignación de turno para el desembolso de la medida de indemnización administrativa, de manera proporcional a los recursos apropiados en la respectiva vigencia fiscal, de conformidad con las razones señaladas en el presente acto administrativo, a la(s) siguiente(s) persona(s): como (a)s destinatario(a)s o beneficiario(a)s: a mi persona JOSE LUCIANO MINA CORDOBA, mayor de edad, identificado con la cedula de ciudadanía N° 10.553.095 de puerto tejada cuca.

Manifestó el accionante que, el día 22-4-23; envió derecho de petición, a la unidad administrativa especial de atención y reparación integral a las víctimas por medio de correo electrónico servicioalciudadano@unidadvictimas.gov.co , mismo que fue contestado por la UARIV , mediante OFICIO 3-3-23, OFICIO 2-5-23, con la cual indicó no estar de acuerdo, manifestando que la misma no es de fondo, clara, en tanto no se le ha informado EL TURNO, FECHA, PROBABLE O EL PERÍODO QUE DISPONE, O EN

SUS DEFECTO EL PLAZO APROXIMADO Y EL ORDEN EN EL QUE ACCEDERA A ESTOS RECURSOS para la entrega de la indemnización administrativa por el hecho victimizante del desplazamiento forzado, lo que resulta inaceptable, en tanto se posterga indefinidamente la entrega de la subvención, máxime cuando se trata de una persona vulnerable, en razón de su condición de desplazada.

Alude el accionante que, la UARIV emitió la RESOLUCIÓN 04102019-173815 DEL 26 DE DICIEMBRE DE 2019, por la cual se le reconoce el derecho a la indemnización administrativa por el hecho victimizante del desplazamiento forzado; así mismo dispuso la aplicación del método Técnico de Priorización a efectos de ASIGNAR EL TURNO para el desembolso de los rubros, en atención a los recursos propios de la vigencia fiscal, teniendo en cuenta que no cumpla con ninguno de los criterios de priorización.

Por ultimo indicó el accionante que, junto con su familia se encuentran incluido en el RUV como víctima del conflicto armado por el hecho victimizante de DESPLAZAMIENTO FORZADO, que, por este suceso, mediante la resolución no 04102019-32583 del 6 de julio de 2020, se le reconoció la indemnización administrativa, el camino a seguir es su desembolso DENTRO DE UN PLAZO APROXIMADO RAZONABLE, PROBABLE, máxime cuando han transcurrido más de dos (2) años. sin recibir la medida”.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Una vez admitida la acción de tutela el pasado 5 de junio del corriente año, se efectuó la notificación a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Por su parte la UARIV, señaló que para el caso del señor José Luciano Mina Córdoba, si bien radicó un derecho de petición, el mismo fue resuelto por medio de comunicación lex 7440152 del 7 de junio de 2023 y remitida a la dirección de correo electrónico establecida por el incidentante para las notificaciones judiciales.

Añadió que, respecto a la indemnización, por medio de la resolución N 04102019-173815 del 26 de diciembre de 2019, reconoció el derecho a la medida de indemnización administrativa por el hecho victimizante de desplazamiento forzado en favor del actor.

Además, que, para la entrega de la reparación administrativa, se aplicará el método técnico de priorización, así que por medio del radicado de salida N° 2022-1043365-1 de 18 de diciembre de 2022, le informó al actor el resultado del método técnico del año 2022, del cual no resultó priorizado.

En cuanto a la solicitud de visita a su vivienda, relató textualmente lo siguiente: *“Es importante informar al despacho que el procedimiento realizado también tiene en cuenta condiciones de especial protección constitucional, de los integrantes del hogar, como: género, personas con discapacidad, personas mayores, menores de 18 años, entre otras; igualmente que, bajo una intervención integral liderada por el estado”.*

Conforme a lo anterior, manifiesta que no es posible materializar la referida solicitud ya que ello conllevaría vulnerar el principio de igualdad de las demás víctimas, surgiendo para la unidad la imposibilidad de brindar una fecha cierta para el pago de la indemnización administrativa, toda vez que debe surtirse el procedimiento establecido en la resolución 1049 de 2019 y del debido proceso administrativo.

De modo que la parte accionante puede aportar los documentos con los que acredite algún criterio de priorización en cualquier tiempo, para que la entidad proceda con el respectivo análisis en pleno goce del derecho a la igualdad con otras víctimas del conflicto armado.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, luego el Juez *a-quo* analizó el caso en concreto.

Asegura que la Unidad Para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, mediante comunicación lex 7360907 de fecha 2 de mayo de 2023 y código lex 7440152 del 7 de junio de 2023 brindó respuesta a la solicitud del accionante, la misma fue remitida a la dirección de correo electrónico que aportó para las notificaciones en el escrito de tutela minaluciano57@gmail.com.

Considerando que el derecho de petición objeto del presente trámite fue resuelto de manera clara, completa y de fondo, cumpliendo con la protección del núcleo esencial del derecho de petición.

Por otra parte, consideró improcedente para la unidad, proporcionar al accionante una fecha exacta para el pago de la medida indemnizatoria, pues no advierte que se encuentre en un riesgo inminente que requiera la protección del juez constitucional.

Respecto a la solicitud de realizar visita domiciliaria, el despacho no accedió a la misma, por cuanto la UARIV, mediante radicado N 2022-1043365-1 de 18 de diciembre de 2022 informó al señor Mina Córdoba, el resultado del método técnico de priorización aplicado para el año 2022. Por lo que no encontró vulneración al debido proceso.

En consecuencia, declaró la improcedencia por presentarse la figura de carencia actual de objeto por hecho superado, dado que la unidad brindó una respuesta de fondo, clara y congruente al derecho de petición objeto del presente trámite, y declaró la improcedencia de la acción de tutela en cuanto a la solicitud de visita, priorización y proporcionar una fecha exacta para el pago de la medida indemnizatoria.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, el demandante, impugnó la misma, pues señala que continua la vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso, cuestiona que el juez de instancia omitió realizar un análisis profundo de las pruebas documentales aportadas, que en el fallo de tutela no se estudiaron todos los puntos que son objeto de impugnación. En ese sentido, solicita revocar el fallo de tutela de primera instancia, reiterando los hechos y pretensiones de tutela y en su lugar se ordene a la UARIV se realice la visita domiciliaria y así se le asigne un turno con fecha exacta para el desembolso de la indemnización administrativa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicita el señor José Luciano Mina Córdoba la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por parte de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si en este caso efectivamente se vulneran derechos fundamentales invocados por el señor José Luciano Mina Córdoba, por parte de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a la Víctimas, o conforme a la decisión de primera instancia, la unidad había resuelto de fondo la solicitud presentada por el actor y su reclamo constitucional resulta improcedente.

2. Del derecho de petición y del caso en concreto

La garantía fundamental reconocida por el artículo 23 de la Carta Política, consiste no sólo en la posibilidad que tiene toda persona de presentar ante las

autoridades peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular, sino el derecho a obtener una respuesta pronta y de fondo sobre lo pedido, como que el administrado no puede quedar en la indeterminación y tiene derecho a que le sean resueltos sus planteamientos sin vaguedad alguna. La jurisprudencia constitucional en forma pacífica ha venido señalando las precisas situaciones en las que se presenta vulneración al derecho de petición: (i) cuando la respuesta es tardía, esto es, no se da dentro de los términos legales; (ii) *cuando se muestra* aparente, o lo que es lo mismo, no resuelve de fondo ni de manera precisa lo pedido; (iii) su contenido no se pone en conocimiento del interesado, y (iv) no se remite el escrito ante la autoridad competente, pues la falta de competencia de la entidad ante quien se hace la solicitud no la exonera del deber de dar traslado de ella a quien sí tiene el deber jurídico de responder. Es así como la Corte Constitucional ha sostenido que las respuestas simplemente evasivas o de incompetencia desconocen el núcleo esencial del derecho de petición¹.

En el caso bajo estudio el señor José Luciano Mina Córdoba elevó solicitud desde el pasado 22 de abril de 2023 ante la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, pretendiendo que, en su caso, se efectúe una visita domiciliaria para así establecer sus condiciones socioeconómicas y de manera priorizada se le asigne un turno para el desembolso de la indemnización administrativa. No obstante, a la fecha de interponer la presente acción constitucional no había recibido respuesta de fondo.

Fue así entonces como la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, en réplica a lo peticionado por el demandante, manifestó que expidió la comunicación código lex 7440152 del 7 de junio de 2023, por medio de la cual brindó respuesta al derecho de petición que demanda el actor, informándole que no es procedente efectuar la visita, por cuanto como ya se indicó en su caso en particular ya se aplicó el método técnico para el año 2022 y del cual el resultado no fue favorable. Por lo que,

¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-219 y T-476 del 22 de febrero y 7 de mayo de 2001, respectivamente.

ante la realización de dicha visita, se vulneraría el principio de igualdad de las demás víctimas del conflicto.

Así mismo, que los montos y orden de entrega de la medida de indemnización administrativa dependen de las condiciones particulares de cada víctima, del análisis del caso en concreto y de la disponibilidad presupuestal anual con la que cuenta la entidad, por lo que no puede suministrar una fecha para la entrega del resarcimiento.

Tal como lo ha puesto en evidencia la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, asegurando haber realizado la notificación de la respuesta al peticionario en debida forma, esto es, remitiendo la respuesta al correo electrónico minaluciano57@gmail.com, con constancia de entrega. Además, como bien lo señala el actor en el escrito de impugnación al afirmar que, si bien recibió respuesta, considera que la misma no fue de fondo.

En este punto se hace necesario resaltar que indiferente es si la respuesta es favorable o no a los intereses del peticionario, pues es competencia de la UARIV evaluar cada caso concreto, por ende, resultaría erróneo entorpecer el trámite interno de la unidad con una orden en tal sentido, máxime si no se avizora latente vulneración a derechos fundamentales.

Se concluye entonces, una vez auscultado los elementos de prueba, se vislumbra que la respuesta al derecho de petición objeto del presente trámite constitucional, fue contestado en debida forma y enviado a la dirección de correo electrónico establecida por el demandante para las notificaciones judiciales en el escrito tutelar. Lo que desvanece vulneración al derecho de petición que demanda.

Por ende, dar una orden contraria a lo determinado por la UARIV, sería invadir competencias que no le corresponden al Juez Constitucional, recuérdese que este es un mecanismo de protección de derechos constitucionales

fundamentales de orden subsidiario y residual, no apto para entrar a valorar situaciones que deben ser analizadas por la entidad competente, quien tiene el deber de hacerlo.

En consecuencia, nos encontramos ante un hecho superado, pues considera la Sala que, en el presente caso, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, resolvió de forma clara, precisa, congruente la solicitud extendida por el accionante, efectuándose una eficaz comunicación a través de correo electrónico.

Frente a este tema la Corte Constitucional en sentencia T-017 del 23 de enero del 2020, señaló:

“E. Carencia actual de objeto - Modalidades. Reiteración de jurisprudencia⁽⁷⁸⁾.”

“113. Durante el trámite de la acción de tutela, hasta antes de que se profiera sentencia, pueden presentarse tres situaciones: (i) que los hechos que dieron origen a la acción persistan, y el asunto amerite emitir un pronunciamiento de fondo, porque se encuentran satisfechos los requisitos generales de procedencia, y 1. puede evidenciarse la configuración vulneración alegada, caso en el cual es procedente amparar los derechos invocados, o 2. no pudo comprobarse la afectación de un derecho fundamental, y debe entonces negarse la protección deprecada; (ii) que persistan los hechos que dieron origen al amparo, pero el caso no cumpla los requisitos generales de procedencia, caso en el cual debe declararse improcedente la acción de tutela; y (iii) que ocurra una variación sustancial en los hechos, de tal forma que desaparezca el objeto jurídico del litigio, porque fueron satisfechas las pretensiones, ocurrió el daño que se pretendía evitar o se perdió el interés en su prosperidad. Estos escenarios, han sido conocidos en la jurisprudencia como el hecho superado, daño consumado y situación sobreviniente, y son las modalidades en las que puede darse la carencia actual de objeto.”

“114. Al respecto, este tribunal ha reconocido, que antes de emitir un pronunciamiento de fondo en el marco de un proceso de tutela, pueden presentarse ciertas circunstancias que, por encajar en alguna de las hipótesis antes mencionadas, hacen desaparecer el objeto jurídico de la acción, de tal forma que cualquier orden que pudiera emitirse al respecto “caería en el vacío” o “no tendría efecto alguno”⁽⁷⁹⁾.”

“115. La primera modalidad, conocida como el hecho superado, se encuentra regulada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991⁽⁸⁰⁾, y consiste en que, entre la interposición de la acción de tutela, y el momento en que el juez va a proferir el fallo, se satisfacen íntegramente las pretensiones planteadas, por hechos atribuibles a la entidad accionada. De esta forma, pronunciarse sobre lo solicitado carecería de sentido, por cuanto no podría ordenarse a la entidad accionada a hacer lo que ya hizo, o abstenerse de realizar la conducta que ya cesó. En este caso, el juez no debe emitir un pronunciamiento de fondo, ni realizar un análisis sobre la vulneración de los derechos, pero ello no obsta para que, de considerarlo necesario,

pueda realizar un llamado de atención a la parte concernida, por la falta de conformidad constitucional de su conducta, conminarla a su no repetición o condenar su ocurrencia⁽⁸¹⁾.”

“116. De esta manera, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, deben acreditarse tres requisitos, a saber: (i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó, por un hecho imputable a ésta. Así, esta Corte ha procedido a declarar el hecho superado, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas han reconocido las prestaciones solicitadas⁽⁸²⁾, el suministro de los servicios en salud requeridos⁽⁸³⁾, o dado trámite a las solicitudes formuladas⁽⁸⁴⁾, antes de que el juez constitucional emitiera una orden en uno u otro sentido.”

Así mismo, respecto a la pretensión de visita, priorización y asignación del turno para la entrega de la indemnización administrativa, esta Sala se encuentra conforme con lo decidido en el fallo de primera instancia, al negarse dado que no se avizora vulneración de derechos fundamentales que requieran intervención del juez constitucional. Además, de ser competencia de la UARIV evaluar cada caso concreto y la aplicación del procedimiento administrativo.

De lo anterior, la Sala encuentra improcedente la acción impetrada, con lo que necesariamente deberá proceder a **CONFIRMAR** la providencia objeto de impugnación.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela del pasado 8 de junio del año 2023, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor José Luciano Mina Córdoba, en contra de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará por parte la secretaria de esta Sala, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

Nancy Avila De Miranda

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

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

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

Código de verificación: **48a9739efbabc2a337a93a0e51ccc89a6bc3b1c88c4bb38f4967c1d532d2a7bd**

Documento generado en 27/07/2023 05:46:21 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinticinco (25) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 153

PROCESO: 05 101 60 00330 2021 00277 (2022 1118)
DELITO: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO
ACUSADO: EDWIN ALBERTO HIGUITA JIMÉNEZ
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado, en contra de la sentencia proferida el 18 de julio de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ al señor EDWIN ALBERTO HIGUITA JIMÉNEZ por hallarlo responsable del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.

En la misma providencia se absolvió por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el día 03 de diciembre de 2021, siendo aproximadamente las 15:30 horas, agentes de policía en asocio de personal del GOES realizaban labores de patrullaje en el Corregimiento Peñalisa, municipio de Salgar, cuando fueron informados de que un sujeto de tez trigueña, con camiseta color negro y sudadera camuflada, color gris, se encontraba al lado del expendio

de gas, vendiendo sustancias estupefacientes. De inmediato se dirigieron al lugar donde observaron una persona con las características dadas, quien al notar su presencia arrojó una bolsa grande, se le solicitó un registro voluntario y se halló en la pretina de la sudadera un arma de fuego tipo pistola calibre 9x19mm, con un proveedor y diez cartuchos; se verificó el contenido de la bolsa que había arrojado y allí se encontraron cuatrocientas noventa (490) bolsas plásticas de sello hermético, contentivas de sustancia vegetal color verde (peso neto de 1930 gramos, positivo para marihuana), razón por la que se procedió con la captura de quien se identificó como EDWIN ALBERTO HIGUITA JIMÉNEZ.

Por estos hechos, el 4 de diciembre de 2021, ante el Juez Primero Promiscuo Municipal de Ciudad Bolívar (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

El proceso pasó al Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar (Antioquia) en donde el 17 de marzo de 2022 la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 4 de mayo de 2022 y el juicio oral se desarrolló los días 30 de junio y 8 de julio de 2022. La sentencia fue leída el 18 de julio de 2022.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo manifestó que la materialidad de los dos delitos se encuentra acreditada a través de estipulación probatoria, al darse por cierto y probado la incautación del arma tipo pistola 9x19mm, elemento apto para producir el fenómeno de disparo, e igualmente la munición y un proveedor en buen estado de funcionamiento, aptos para ser empleados en dicha arma; respecto de la sustancia vegetal

decomisada, arrojó en su análisis un peso neto de 1930 gramos de cannabis o marihuana, lo que objetivamente ubica el comportamiento desplegado por el señor EDWIN ALBERTO HIGUITA JIMÉNEZ en los cánones legales por los que se le acusó, aparte que se estableció que el citado no posee permiso para portar estos artefactos con los que se puede poner en peligro la seguridad y salubridad pública.

Señaló que es indubitable lo que afirmaron los agentes captores, luego de recibir información de una fuente no formal, en el corregimiento Peñalisa de Salgar Antioquia, sitio donde realizaban labores propias de su cargo, se dirigieron a un sitio junto a la empresa de gas y allí capturaron en flagrancia al hoy acusado, portando arma de fuego tipo pistola 9x19mm, un proveedor y municiones de similar calibre. Y conforme a los hechos, se tiene por verídico que el implicado EDWIN ALBERTO HIGUITA JIMÉNEZ, no posee permiso para portar armas o municiones, y se reputó legal el decomiso de la pistola, marca STOEGER COUGAR, modelo 8000, un proveedor y diez cartuchos calibre 9x19 mm, que como se dejó plasmado en párrafos anteriores fue objeto de estipulación, de ahí que la materialidad del delito está demostrada; de otro lado, se desprende y ubica su comportamiento en el canon 365 del Código Penal, al informar los uniformados que a la requisita le hallaron dichos artefactos dentro de la pretina de la sudadera que llevaba puesta el día del procedimiento.

También explicó que las dudas que advirtió el defensor o supuestas irregularidades en el actuar del personal del GOES, al señalar que quizás este caso se trata de un falso positivo, es una conjetura sin piso o soporte probatorio, puesto que la versión que suministró el testigo NILSON DARÍO OSSA ARIAS, se encuentra bastante forzada y sin credibilidad, de entrada se ofreció con ese ánimo de favorecer a su amigo de infancia, pero no logró su propósito, porque es impensable

creer que los agentes captores ingresaran a una vivienda, que como lo dice el declarante “supuestamente estaba sola”, hacerlo en asocio de un sujeto para él desconocido, pero a la vez dijo que era vendedor de droga y asegurar que de aquella casa -la del padre del acusado- desenterraron del patio una bolsa con droga, la que vio que llevaban los del GOES. Indicó igualmente que en esos sectores “llegan y guardan en los patios de las casas droga” y no se puede decir nada, argumento bastante débil, porque él no estuvo presente en el momento del procedimiento, pues estaba en la casa de su mamá almorzando a una distancia de unos 150 a 200 metros, o acaso, ¿desde dónde estaba podía observar lo que sucedía el interior de vivienda del papá de EDWIN? Es ilógico su postulado.

Es inverosímil a todas luces lo que afirmó el testigo NILSON, en cuanto a que el sujeto que acompañaba al personal del GOES era desconocido para él y si así lo era, cómo es que luego aduce que era un vendedor de droga. No se puede asegurar algo, que no se sabe a ciencia cierta, mucho menos suponer que se hallaron estupefacientes en el patio de una vivienda, cuando no presencié lo que pasó, si es que en verdad los agentes captores traspasaron las puertas de una vivienda.

La información que suministró el testigo de la defensa se basó en supuestos de hechos, porque no observó directamente cuando se produjo la captura de EDWIN ALBERTO, todo su relato estuvo prevalido de frases como “tengo entendido qué”, “se dice que”, “lo entraron y sentaron en una cama e interrogaron, pero no sabe que más pasó”; aseguró que en el procedimiento participaron entre 5 o 6 integrantes del GOES, cuando éstos comentaron que sólo intervinieron los dos que acudieron a juicio, porque el personal de la policía que los acompañaba ese día no participó en el operativo.

Se habló de una fuente anónima, pero según el señor NILSON, aquel sujeto desconocido iba señalando las casas donde vendían droga, cómo hizo para conocer y saber lo que hacían, si no estaba con ellos, de ahí que sus dichos carecen de fuerza suficiente para restar confiabilidad a lo expuesto por los primeros respondientes.

Es que no tiene lógica, ni sentido que el personal del GOES llegara a dicha zona del corregimiento Peñalisa, de la que se dice es bastante peligrosa y conflictiva, exponiendo a un delator, que por lo general no suministra sus datos por temor a represalias de los grupos armados y mucho menos lo iban a colocar como chivo expiatorio, a sabiendas de las funestas consecuencias que ello le acarrearía.

Ahora, en cuanto al otro punible, adujo que pese a que se reconoce que se incautó 1930 gramos de marihuana debidamente dosificada (generalmente cuando se adquiere este tipo de sustancias tiene esa presentación), lo trascendente es determinar, si la fiscalía pudo demostrar su hipótesis: el acusado portaba o llevaba consigo la sustancia “con fines de venta”. Esa finalidad específica no se acreditó por el ente acusador, puesto que la cantidad de alcaloide incautado por sí solo no permite tener por cierto, que se tenía para la distribución.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor defensor del procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1.1. De lo estipulado no se deriva ni materialidad del delito, ni menos responsabilidad penal, esto, por cuanto es diferente estipular el arma, es decir, esa idoneidad del artefacto, que funcione, que sirva para lo que fue creada, y otra muy diferente indicar que con esa estipulación se legalizó o se probó la incautación, esto sería improcedente, y más cuando en el debate probatorio lo que se discutía era si HIGUITA JIMENEZ sí portaba esa arma, y si efectivamente los policiales tenían razón o no.

1.2. El señor NILSON DARIO OSSA afirma que a “bimbo” lo sacaron de la casa esposado, no llegando a la casa, es decir, no puede entenderse ni acomodarse la declaración de este testigo al relato de los policiales, lo que quiere decir, que no hay certeza de lo que sucedió.

1.3. La Juez de primera instancia indica que “los uniformados que a la requisita le hallaron dichos artefactos dentro de la pretina de la sudadera que llevaba puesta el día del procedimiento.” Pero no tiene en cuenta entonces, lo manifestado por el testigo de descargos, quien aseveró que EDWIN HIGUITA vestía pantaloneta, y camiseta al hombro, dándose entonces una disparidad en las declaraciones, por lo que no podía haberse desprendido responsabilidad alguna, de tal suerte ¿por qué si dar crédito a los policiales y no al testigo que evidencio lo sucedido?

1.4. Se debe tener en cuenta al momento de valorar la prueba, también esas situaciones externas a la mera declaración, esto es, tener en cuenta la situación de orden público, identificar los lugares más álgidos y la forma en que como los ciudadanos se desenvuelven en estas comunidades para no verse afectados con el actuar de los grupos delincuenciales, entonces, saber qué hace una persona o a

que se dedica, es diferente a decir que lo conoce. El corregimiento de Peñalisa al ser un caserío, compuesto de callejones, la gente identifica el que hacer de cada quien, pero no logra identificar con exactitud quien es la persona, y más al ser un sector golpeado por grupos delincuenciales, de tal manera, que llega gente diferente a los vecinos del sector, a dedicarse al negocio del microtráfico, pero que en realidad la comunidad, no los conoce, pero si saben a qué se dedican. Lo anterior es una situación que de por si se vuelve riesgosa para la misma comunidad al verse implicados en estos casos judiciales, bien sea como vinculados, testigos o informantes.

Solicita la absolución de su defendido al no desvirtuarse la presunción de inocencia.

2. La señora Fiscal 09 Seccional de Ciudad Bolívar, como sujeto no recurrente, solicita se confirme la sentencia impugnada.

Afirma que fue demostrado, más allá de toda duda, la responsabilidad del procesado en el hecho investigado, es decir como autor del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, al haber sido hallada en su poder, arma de fuego, proveedor y municiones, aptos para su funcionamiento, sin contar con permiso de autoridad competente para el porte o tenencia.

Y si bien no presentó recurso de apelación¹, solicita se revoque la absolución previo análisis minucioso respecto de las circunstancias en que fue capturado Edwin Alberto Higueta Jiménez luego de haber sido hallada en su poder gran cantidad de sustancia estupefaciente, dosificada, en este caso arrojó positivo para cannabis y sus derivados con un peso neto de mil novecientos treinta (1.930) gramos, que de

¹ Ver minuto 7:05 del registro de la audiencia de lectura de fallo celebrada el 18 de julio de 2022.

acuerdo con múltiples sentencias de la Corte la cantidad de sustancia estupefaciente no es un factor determinante, sí es muy importante a tener en cuenta, máxime en este caso que se trata de casi dos (2) kilos de la sustancia ilícita, repartida en cuatrocientas noventa (490) dosis, además de las condiciones que rodearon el procedimiento de captura.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se limita a determinar si la Fiscalía demostró o no la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado, con respecto al delito de Porte Ilegal de Arma de Fuego.

La Sala no se pronunciará con respecto a la solicitud de la señora Fiscal en razón a la conducta punible de tráfico de estupefacientes, toda vez que no se interpuso el recurso de apelación para impugnar la sentencia absolutoria emitida.

Para el A quo, las estipulaciones y los testimonios de los agentes de la policía José David Cardona Vélez y César Andrés Jaramillo Tejada, son suficientes para sustentar la sentencia condenatoria, sobre todo, porque el testigo de la defensa no merece credibilidad. En cambio, el togado de la defensa sostiene que no se valoró correctamente el testimonio del señor Nilson Darío Ossa Arias, quien narró hechos diferentes a los expresados por los funcionarios de la policía, lo cual permite concluir que no se conoce como sucedieron los hechos y no pudo derruirse la presunción de inocencia de su representado.

Para decidir, la Sala escuchó atentamente los registros de lo ocurrido en el juicio oral y pudo constatar que efectivamente existe prueba clara

y contundente sobre la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado, por lo cual la sentencia de primera instancia será confirmada.

Los agentes de la policía José David Cardona Vélez y César Andrés Jaramillo Tejada, en forma clara, precisa, coherente, uniforme y circunstanciada contaron la forma en que encontraron en poder del señor Edwin Alberto Higueta Jiménez el arma de fuego tipo pistola. No se discute que era apta para producir disparos y que el procesado carecía de permiso para su porte o tenencia.

Los uniformados en forma detallada señalaron por qué estaban en el lugar en procedimientos de control y también la razón por la que se dirigieron a un sitio determinado a buscar a una persona que según un informante tenía sustancia estupefaciente para la venta. Igualmente, expresaron la forma como encontraron al hoy procesado, sus características, su vestimenta y la forma como le encontraron el arma de fuego en su poder. Señalaron que lo acompañaron hasta su residencia que se encontraba cerca para llevar elementos personales.

No existe ninguna razón para restar credibilidad a sus dichos, ni para pensar que quisieran perjudicar injustificadamente a una persona acusándola de haber cometido un delito.

Ahora, tal como lo expresó el A quo, el testimonio del señor Nilson Darío Ossa Arias no logra desvirtuar la prueba de cargos y por las manifestaciones realizadas durante el interrogatorio es claro que no presencié ningún hecho relevante y que permita minar la credibilidad de los testimonios de los funcionarios de la policía. El propio testigo afirmó que tenía poca memoria y a todo momento afirmaba que “tengo

entendido”, lo cual denota que no tuvo conocimiento personal de todo lo que informó en el juicio.

El testigo afirmó que cuando estaba en la residencia de su mamá vio pasar al señor Edwin Alberto Higueta Jiménez, quien se dirigía hacia la casa del papá, pues vive cerca. Hecho que ocurrió a la hora del almuerzo, más o menos a la una o una y media (debe tenerse en cuenta que la captura ocurrió a las tres de la tarde). Y expresamente cuando le piden precisar lo que él verdaderamente observó, señaló que lo único que observó fue cuando el acusado pasó por la casa de su mamá. Por tanto, sus afirmaciones no pueden entenderse que sean producto de un conocimiento personal. Informa que los funcionarios de la policía capturaron a un joven, quien iba con ellos por los callejones señalando sitios y que los funcionarios entraron a la casa del papá del señor Edwin Alberto, casa que estaba sola y que encontraron algo enterrado en el patio. Igualmente, señala que Edwin fue advertido por unos trabajadores que en esa casa estaban los agentes de la policía y sin embargo él ingresó y fue capturado. Es evidente que estas manifestaciones no fueron sobre hechos percibidos directamente por él o por lo menos, la situación no fue aclarada en el juicio.

Visto lo anterior, la Sala confirmará la sentencia impugnada.

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

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación, el cual debe ser interpuesto dentro de

los cinco días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la ley 1395 de 2010.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(EN PERMISO)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA-SALA PENAL

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **f54b0ed8dfdc6561e4b091d75b4cb03b426a9dff81738dfc4b41c222bdfc64b9**

Documento generado en 25/07/2023 04:01:53 PM

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

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

Medellín, veintiséis (26) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 155

RADICADO : 05 591 60 00343 2022 00070 (2023 1153)
DELITO : ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR Y
ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS
ACUSADO : JOVANI ENRIQUE ESPINOSA VILLADA
PROVIDENCIA : DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado en contra del auto proferido el día 27 junio de 2023, por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia), mediante el cual negó solicitud probatoria.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 25 de marzo de 2022, en horas de la noche, en la parcela ubicada en el sector Alto del Pollo del municipio de Puerto Triunfo, el señor JOVANY ENRIQUE ESPINOSA VILLADA abusó sexualmente de la menor M.B. hija de su pareja sentimental. El mencionado llegó a la casa, hizo ingresar a la menor a su habitación y le introdujo el pene en la boca y en la vagina. Situación similar se había presentado en ocasiones anteriores desde el año 2018 aproximadamente. El señor Jovany ingresaba a la habitación de la menor, se acostaba a su lado, le retiraba la ropa interior y le efectuaba tocamientos en la vagina y los glúteos utilizando sus manos y le daba besos en la zona genital.

Las audiencias preliminares se realizaron el 31 de mayo de 2022 ante el Juez Promiscuo Municipal de Puerto Triunfo (Antioquia) y el proceso pasó al Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia) en donde el 5 de mayo de 2022 la Fiscalía formuló la acusación.

LA CONTROVERSIA

Para lo que interesa a efectos de resolver la alzada, en transcurso de la audiencia preparatoria celebrada el 27 de junio de 2023, la defensa del procesado solicitó entre otros el testimonio de la señora YERALDIN ESPINOSA CASTELBLANCO.

A efectos de sustentar la pertinencia de la prueba, manifestó que la testigo era familiar cercana del procesado, es una sobrina, y que ella manifestará, para la época de la presunta comisión de los hechos, dónde vivía, en compañía de quién, si conoce o no conoce a la presunta menor abusada, si conoce o no conoce a la madre de la presunta menor abusada y en razón de qué, si conoce o no conoce otro núcleo familiar y descendiente de la madre de la presunta menor abusada. Determinará quiénes son, donde viven, a razón de qué los conoce. Manifestará al estrado si ha escuchado de alguna de esas personas situaciones puntuales en lo atinente a la investigación que se da en contra del ciudadano Jovani Enrique Espinosa.

En igual sentido, manifestará si vivió en ese lugar o en otro diferente en compañía del señor Jovany Enrique Espinosa como tío de ella, por qué razón vivió con él, durante qué periodo de tiempo convivió con él, y efectivamente determinará si el señor Jovani Espinosa antes había sido denunciado por esta clase de hechos o similares.

Sostiene que la prueba es totalmente pertinente, porque se concatenan dichos testimonios. Es una prueba útil, no es dilatoria, es conducente porque tiene aptitud legal y hará mucho más probable la teoría del caso de la defensa.

El A quo decidió inadmitir el testimonio mencionado, toda vez que no observó pertinencia del mismo al no guardar relación con los hechos jurídicamente relevantes. Señaló que no hay ningún elemento que muestre alguna orientación dirigida a defender alguna teoría del caso.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor Defensor del Procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Afirma que, si bien estos delitos se presentan normalmente en un escenario de familiaridad, hay una familia más íntima y hay una extensa. Si se tiene que observar lo circunstancial, trayendo a colación dos testimonios pedidos por la Fiscalía, es complejo decir que a este testigo le consta esto, por esto y por esto. Y no sería el caso de la señora Yeraldín. No se está diciendo que a ella le consta esos hechos de propia mano; sin embargo, su testimonio sí sirve de forma circunstancial, tal cual lo establece el artículo 375, pues hará mucho más probable la teoría de la defensa, que por obvias razones aún no se ha escuchado.

Asegura que el dicho de esta testigo va centrado a determinar cuál fue esa génesis por la cual hubo esta denuncia, ya que a ella le consta unos hechos particulares. Si bien es cierto ella no puede determinar si fue o no Jovani Espinosa quien aparentemente abusó a la menor, a

ella sí le consta unas circunstancias ajenas a esos hechos jurídicamente relevantes, los cuales en una globalización hará mucho más verificable la posición defensiva. Sin esa prueba se dejaría coja la teoría del caso de la defensa, se quedaría huérfana en una parte muy importante y fundante ese desarrollo técnico y material defensivo.

Acepta que, si bien no dijo en forma concreta lo que se quiere establecer, lo cierto es que sí hubo un motivo aparente para que el señor Jovani Espinosa fuera denunciado, de la misma prueba de la fiscalía se establece la génesis de la denuncia. Está claro y verificado que hay otra persona que fue el señor Dumar, denunciada en el mismo sentido, pero con esta prueba se va a dilucidar quién era la esposa del señor Dumar y se va a dilucidar si había un motivo aparente para que denunciaran al señor Jovani Espinosa. En su momento procesal cuando esos documentos estén ingresados se establece que la misma denunciante manifestó que su hija Jacqueline le dijo: denuncie a Jovani por x o y motivo y esto efectivamente le consta a la señora Yeraldin.

2. La señora Fiscal, como sujeto no recurrente, solicita confirmar la decisión.

Explica que el recurrente no dijo en forma concreta la pertinencia y los recursos no habilitan una nueva oportunidad para argumentar. Ahora adiciona una argumentación frente a la pertinencia como es indicar la génesis de la denuncia, pero no lo dejó de presente en el momento inicial. No se puede habilitar una nueva oportunidad para suplir una falencia al momento de argumentar la pertinencia. No se explicó de manera efectiva, debemos saber cuál es la teoría para entender el direccionamiento de cada uno de sus testigos. No dice de qué manera

la testigo puede hacer más probable la teoría del caso de la defensa, pues no sabemos que es lo que esta persona conoce.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado a la Sala en esta oportunidad se limita en determinar si debe o no decretarse como prueba de la defensa el testimonio de la señora YERALDIN ESPINOSA CASTELBLANCO.

Para el A quo, el señor defensor al momento de sustentar la pertinencia de la prueba solicitada no advirtió aspectos que puedan relacionarse con los hechos jurídicamente relevantes. En cambio, el recurrente sostiene que, si bien no expresó claramente lo que se iba a establecer con el testimonio, lo cierto es que existe un motivo para que se presentara la denuncia en contra de su prohijado y de ello conoce la testigo pedida.

Para resolver, es necesario tener en cuenta que el Juez para decretar la práctica de las pruebas, debe observar que reúnan las siguientes exigencias:

- Que ellas se refieran al objeto de los hechos de la acusación, esto es a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta punible y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado, o se refiera a la credibilidad de un testigo o un perito. La prueba también es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados. (Artículos 357 y 375 ídem).

- En cuanto prueba testimonial, que el testigo vaya a declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir (artículo 402 ídem).
- Que no sean repetitivas o inútiles o encaminadas a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba (artículo 359 ídem).
- Que no exista peligro de causar grave perjuicio indebido (artículo 375 ídem).
- Que no genere confusión en lugar de dar claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio (artículo 375 ídem), y
- Que no sea injustamente dilatoria del procedimiento (artículo 375 ídem).

Lo anterior significa que quien solicita se le admita un medio de conocimiento tiene la obligación de señalar con claridad la utilidad de la prueba para su teoría del caso y debe hacer notar que tal medio está dirigido a demostrar alguno de los aspectos arriba mencionados.

Si bien esta exigencia no puede llegar hasta el punto de pedir a la parte interesada en un testimonio, que diga exactamente qué es lo que va a declarar el testigo, es necesario que indique con claridad situaciones que permitan inferir que va a referirse a los hechos o circunstancias relacionados en la acusación y arriba mencionados.

Esa labor en algunas ocasiones es muy compleja, siendo necesario una mayor explicación para revelar la utilidad de la prueba y en otras de fácil entendimiento, por lo que la argumentación en estos eventos, puede ser simple.

En el presente caso, salta a la vista que el señor defensor no cumplió con la carga argumentativa tendiente a hacer ver al A quo sobre la

utilidad y necesidad de la práctica del testimonio de la señora Yeraldin Espinosa Castelblanco, pues sólo mencionó que era familiar del procesado, que vivió con él en alguna oportunidad, que conocía a la víctima y su madre, así como a otro núcleo familiar y dónde vivían, esto es, cosas intrascendentes. Sobre los hechos, expresamente el togado de la defensa afirmó que ella diría lo que había escuchado de otras personas, esto es, información de referencia inadmisibles. Y en cuanto a denuncias por otros hechos, además de no tener relación con lo investigado, tampoco es claro que la testigo pudiera conocerlos.

Así las cosas, es evidente que no puede decretarse como prueba de la defensa el testimonio solicitado, pues al momento de sustentar la pertinencia, el señor defensor no mencionó siquiera qué aspecto de interés para el proceso conoció directamente la testigo.

Y si lo pretendido por el señor defensor era solicitar la prueba para hacer menos probable la ocurrencia del hecho o atacar con él la credibilidad de un testigo, era indispensable que, en su momento oportuno, indicará en forma clara y precisa cuál era la situación que el testigo iba a poner de presente en el juicio y cómo esa información podía servir para ese objetivo. Ni siquiera en la sustentación del recurso de apelación tal situación queda clara, pues simplemente dice que hubo un motivo para presentar la denuncia y nada más, dejando totalmente desprovista de contenido su afirmación.

Conforme con lo anterior, la Sala confirmará el auto apelado.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión

Penal, **CONFIRMAR** el auto de origen, fecha y naturaleza ya mencionados.

Esta providencia se considera notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE¹,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(EN PERMISO)
MARIA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

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

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

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

Código de verificación: **143b4bc9dcecf8a00ac7cc16e98ed8ab215188ce4596cb88876843280e0a7a66**

Documento generado en 26/07/2023 06:50:03 PM

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

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

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

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 158

RADICADO : 05 647 60 00297 2022 00051 (2023 1072)
DELITO : TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES
ACUSADO : JHON ARLEY SEPÚLVEDA MONSALVE
PROVIDENCIA : INTERLOCUTORIO SEGUNDA INSTANCIA

La Sala conoce del presente asunto por recurso de apelación interpuesto por la Defensa del Procesado en contra del auto proferido el 15 de junio de 2023, por el Juzgado Promiscuo del Circuito competencia transitoria en Ituango (Antioquia), mediante el cual improbo preacuerdo presentado por las partes.

ANTECEDENTES

Se dice en la actuación que el 7 de agosto de 2022, a eso de las 22:10 horas, en el municipio de San Andrés de Cuerquia (Antioquia) agentes de la policía capturaron en situación de flagrancia al señor JHON ARLEY SEPÚLVEDA MONSALVE, porque se le encontró en su poder una bolsa plástica que contenía 35 bolsas pequeñas con sustancia que fue identificada como derivada de la cocaína con un peso neto de 22 gramos.

El 8 de agosto de 2022 ante el Juez Promiscuo Municipal de Ituango (Antioquia) se celebraron las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. Se imputó el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES (artículo 376 inciso 2º del Código Penal), verbo rector portar con fines de venta.

El proceso pasó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos (Antioquia) en donde el 19 de enero de 2023, la Fiscalía formuló la acusación.

El 10 de febrero de 2023, en audiencia de formulación de acusación adelantada contra el señor JHON ARLEY SEPÚLVEDA MONSALVE, con código único de investigación 05 686 60 00365 2022 00265 se decretó la conexidad con el presente proceso.

Allí se adelantaba también investigación por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes (artículo 376 inciso 2º del Código Penal) verbo rector: llevar consigo con fines de tráfico. Hechos ocurridos el día 18 de diciembre de 2022, en el corregimiento Valle de Toledo del municipio de Toledo (Antioquia), cuando agentes de la policía capturaron al señor JHON ARLEY SEPÚLVEDA MONSALVE en situación de flagrancia, portando 127 dosis de una sustancia que resultó positiva para derivados de cocaína, peso neto 38.4 gramos, 22 dosis de una sustancia que resultó ser clorhidrato de cocaína, 27.3 gramos, y 45 cigarrillos de una sustancia que resultó positiva para marihuana, peso neto 57.1 gramos.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

En sesión de audiencia del 15 de junio de 2023, cuando se iba a celebrar la audiencia preparatoria, la Fiscalía anunció que llegó a un preacuerdo con el procesado, consistente en que acepta la responsabilidad por los cargos endilgados y a cambio la Fiscalía le ofrece una rebaja de pena equivalente a la tercera parte. Se pactó una sanción de 42.8 meses de prisión y 2 smlmv de multa.

La señora Juez decidió improbar el preacuerdo, porque el momento procesal en que se presentó, esto es, al inicio de la audiencia preparatoria, no comporta la rebaja de pena equivalente a una tercera parte, toda vez que la captura del procesado obró en situación de flagrancia.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor defensor de los procesados, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

En síntesis, sostiene que el preacuerdo sí comporta economía procesal toda vez que se hace sobre dos hechos punibles que fueron reunidos en un mismo proceso debido a la conexidad. Además, no hay prueba que endilgue a su protegido como comercializador de sustancias estupefacientes.

Por otra parte, no está de acuerdo con la posición jurídica por la cual se le impone la limitación de rebaja por la captura en situación de flagrancia, cuando el preacuerdo se realiza bajo los supuestos del artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, esto es, después de presentada la acusación. En su criterio, esa limitación solo opera para la aceptación de cargos manifestada en las audiencias preliminares.

2. El señor Representante del Ministerio Público, como sujeto no recurrente, solicitó se declarara desierto el recurso, porque el señor defensor no atacó los fundamentos de la providencia impugnada sino los argumentos que en su momento expuso el Representante del Ministerio Público.

Por otra parte, pide se confirme la decisión de primera instancia, porque ya es clara la jurisprudencia que sostiene la aplicación de la limitante para la rebaja de pena por la situación de la captura en flagrancia en todas las etapas procesales en que se presente la aceptación de cargos o el preacuerdo.

3. El señor Fiscal no se pronunció sobre el tema.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se contrae en determinar si el preacuerdo presentado entre las partes debe o no aprobarse.

La Sala se pronunciará de fondo porque el recurrente mínimamente expuso su inconformidad con la decisión del A quo.

Analizado el tema de debate, la Sala de una vez dirá que la decisión objeto de impugnación será confirmada por las siguientes razones:

Para los suscritos Magistrados, siempre ha sido claro que tanto la aceptación de cargos como los preacuerdos puestos a conocimiento de la judicatura, deben ser objeto de control judicial, pues la actividad de la Fiscalía no es discrecional y en ningún momento el orden jurídico colombiano permite que el Ente Acusador obre con completa arbitrariedad.

Así, frente a los preacuerdos, puede entenderse fácilmente que, bajo un mínimo de prueba, las partes cedan algo en sus pretensiones y acuerden la aceptación de cargos por un lado y las rebajas de pena u otras alternativas dirigidas a ese mismo fin, por el otro.

Si bien la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en algunos momentos ha expresado que el Juez no puede hacer control material de los preacuerdos, hoy día la situación ha cambiado frente a los nuevos pronunciamientos, tanto de la Honorable Corte Constitucional¹ como de la Honorable Corte Suprema de Justicia².

Estas posiciones jurisprudenciales permiten ratificar la tesis que siempre ha venido pregonando esta Sala en el sentido de señalar que, para efectos de aprobación de los preacuerdos, el Juez debe verificar que la calificación jurídica corresponda razonablemente a los hechos

¹ Sentencia SU 479 DE 2019.

² Dedición del 24 de junio de 2020. Rad. 52227, M.P. Dra Patricia Salazar Cuellar.

jurídicamente relevantes de la acusación y que exista un mínimo de prueba que los soporte.

Eso sí, precisando que no se trata de elementos de conocimiento semejantes a las pruebas que se obtienen en el juicio oral del trámite ordinario, esto es, bajo los principios de inmediación, publicidad, concentración y contradicción. En realidad, los elementos probatorios solo alcanzan a ser evidencias sumarias, porque no han pasado por el proceso de contradicción y de ellos no puede esperarse más que una hipótesis probable de ocurrencia.

Ahora, es deber del juzgador verificar que lo acordado no desborde el principio de legalidad de la pena a imponer, esto es, que los límites punitivos establecidos por el legislador sean estrictamente respetados por las partes al momento de realizar acuerdos, así como los montos de las rebajas autorizadas por el legislador, dependiendo del momento procesal en que se produce el acuerdo.

En el presente caso, es claro que el preacuerdo puesto a consideración de la judicatura otorga una rebaja que desborda la legalidad, teniendo en cuenta la situación de flagrancia en que ocurrió la captura del encartado y el momento procesal en que se produce la decisión de aceptar los cargos. Además, a pesar de tratarse de un concurso de hechos punibles, ninguna mención se hizo en el acuerdo frente a la pena a imponer y se trató como si fuera un solo delito.

Si bien el recurrente se duele porque se aplicó la limitante contenida en el párrafo del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal a un preacuerdo celebrado con posterioridad a la presentación del escrito de acusación, debe recordársele que el tema fue objeto de

decisión de la Honorable Corte Constitucional en sentencia de exequibilidad, por lo cual no existe posibilidad alguna de realizar interpretaciones contrarias.

En efecto, en sentencia C-645/12 la Honorable Corte Constitucional señaló:

La hermenéutica adecuada del párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, en lo que respecta a la limitación de los beneficios punitivos en caso de allanamiento o aceptación de cargos y preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, cuando exista flagrancia resulta aplicable no sólo cuando esa forma de terminación anticipada del proceso tenga lugar en (i) la audiencia de formulación de la imputación (hasta en 1/4 parte del beneficio, que allí es hasta la mitad de la pena individualizada, es decir, entre un día y el 12,5% de la pena a imponer); también en posteriores actuaciones como durante (ii) la audiencia de formulación de acusación (hasta en 1/4 parte del beneficio a otorgar que es hasta 1/3, esto es, entre un día y el 8.33% de la eventual pena) y (iii) en el juicio oral (1/4 parte de la 1/6 que allí se otorga, es decir, 4.16% de la pena respectiva).

(...)

La Corte Constitucional entonces declarará exequible el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, mediante el cual fue modificado el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la disminución del beneficio punitivo en una cuarta (1/4) parte allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos donde se permite la discrecionalidad por parte de los operadores judiciales.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, RESUELVE **CONFIRMAR** la decisión objeto de impugnación.

Esta providencia se considera notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Las diligencias volverán al Despacho de origen para que continúe con el trámite procesal.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(SALVAMENTO DE VOTO)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia
Firma Con Salvamento De Voto

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: **28d82fc8171d7b2440083c7f98f2c2fe592d5e8f401cfc673c09ee455d75d9a3**

Documento generado en 31/07/2023 02:26:42 PM

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

República de Colombia

Rama Judicial

Tribunal Superior



Distrito Judicial de Antioquia

Sala Penal

Salvamento de voto: Magistrada **María Stella Jara Gutiérrez**

Radicación: 05 647 60 00297 2022 00051 (2023 1072)
Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Rosa de Osos
Procesados: JHON ARLEY SEPÚLVEDA MONSALVE
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Magistrados ponentes: Edilberto Antonio Arenas y Nancy Ávila de Miranda

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

Con el mayor respeto con el criterio de la Sala mayoritaria, la suscrita magistrada expone las razones que la llevan a salvar parcialmente el voto respecto de la decisión mayoritaria de la Sala.

El párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 desconoce que el proceso penal diseñado por la Ley 906 de 2004 incumbe una particular faceta nacida de una concepción premial de la justicia, que soportó la finalidad del artículo 14 de la ley 890 de 2004.

Esta faceta premial de la justicia penal no es nueva en el ordenamiento jurídico colombiano, pues ya se habían instituido varios antecedentes normativos en virtud de los cuales quien era procesado penalmente podía acceder a un tratamiento punitivo menos severo, tal como se relaciona en la tabla que se presenta a continuación.

PREMISA NORMATIVA	REBAJA
Ley 2ª de 1984, artículo 34	Al partícipe del hecho punible que primero aporte la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hayan actuado en la realización de uno cualquiera de los comportamientos ilícitos previstos en este capítulo, en caso de ser condenado, se le disminuirá la pena de una tercera parte a la mitad.
Decreto 050 de 1987 art. 301	A quien fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión confesare el hecho, en caso de condena se le reducirá la pena en una tercera parte, si dicha confesión fuere el fundamento de la sentencia.
Decreto 180 de 1988, art. 37	Quien después de haber intervenido como autor o partícipe en la comisión de delitos de competencia

	de la Jurisdicción de orden público, colaborar eficazmente con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad de quienes hubieren intervenido a cualquier título en su ejecución, será eximido de pena al momento de dictar sentencia.
Ley 600 de 2000, art. 40	A partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, el procesado podrá solicitar, por una sola vez, que se dicte sentencia anticipada. (...) El juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de una tercera (1/3) parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad. (...) También se podrá dictar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que quede ejecutoriada la providencia que fija fecha para la celebración de la audiencia pública el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados. En este caso la rebaja será de una octava (1/8) parte de la pena.
Ley 600 de 2000, art- 283	A quien fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión ante el funcionario judicial que conoce de la actuación procesal confesare su autoría o participación en la conducta punible que se investiga, en caso de condena, se le reducirá la pena en una sexta (1/6) parte, si dicha confesión fuere el fundamento de la sentencia.

Hoy por hoy, en vigor el parágrafo del artículo 301 tantas veces citado, en los casos de captura en flagrancia, las rebaja punitiva por allanamiento a cargos o celebración de un preacuerdo están definidas así:

Audiencia de imputación Art. 351 Ley 906 de 2004	Rebaja original ½ (50%)	Rebaja actual 12.5 % (1/4 de la mitad)
Audiencia preparatoria Arts. 352 y 356 N. 5 Ley 906 de 2004	1/3 (33.3%)	8.33% (1/4 de la tercera parte)
Audiencia juicio oral Art. 367 Ley 906 de 2004	1/6 (16.6%)	4.16% (1/4 de la sexta parte)

Como viene de verse, los antecedentes normativos de la justicia penal premial eran más favorables que los previstos en la Ley 906 de 2004 para los casos de captura en flagrancia, teniendo en cuenta el monto de la rebaja que se otorgaba con ocasión a la sentencia anticipada y confesión y donde no se distinguía si se trataba de casos de captura en flagrancia.

De otra parte, con la entrada en vigencia el código de procedimiento penal de 2004, de corte acusatorio y que incluyó la posibilidad que una persona investigada por un delito celebrara

acuerdos con la fiscalía para conseguir rebajas de pena al aceptar su responsabilidad penal antes del proferimiento de la sentencia, se expidió la Ley 890 en el año 2004, mediante la cual: (i) se modificó el artículo 31 del Código Penal para fijar el límite de la pena en caso de concurso de delitos en sesenta (60) años; (ii) se reformó el artículo 37 del mismo código para aumentar el límite de la pena de prisión a cincuenta (50) años; (iii) de manera general, se aumentaron los topes de las penas previstas en la parte especial del código hasta en la mitad, aclarando que en todo caso se deben respetar los límites señalados en la parte general.

El aumento punitivo en una 1/3 a la 1/2 previsto en la norma mencionada se hizo consultando razones de política criminal, como la pretensión de armonizar las normas sustantivas con el nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria que establecía una serie de rebajas de penas propias de la justicia premial, pues el mantenimiento de las penas inicialmente previstas en la Ley 599 de 2000, hubiese llevado a la imposición de condenas excesivamente leves, lo cual sí colocaría en peligro principios para la organización social.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-108 de 2017, sobre el análisis de proporcionalidad en abstracto del incremento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 señaló:

“La configuración prevista en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, estableciendo marcos para el incremento punitivo, cumple con la exigencia derivada del principio de proporcionalidad (en abstracto) de preservar los espacios de maniobra para que el juez pueda aplicar una pena que atienda e incorpore las especificidades que el caso presente en lo atinente al grado de afectación del bien jurídico, como en lo concerniente a los elementos para la estructuración de la responsabilidad (proporcionalidad en concreto), y la actitud procesal asumida por el destinatario de la acción penal.

El argumento central del actor, en el sentido que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia habría señalado que el incremento punitivo examinado carecería de fundamento y desconocería la garantía de proporcionalidad de la pena, quedó plenamente desvirtuado conforme a la reseña efectuada en el fundamento jurídico 6.3. Si bien el alto Tribunal, en análisis de proporcionalidad en concreto, ha desarrollado una importante jurisprudencia encaminada a introducir correctivos frente a aplicaciones irrazonables de la medida legislativa, sus decisiones se presentan en armonía con el criterio de política criminal que orientó la reforma, esto es, la necesidad de articular el derecho material (Ley 599 de 2000) y procesal (Ley 906 de 2004) preexistente al A.L. 03 de 2002, al modelo de juzgamiento previsto en este acto.

La racionalidad que subyace en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, radica en que el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004, está justificado y encuentra su razón de ser en la aplicación de los mecanismos establecidos en el marco del sistema penal acusatorio (colaboración y rebaja de penas), de manera que en aquellos eventos en los que no resulta aplicable este modelo de juzgamiento o los beneficios que de él se derivan, desaparece dicha justificación y por ende su aplicación carecería de fundamento. Este razonamiento resulta perfectamente compatible con lo que aquí se señala en el sentido que el incremento general de penas incorporado en el artículo 14 examinado, no está desprovisto de fundamentación, toda vez que está atado a los criterios de política criminal que inspiraron la reforma constitucional plasmada en el A.L. 03 de 2002, desarrollada en la Ley 906 de 2004.”(Negritas fuera del texto).

De lo anterior deviene que las exiguas disminuciones punitivas que resultan de la aplicación del párrafo del artículo 301 en mención desconocen los beneficios de la justicia premial, de

la que se indicó esos montos de rebajas de pena eran desmedidamente generosas y por esa razón debía incrementarse las sanciones previstas en la parte especial del código penal, con el fin de armonizar el procedimiento penal con las normas sustantivas penales, en tanto las sanciones penales a imponer se volverían excesivamente leves.

De esta manera, como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en relación con el incremento punitivo de que trata el artículo 14 de la ley en comento, cuando no es aplicable este modelo de juzgamiento o los beneficios que de él proceden, desaparece dicha justificación y por ende su aplicación carecería de fundamento.

La inaplicación en los casos de captura en flagrancia de esa disposición cuenta con apoyo, entre otras, en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia por cuyo medio, respecto de la prohibición prevista en el artículo 26 de la ley 1121 de 2006 en los radicados 49255 de 6 de septiembre de 2017 y 47143 de 23 de febrero de 2017, inaplicó esta disposición de 2006 porque desconocía las base de sistema premial que fundamenta la Ley 906 de 2004.

En conclusión, en el caso en particular no es aplicable el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 y por esa razón el preacuerdo debió ser aprobado.

María Stella Jara Gutiérrez
Magistrada

Fecha ut supra

Firmado Por:
Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **2f6555b70bafc905607392063861275c3af63618dc7efd28fc33fcc0d3feab3e**

Documento generado en 31/07/2023 11:04:51 AM

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