RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 183

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
2023-1681-1	Tutela 1º instancia	FABIO ANTONIO GARCIA OQUENDO	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE APARTADO ANTIOQUIA Y OTROS	Concede recurso de apelación	Octubre 19 de 203
2023-1926-1	Tutela 1º instancia	HECTOR FABIO ALVAREZ AGUIRRE	JUZGADO 2° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Concede derechos invocados	Octubre 19 de 203
2023-1733-2	Tutela 2° instancia	MIGUEL ANGEL PELAEZ HENAO	UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN	Modifica fallo de 1° instancia	Octubre 19 de 203
2023-1875-2	auto ley 906	TRAFICO FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	JOSE DANIEL ESTEBAN GRAMAJO SILVA	confirma auto de 1° Instancia	Octubre 19 de 203
2023-0474-2	auto ley 906	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	OSCAR JABIT FRANCO SANZ	Fija fecha de publicidad de providencia	Octubre 19 de 203
2023-1764-3	auto ley 906	TRAFICO FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	GUSTAVO ALONSO ROLDAN ESTRADA	Decreta nulidad	Octubre 19 de 203
2023-1540-3	Incidente de Desacato	RUFINO ANTONIO GOEZ	JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS	Rechaza incidente de desacato	Octubre 19 de 203
2023-1732-3	Tutela 2° instancia	DAVIANA CALENTINA FERNANDEZ SILVA	REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Octubre 19 de 203
2023-1908-3	Consulta a desacato	MARTA CELILIA USUGA ALCARAZ	COLPENSIONES Y OTROS	confirma sanción impuesta	Octubre 19 de 203
2023-1823-3	Tutela 1º instancia	CARLOS MARIO VELEZ DURANDO	JUZGADO 7° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA	niega derechos invocados	Octubre 19 de 203
2023-1838-3	Tutela 1º instancia	CARLOS DAVID MAQUILON SAAVEDRA	JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO DE FRONTINO ANTIOQUIA Y OTROS	Deniega por hecho superado	Octubre 19 de 203
2023-1920-3	Decisión de Plano	PECULADO POR APROPIACION	DEISY BIVIANA GALLEGO GARCIA	Dirime conflicto de competencia	Octubre 19 de 203
2023-1663-3	auto ley 906	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	CARLOS ALBERTO ESTRADA SÁNCHEZ	Revoca auto de 1° instancia	Octubre 19 de 203

2023-1664-3	auto ley 906	CONTRABANDO	LIBARDO PACHECO JUEZ Y OTROS	Se abstiene de resolver recurso de apelación	Octubre 19 de 203
2023-1840-3	Tutela 1º instancia	JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ	JUZGADO 2° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Concede derechos invocados	Octubre 19 de 203
2023-1847-3	Tutela 1º instancia	JUAN RAFAEL RIVAS JARAMILLO	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE APARTADO ANTIOQUIA Y OTROS	Deniega por hecho superado	Octubre 19 de 203
2023-1752-4	Tutela 2° instancia	GUSTAVO LARGO LADINO	JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE ANTIOQUIA	Decreta nulidad	Octubre 19 de 203
2023-1568-4	auto ley 906	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	HEIDER DE JESUS GALLEGO MORALES	Fija fecha de publicidad de providencia	Octubre 19 de 203
2023-1728-4	Tutela 2° instancia	ARGEMIRO AUGUSTO BUSTO ARENILLA	COLPENSIONES Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Octubre 19 de 203
2023-1857-4	Tutela 1º instancia	CARLOS ANDRÉS RESTREPO PIEDRAHITA	JUZGADO 4° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	niega por improcedente	Octubre 19 de 203
2023-0788-4	auto ley 906	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	WILFRAN FF Y OTRO	Fija fecha de publicidad de providencia	Octubre 19 de 203
2023-1032-2	auto ley 906	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO	JUAN CARLOS QUIROZ OSSA Y OTRA	confirma auto de 1° Instancia	Octubre 19 de 203

FIJADO, HOY 20 DE OCTUBRE DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual quien dice ser el accionante interpone recurso de apelación frente al fallo de primera instancia[1].

Se resalta H. Magistrado que el accionante se encuentra privado de la libertad y en aras de realizar notificación personal al mismo, se libró el respectivo exhorto al área jurídica del CPMSAPD (Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Apartadó), siendo efectiva la notificación del accionante el día 27 de septiembre de 2023[2]; ahora bien, es de anotar que para la fecha (28-09-2023), se recibió desde el centro de servicios de los juzgados de E.P.M. de Antioquia escrito de impugnación el cual fue allegado desde el correo electrónico clauidiamachado27@gmail.com[3], siendo un correo totalmente diferente desde el cual se remitió la acción tutelar a la oficina judicial para su reparto el cual fue pd4213463@gmail.com[4] pese a que el accionante como se indicó se encuentra detenido.

Es de anotar que dentro del trámite de notificación hubo de tenerse notificado para el día 27 de septiembre de 2023, conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8° de la ley 2213 de 2022 al accionado Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Apartadó Antioquia, a quien se remitió la respectiva notificación del fallo de tutela a su correo electrónico institucional sin que acusaren recibido del mismo, siendo efectivo su envió el día 25 de septiembre de 2023[5].

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día 28 de septiembre de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 02 de octubre de 2023.

A Despacho hoy, 09 de octubre de 2023.

ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

[1] PDF 18-19
[2] PDF 17
[3] PDF 18
[4] PDF 01
[5] PDF 14

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Radicado: 05 000 22 04 000 2023 00536 00 (NI: 2023-1681-1)
Accionante: Fabio Antonio García Oquendo
Accionados: Juzgado 1° de E.P.M.S. de Apartadó (Antioquia) y otros

Medellín, diez (10) de octubre de dos mil veintitrés

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna por el accionante Fabio Antonio García Oquendo, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
MAGISTRADO

Firmado Por:
Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **616fc59d0fad47962a6572d8dcc5dcba9ae1f376064ce93dbc0a5149a8157f52**

Documento generado en 19/10/2023 04:15:31 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, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 220

PROCESO : **05000-22-04-000-2023-00620** ***(2023-1926- 1)***
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : HÉCTOR FABIO ÁLVAREZ AGUIRRE
ACCIONADO : JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA, Y OTRO
PROVIDENCIA : FALLO TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA.
==========

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el señor HÉCTOR FABIO ÁLVAREZ AGUIRRE, en contra del JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA, por la presunta vulneración al derecho fundamental de petición y debido proceso.

Se vinculó al trámite de manera oficiosa al ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE PUERTO TRIUNFO, ANTIOQUIA.

LA DEMANDA

Manifestó el accionante que el 17 de julio de 2023 presentó derecho de petición solicitando los beneficios de ley a los cuales tiene derecho como son el permiso administrativo de 72 horas, la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria y la libertad condicional, sin que a

la fecha le hayan dado respuesta a la misma.

Solicitó que se le ordene a la entidad accionada que lo antes posible le dé trámite a su derecho de petición y aplicar el debido proceso.

LAS RESPUESTAS

1.- El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, manifestó que el 16 de octubre de 2018, el señor Héctor Fabio Álvarez Aguirre, fue condenado por el Juzgado 01 Penal del Circuito Especializado de Medellín - Antioquia, a purgar la pena principal de 248 meses de prisión y multa de 101 S.M.L.M.V., al ser hallado penalmente responsable de la comisión de los delitos de homicidio agravado, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, hurto calificado y agravado, fraude procesal y falsedad personal y actualmente descuenta la sanción impuesta en la CPMS de esa localidad.

Indicó que el 31 de agosto de los corrientes y en virtud de las solicitudes realizadas por el penado y de la documentación allegada por parte del Establecimiento Penitenciario, ese Despacho mediante autos interlocutorios N° 2086, 2087 y 2088 del 31 de agosto de 2023, concede redención de pena, niega prisión domiciliaria de la que trata el art 38G del C.P y niega permiso administrativo de hasta por 72 horas, no sin antes informarle la situación jurídica al hoy accionante.

Afirmó que las decisiones fueron notificadas de manera personal el 4 de septiembre de 2023.

Señaló que, revisado el expediente de ejecución del señor Álvarez Aguirre, advierte que no obran solicitudes posteriores a las resueltas en los aludidos interlocutorios que se encuentren pendientes de trámite alguno, toda vez que todos sus requerimientos han sido despachados de manera oportuna, clara y de fondo.

Concluyó que esa Judicatura no ha incurrido en acciones u omisiones que afecten los derechos fundamentales del accionante, razón por la cual solicito se desestimen las pretensiones elevada por el actor en su contra.

2.- El Establecimiento Penitenciario de Puerto Triunfo manifestó que la petición va dirigida al Juzgado 01 de Ejecución de Penas y Medida de Seguridad de El Santuario, Antioquia, de tal modo que la presunta vulneración no puede ser atribuida a esa dependencia, por cuanto son las autoridades a quienes son elevadas las solicitudes quienes deben responder, o quienes las reciben por traslado en razón de la competencia.

Solicitó la desvinculación de la presente acción de tutela.

LAS PRUEBAS

El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia el link de la carpeta.

CONSIDERACIONES

Como bien se conoce, la acción de tutela posee un carácter eminentemente subsidiario y excepcional de procedencia, y más aún,

cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias judiciales.

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

Frente a la mora judicial, ya la H. Corte Suprema de Justicia[1], hizo un análisis jurisprudencial respecto del pronunciamiento emitido por el máximo órgano Constitucional, en donde se estableció que:

> Otro tanto ha manifestado la Corte Constitucional sobre el asunto en comento, puesto que, entre otros pronunciamientos, ha precisado que *"respecto de la mora judicial, tal como la ha entendido esta Corte, viola el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia cuando la dilación en el trámite de una actuación es originada no en la complejidad del asunto o en la existencia de problemas estructurales de exceso de carga laboral de los funcionarios, si no en la falta de diligencia y en la omisión sistemática de sus deberes por parte de los mismos. Por lo anterior, la Sala procederá a estudiar cuál ha sido la posición de la Corte al respecto.*
>
> *"6.- En sentencia T-1154 de 2004, la Corte indicó que de los postulados constitucionales se sigue* ***el deber de todas las autoridades públicas de adelantar actuaciones y resolver de manera diligente y oportuna los asuntos sometidos a ella****. En ese sentido, la dilación injustificada y la inobservancia de los términos judiciales pueden conllevar la vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. En este caso, la Sala señaló, que si el ciudadano no cuenta con un medio de defensa eficaz a su alcance, y está frente a la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable, la acción de tutela es procedente para proteger sus derechos fundamentales. Finalizó argumentando que 'De lo anterior se infiere que a fin de que proceda la acción de tutela, es indispensable que determinada dilación o mora judicial sean injustificadas, pues el mero incumplimiento de los términos dentro de un proceso, no constituye per se una violación al debido proceso [Ver sentencia T-604 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz], salvo que el peticionario*

[1] Sala de Casación Civil. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. No Exp. T. No. 11001 02 03 000 2011 01853 -00 del 20 de septiembre de 2011.

se encuentre ante un perjuicio irremediable. Así entonces, la mora judicial sólo se justifica si la autoridad correspondiente, a pesar de actuar con diligencia y celeridad, se encuentra ante situaciones 'imprevisibles e ineludibles', tal como, el exceso de trabajo, que no le permitan cumplir con los términos señalados por la ley. De lo expuesto se concluye que constituye una violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, aquella denegación o inobservancia de los términos procesales que se presenten sin causa que las justifiquen o razón que las fundamenten'.

"De igual manera, en sentencia T-258 de 2004, la Corte señaló que prima facie, dada la subsidiariedad que caracteriza a la acción de tutela, no puede el Juez constitucional inmiscuirse en el trámite de un proceso adoptando decisiones o modificando las ya existentes en el curso del mismo. Lo anterior vulneraría, de conformidad con el fallo, los principios de autonomía e independencia de las funciones consagradas en los artículos 228 y 230 superiores. No obstante lo anterior, indicó la providencia que es procedente la solicitud de amparo cuando la demora en la resolución del caso no tiene justificación, el peticionario no cuenta con otro medio de defensa eficaz y, además, el mismo está ante la inminencia de un perjuicio irremediable. Concluyó entonces la Sala que la acción de tutela no procede automáticamente ante el incumplimiento de los plazos legales por parte de los funcionarios, sino que debe acreditarse también que tal demora es consecuencia directa de la falta de diligencia de la autoridad pública.

"En sentencia T-1226 de 2001, se reiteró que la mora judicial en hipótesis como la excesiva carga de trabajo está justificada y, en consecuencia, no configura denegación del derecho al acceso a la administración de justicia. De conformidad con esta decisión, al analizar la procedibilidad de la acción de tutela por mora judicial, el juez constitucional debe determinar las circunstancias que afectan al funcionario o despacho que tiene a su cargo el trámite del proceso. […]" (Sentencia T-357 de 10 de mayo de 2007, subrayado fuera del texto).

Ahora, es claro que la presente demanda no se está cuestionando la vulneración al derecho fundamental de petición, toda vez que la solicitud realizada por el accionante es de aquellas que se hacen por ser parte dentro de un proceso y en razón del mismo, lo cual implica analizar la vulneración del debido proceso en su manifestación específica del derecho de postulación, tal como lo ha destacado la H. Corte Suprema de Justicia cuando al respecto expresó:

Es preciso señalar, que de cara a las actuaciones regladas, no es la protección del derecho de petición la que debe invocarse, sino, como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades esta Corte, el derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación concreta del derecho de

> ***postulación****, como bien lo destacó el tribunal.*
>
> *Ha definido la jurisprudencia constitucional, que el derecho de petición no puede demandarse para solicitar a un funcionario judicial que haga o deje de hacer algo dentro de su función, pues él está regulado por los principios, términos y normas del proceso. En otras palabras, su gestión está gobernada por el debido proceso, en concreto se trata del derecho de "postulación"*[2]*.*

Para el caso concreto, el accionante se duele de que a la fecha la entidad accionada no haya dado respuesta a su solicitud de permiso de hasta 72 horas, prisión domiciliaria y libertad condicional enviada el 17 de julio de 2023.

El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, informó que el 31 de agosto de 2023 dio trámite a la solicitud presentada por el accionante y la cual fue notificada de manera personal el 04 de septiembre de 2023 evidenciando que ya se había dado respuesta a la petición impetrada por el accionante y que posterior a ella no hay ninguna petición pendiente por resolver, lo que implicaría que se está ante un hecho superado.

Sin embargo, al verificar la información aportada por el accionante y la respuesta emitida por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, se puede evidenciar que si bien la entidad accionada había dado respuesta a la solicitud impetrada por el accionante el pasado 17 de julio de 2023 está no fue de manera completa, ya que en los autos interlocutorios emitidos por el Juzgado Ejecutor se pronunció sobre el permiso administrativo de hasta las 72 horas y sobre la prisión domiciliaria pero no sobre la libertad condicional, misma que también fue

[2] Sala de Casación Penal en sede de tutela, Sentencia T-57796 del 17 de enero de 2012. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

solicitada en la petición del 17 de julio de 2023, quedando pendiente de pronunciamiento.

Con lo indicado se demuestra que existe una vulneración al derecho fundamental de debido proceso que le asiste al petente, toda vez que quedó establecido que efectivamente se ha elevado petición el 17 de julio de 2023 y de la cual analizada la documentación anexa al trámite constitucional, se puede afirmar que si bien el Juzgado Ejecutor dio trámite a dicha petición la misma no fue resuelta de manera completa quedando pendiente pronunciamiento con respecto a la solicitud de libertad condicional.

Por lo anterior, la Sala procederá a tutelar el derecho fundamental de petición que le asiste a la parte actora y en consecuencia de ello ordenará al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, que en el término no superior de cuarenta y ocho (48) horas proceda a dar respuesta al actor de su petición elevada desde el 17 de julio de 2023, con respecto a la libertad condicional.

Es de anotar que la Entidad Accionada deberán informar a este despacho sobre el cumplimiento del presente fallo.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER por ser procedente la tutela del derecho

fundamental del debido proceso que le asiste al señor HÉCTOR FABIO ÁLVAREZ AGUIRRE, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO - ANTIOQUIA que en el término no superior de cuarenta y ocho (48) horas proceda a dar respuesta al actor de su petición elevada desde el 17 de julio de 2023, con respecto a la libertad condicional.

TERCERO: ORDENAR al JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO - ANTIOQUIA informar a este despacho sobre el cumplimiento del presente fallo.

CUARTO: Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. En caso de que no se presente ninguna impugnación, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

(EN PERMISO)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: **8ba912da141609f28e41b2a00978ad7d1c4e32070f1a933b430b617eb620e6ef**
Documento generado en 19/10/2023 04:16:01 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: DRA. NANCY ÁVILA DE MIRANDA

[1]

RADICADO: 05887310400120230008 3
RDO. INTERNO: 2023-1733-2
ACCIONANTE: MIGUEL ÁNGEL PELÁEZ HENAO
ACCIONADO: UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN –UNP
DECISIÓN: Se modifica decisión de primera instancia

Medellín, dieciocho (18) de octubre de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado según acta No. 110

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación interpuesto por la Unidad Nacional de Protección -UNP, contra el fallo de tutela proferido el día 06 de septiembre de 2023, por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia mediante el cual concedió el amparo al evidenciarse vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

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

2. DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

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

(…)

"Manifestó el accionante que en la actualidad se desempeña como alcalde del municipio de Yarumal, que desde el mes de enero de la presente anualidad ha sido víctima de llamadas extorsivas por parte de las Autodefensas Gaitanistas de Colombia –AGC-, y del Frente 36 (disidencias) de las FARC, donde le solicitan sumas de dinero.

Continuó el accionante indicando que, producto de la ofensiva desarrollada por el Ejército Nacional y por la Policía, se habían capturado algunos cabecillas importantes de las organizaciones a que se hizo mención anteriormente, situación que ha llevado a que esos grupos tomen represalias en contra de él.

Dijo, además, que actualmente cuenta con dos escoltas asignados por la Policía Nacional; que el 21 de julio de 2023 interpuso denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, a la cual se le asignó el número único de noticia criminal 058876108505202300003, en la que puso en conocimiento de las autoridades las amenazas recibidas de parte de alias "Primo gay", además las exigencias de altas sumas de dinero.

Finalizó indicando que el 24 de agosto en la madrugada algunos vecinos de su finca, le informaron que la portada de su finca había sido pintada con amenazas de las FARC y del Frente 36, además de advertir de un supuesto peligro de explosivos."

(…)

Solicitó el accionante con base en los hechos narrados, que le fuesen tutelados sus derechos fundamentales a la vida, integridad y seguridad personal, ordenándole a la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN (UNP) que

en un plazo máximo de 48 horas realicé un nuevo estudio de seguridad donde determinen su nivel de riesgo y se le asignen por parte del CERREM medidas de protección que puedan salvaguardar su vida.
Aunado a lo anterior, solicitó que le fuese ordenado a la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN (UNP), que en el menor tiempo posible profiera la resolución con la decisión del CERREM en cuanto a los estudios de seguridad anteriores realizados por analistas de la entidad."

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

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

"(…)

El sustento principal de su petición, se concreta en que es la acción de tutela el mecanismo que encuentra más expedito para la protección de sus intereses, puesto que desde el mes de enero de la presente anualidad ha sido víctima de llamadas extorsivas, por parte de las Autodefensas Gaitanistas de Colombia –AGC- y del Frente 36 (disidencias) de las FARC, donde le solicitan sumas de dinero a cambio de no atentar contra su vida y sus bienes, y pese a ello, la entidad accionada no había realizado un nuevo estudio para determinar su nivel de riesgo.

Advierte el Despacho, una vez analizado el escrito de tutela y sus anexos, que el señor Miguel Ángel Peláez Henao, quien funge como alcalde del municipio de Yarumal, ha sido objeto de amenazas y llamadas extorsivas, tal como consta en denuncia por él presentada ante la Fiscalía el pasado 31 de julio hogaño, además de las fotografías aportadas, en las que se evidencia que la fachada de uno de sus bienes fue marcada aparentemente por el "frente 36"

Ahora bien, se extrae como relevante del pronunciamiento de la Policía Nacional que el accionante fue objeto de un estudio del nivel de riesgo en virtud de su cargo como alcalde del municipio de Yarumal, el 7 de febrero de 2020; que ese estudio fue reevaluado en tres oportunidades más; el 3 de junio de 2021, 12 de julio de 2022 y finalmente el 7 de marzo de 2023, último, en el que se concluyó:

> *"El comité en pleno ponderó el nivel de riesgo en Extraordinario en razón del riesgo, conforme a los argumentos del evaluador y evaluado por el pre comité CENIR.*
>
> *Modificar Esquema de seguridad tipo "A"- por un esquema tipo "B" constituido por dos (2) hombres de protección a cargo de la Policía Nacional.*
>
> *Continuidad medida complementaria chaleco balístico UNP.*
>
> *Viabilizar ante la UNP un vehículo blindado con conductor escolta*

Información que da cuenta de que el nivel del riesgo del hoy accionante ha incrementado y que en vista de ello se recomendó la adopción de nuevas medidas con miras a salvaguardar su vida e integridad.

Aunado a lo anterior, indicaron que: "En la actualidad, por los hechos sobrevinientes, se reevalúa el estudio del nivel de riesgo del precitado Miguel Ángel Peláez Henao, identificado con cédula de ciudadanía N° 3.664.091 alcalde popular de Yarumal Antioquia, mediante el cual se definirán las medidas idóneas frente el riesgo del funcionario".

Así las cosas, y contrario a lo indicado por la UNP, esto es, que en la actualidad no había orden de trabajo activa en favor del accionante, advierte el Despacho, que sí hay un proceso de evaluación del riesgo en trámite, mismo que involucra al actor y que ello devino de unos hechos sobrevinientes, mismos que como ya se indicó, fueron denunciados ante la entidad competente desde el pasado mes de julio hogaño, aunado a lo anterior, se advierte que el señor Peláez puso en conocimiento de la Policía Nacional todas aquellas acciones que afectan e involucran su vida y su integridad personal"

En vista de lo anterior, dispuso:

PRIMERO: ***AMPARAR*** *los derechos fundamentales a la vida, integridad personal y debido proceso del señor* ***MIGUEL ÁNGEL PELÁEZ HENAO****, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 3.664.091, los cuales están siendo vulnerados por la* ***UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN –UNP-,*** *conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.*

SEGUNDO: ***ORDENAR a la POLICÍA NACIONAL y a la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN –UNP-,*** *que por intermedio de sus representantes legales y en un término improrrogable de* ***treinta (30) días,*** *contados a partir de la notificación de la presente decisión, lleven a cabo el* ***ESTUDIO DE NIVEL DE RIESGO****, en favor del señor* ***MIGUEL ÁNGEL PELÁEZ HENAO****, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 3.664.091, emitiendo las respectivas conclusiones y adoptando las medidas a que haya lugar con miras a salvaguardar su vida e integridad personal.*

4. DEL RECURSO DE IMPUGNACION

La Unidad Nacional De Protección –UNP, al estar inconforme con la decisión de primera instancia, interpuso el recurso de impugnación en los siguientes términos:

(…)

"El Juzgado de Primera Instancia ordena adelantar un estudio de nivel de riesgo a favor del señor ***MIGUEL ANGEL PELAEZ HENAO****, desconociendo que los estudios de nivel de riegos individual que adelantan la UNP además de ser realizados por personal experto e idóneo, cuenta con el respaldo de la Corte Constitucional, aclarando que, por ser un estudio detallado, técnicamente especializado, cuenta con unos términos para su elaboración, validación y ponderación realizado por el analista que realiza*

labores de campo que están sujetas a respuestas o suministro de información por parte de otras entidades, de tal manera que nuestro marco legal, contempla como plazo mínimo para la realización del estudio de nivel de riesgo, en la etapa que le compete al CENIR, UN TERMINO de ***30 DIAS HÁBILES****, lo anterior teniendo en cuenta que se evidenció que este es el termino necesario para poder definir la situación de riesgo de una persona, por ende, realizar un estudio en un término inferior podría conllevar a cometer imprecisiones y de esta manera otorgar medidas poco idóneas para el evaluado y no garantizaría la misionalidad de la entidad.*

(…)

El fallador de primera instancia, en la Orden Judicial impartida otorgó un término de 30 días que la UNP adelante la ruta ordinaria de protección a favor del señor MIGUEL ANGEL PELAEZ HENAO, no obstante, ***se debe precisar la existencia de un procedimiento ordinario reglado, y la ruta fijada para la solicitud de evaluación del riesgo****.*

Existe un procedimiento ordinario, que debe seguirse para ser beneficiario de medidas de protección o que siéndolo se pretenda reevaluación del riesgo, establecidos en el artículo 2.4.1.2.40 del decreto 1066 de 2015, modificado por el Decreto 1139 del 23 de septiembre de 2021.

Por consiguiente y para que procedan asignar medidas de protección a una persona objeto de protección a cargo del programa o para que las mismas se mantengan, es necesario que una vez se acrediten su condición de tal, se realice la evaluación o reevaluación del nivel del riesgo, proceso mediante el cuals e realizan un análisis de los diferentes factores de riesgo a fin de determinar el nivel del mismo, ajustado a los pronunciamientos hechos mediante sentencias T-719 de 2003, T 1026 de 2002 (realidad de la amenaza), T-339 de 2010 (clasificación de la amenaza), T-1177 de 2005 (el deber de denuncia), T-134 de 2010 (sobre el estudio del riesgo), T-686 de 2009, T-1060 de 206, T-728 de 2010 y T-110 de 2008, sentencias que fijan parámetros para la clasificación a tener en cuenta al momento de la elaboración y ponderación.

Así las cosas, el CENIR, es el encargado de la recopilación y análisis de la información "in situ", quienes designarán a un oficial de protección para llevar a cabo las labores de campo, verificaciones y realización de la entrevista, información e insumos estos a presentar a delegados que integran interinstitucionalmente el comité de Evaluación de Riesgo y de Recopilación de Medidas (en adelante CERREM)

Posteriormente, es el CERREM el órgano interinstitucional encargado en última instancia de recomendar al Director de la UNP, las medidas de protección a implementar, suspender, ajustar y/o finalizar, teniendo en cuenta la ponderación del nivel del riesgo y el concepto de las medidas de protección realizado previamente por el CENIR, resaltando que los delegados del CERREN en esta instancia nuevamente analizan la información recolectada consistente en las amenazas, actividades del evaluado, condiciones de modo y lugar entre otras, elementos aportados por el profesional analista de riesgo del CENIR, en cada caso en concreto, para posteriormente emitir la respectiva recomendación al Director de la UNP.

Es importante reiterar, que la decisión que se toma acerca de la recomendación de medidas de protección del accionante obedece a la situación de riesgo del beneficiario, evaluada esta como ya se dijo y producto de todo un procedimiento técnico y riguroso que comprende indagaciones, verificaciones y labor de campo hechas por personal calificado hace parte de la UNP, insumo con el cual se diligencia la matriz denominada instrumentos estándar de valoración de Riesgo, la cual está debidamente validad por la corte constitucional para valorar el riesgo en casos individuales, según auto 266 de 2009.

Por lo anterior, la UNP manifiesta que el termino de 30 días calendario no es procedente para la realización del estudio de riesgo por la ruta anteriormente descrita, toda vez que, por ser un estudio detallado, técnicamente especializado, cuenta con unos términos para su elaboración, validación y ponderación, de tal manera que nuestro marco legal establecido en el decreto 1066 de 2015, modificado por el decreto 1139 de 2021, contempla como plazo máximo para la realización del estudio

de nivel de riesgo, un término de 30 días hábiles contados a partir del momento de la presentación para tal fin. "

En vista de lo anterior, solicita se revoque el fallo de primer grado, no ha vulnerado ni amenazado derecho fundamental alguno y en consecuencia solicita se deniegue el amparo deprecado

5. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia

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

5.2 Problema jurídico

El problema jurídico que debe decidir la Sala se contrae a resolver si en este caso resulta procedente revocar del fallo de primer grado como lo depreca la accionada Unidad Nacional De Protección –UNP, al no advertirse la vulneración a los derechos fundamentales alegada o, por el contrario, debe confirmarse la decisión de primer grado al haberse acreditado tal vulneración.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, se instituye la acción de tutela como un mecanismo de protección de derechos fundamentales, así como la

misma sólo procederá cuando el afectado o afectada no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Para dar respuesta al problema jurídico plateado en precedencia, pertinente es acudir a lo dispuesto por la Corte Constitucional [3]en punto del derecho a la vida, integridad personal y el debido proceso administrativo en la actuación de calificación del de riesgo por parte de la Unidad Nacional de Protección, veamos:

(…)

> ***El derecho a la seguridad personal y los criterios para evaluar su amenaza o vulneración. Reiteración jurisprudencial[43].***
>
> *35. La jurisprudencia constitucional ha establecido que las autoridades encargadas de valorar los hechos con base en los cuales se solicitan las medidas de protección deben analizar los factores objetivos y subjetivos para identificar las circunstancias y decidir si hay lugar a la protección especial del derecho a la seguridad personal. En la sentencia **T-1026 de 2002** se fijaron los siguientes criterios: (i) realidad de la amenaza; (ii) la individualidad de la amenaza; (iii) la situación específica del amenazado; (iv) el escenario en el que se presentan las amenazas; y (iv) la inminencia del peligro[44].*
>
> *36. Como consecuencia de la valoración de los factores de riesgo, la autoridad competente deberá adoptar las medidas tendientes a otorgar suficiente protección a quien esté siendo objeto de intimidaciones. Ello, teniendo en cuenta que existen diferentes niveles de riesgo, lo cual dependerá de cada caso particular. En la sentencia **T-719 de 2003**, esta Corporación indicó que el riesgo se mide en los siguientes niveles: (a) mínimo; (b) ordinario; (c) extraordinario; y (d) extremo[45].*
>
> *37. En ese sentido, en la sentencia **T-199 de 2019**, este Tribunal indicó que "cuando un individuo se encuentra sometido a un nivel de riesgo normal u ordinario, en los términos definidos, no tiene derecho a solicitar medidas de protección por parte del Estado ya que los mismos son los derivados de la vida en sociedad. Por el contrario, cuando está sometido a amenazas extraordinarias o extremas surge el deber del Estado de brindar protección especial para evitar la vulneración concreta del derecho a la seguridad personal".*
>
> *38. En suma, la seguridad es un derecho que debe ser garantizado y preservado por el Estado, por tanto, en aquellos casos en los que el sujeto se encuentre en riesgo, este debe ser analizado de forma integral por las*

[3] Sentencia T-040 de 2023

autoridades competentes, comoquiera que la persona no debe soportar dicha carga que amenaza sus derechos a la vida, a la integridad y a la libertad[46].

El debido proceso administrativo y el procedimiento de calificación de riesgo a cargo de la UNP. Reiteración jurisprudencial[47].

39. El capítulo 2° del Título I de la Parte 4° del Libro 2° del Decreto 1066 de 2015[48] regula el programa destinado para la protección de las personas que se encuentran en situación de riesgo inminente contra su vida, integridad, seguridad o libertad por causas relacionadas con la violencia política o ideológica, o con el conflicto armado interno, y que pertenezcan a alguna de las siguientes categorías[49]: (i) dirigentes o activistas de grupos políticos; (ii) defensores de derechos humanos; (iii) dirigentes sindicales: (iv) representantes de grupos étnicos; (v) periodistas y comunicadores sociales, entre otros.

*40. El artículo 2.4.1.2.2 del Decreto 1066 de 2015 establece los principios que rigen los programas de prevención y protección, además de los constitucionales y legales que orientan la función administrativa[50]. La norma señalada hace referencia, por una parte, al principio de **causalidad**, el cual establece que una persona podrá ser beneficiaria del programa de protección, siempre y cuando, exista conexidad directa entre el riesgo y el cargo que ocupa o las actividades que desempeña. Y, por otra parte, al principio de **idoneidad**, que determina que las medidas de prevención y protección deberán ser acordes a la situación de riesgo y adecuadas a las condiciones particulares del protegido.*

*41. Así, se advierte que la valoración y definición de las medidas de protección y seguridad deben fundamentarse en estudios técnicos especializados que justifiquen la necesidad de las medidas[51]. En ese sentido, tal como lo reiteró esta Corporación en la sentencia **T-199 de 2019**, "este procedimiento busca garantizar el debido proceso de las personas cobijadas por estas medidas, ya que la administración tiene el deber de argumentar sus determinaciones con conceptos técnicos especializados que motiven la decisión de otorgar, modificar o finalizar medidas de seguridad". En conclusión, la garantía del derecho al debido proceso y el desarrollo de los principios enunciados anteriormente orientan los estudios de valoración y la asignación de medidas de protección, lo cual debe estar debidamente soportado en estudios técnicos especializados y específicos que fundamenten suficiente y razonablemente las decisiones proferidas por la autoridad competente.*

Acorde con los hechos de la tutela, la pretensión del accionante está encaminada a que la Unidad Nacional De Protección –UNP- realice un estudio de seguridad para determinar su nivel de riesgo y se le asignen por parte del CERREM las medidas de protección que puedan salvaguardar su vida, ello ante las amenazas

recibidas por parte de las Autodefensas Gaitanistas de Colombia –AGC-, y del Frente 36 (disidencias) de las FARC.

Por su parte el Juez de Primer Grado, concluyó que la Unidad Nacional de Protección –UNP- vulneró los derechos fundamentales a la vida, integridad personal y debido proceso del accionante, al acreditarse que, éste ya había iniciado el trámite de evaluación del riesgo, en los que denunció unos hechos sobrevinientes en el mes de julio, siendo imperioso la evaluación y conclusión del citado trámite en el que se determine el nivel del señor Miguel Ángel Peláez Henao, para ello concedió un término de 30 días. Al estar desacuerdo la UNP impugna la decisión, advirtiendo que, en el término de 30 días calendario no es posible realizar el estudio del nivel de riesgo y desatiende lo dispuesto en el Decreto 1066 de 2015 modificado por el decreto 1139 de 2021 contempla un plazo de 30 días hábiles al tratarse de un estudio detallado y técnicamente especializado.

Bajo este panorama, refulge con nitidez en primer lugar que, tal como lo concluyó el juez de primer grado, se encuentran consulados los derechos fundamentales invocados por el señor Miguel Ángel Peláez Henao por parte de la UNP al haberse acreditado que desde el mes de julio del corriente se realizó la respectiva denuncia en virtud de las mentadas amenazas y que, ante estos hechos sobrevinientes, de acuerdo a respuesta del comandante del Departamento de Policía de Antioquia, Coronel Carlos Andrés Martínez Romero[4] se está reevaluando el nivel del riesgo a fin de definir las medias idóneas frente el riesgo de Miguel Ángel Peláez Henao, contrario a lo advertido por la UNP, quien señaló no encontrar orden

[4] Ver página 4 del archivo denominado: " 008EntradaRespuestaPoliciaNacional.pdf" ubicado en la carpeta C01PrimeraInstancia del expediente electrónico.

de trabajo activa por los supuestos hechos sobrevinientes enunciados en la acción de tutela.

Ahora, de acuerdo a los argumentos esgrimidos en la impugnación, la UNP se encuentra en desacuerdo con el término de 30 días ordenado por el juez de primer grado para realizar el estudio del nivel del riego en favor del señor Miguel Ángel Peláez Henao, pues considera que estos deben entenderse en días hábiles y no calendario. En virtud de ello, debe precisarse que, el término de cumplimiento de la sentencia de tutela se entiende en días y horas hábiles, luego, el término de 30 días condecidlo en el fallo de primer grado para realizar el estudio de nivel de riesgo, debe entenderse que son **hábiles**. Al respecto señaló el Alto Tribunal Constitucional[5]:

(…)

> ***D. Interpretación sistemática del decreto 2591: Funciones del juez de primera instancia para hacer efectivo el restablecimiento del derecho o hacer cesar las amenazas sobre el mismo.***
>
> *6. El último argumento que presenta la Sala, es el de que el juez de primera instancia, prima facie, es quien por regla general tiene los poderes para hacer efectivo el restablecimiento del derecho vulnerado o hacer cesar las amenazas sobre el mismo. Una interpretación sistemática del Decreto conduce a esta conclusión. Veamos:*
>
> *a). En primer lugar, el artículo 27 señalado se encuentra ubicado dentro del conjunto de los artículos del Decreto 2591 de 1991 que regulan el trámite de la acción de tutela en la primera instancia (artículos 15 al 30). En este artículo fueron establecidos los llamados poderes disciplinarios del juez de tutela, en razón del deber constitucional que le asiste al funcionario de primera instancia de garantizar el cumplimiento de los fallos de tutela.*
>
> *Sobre estos deberes, la Corte en sentencia T-1038 de 2000 afirmó:*

[5] Auto 136A/02

> *"Es obligatorio para el juez de primera instancia, en cuanto no pierde competencia para ello, hacer cumplir la orden de tutela.*
>
> *Para ello debe dar los siguientes pasos:*
>
> *Hacer cumplir en todos sus términos la sentencia que hubiere concedido la tutela (bien sea que la sentencia favorable a quien interpuso la acción fuese la de primera o de segunda instancia o la sentencia de revisión)**. El término para el cumplimiento figura en la parte resolutiva del fallo, entendiéndose como se dijo antes que son días y horas hábiles**." NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO*

En este orden de ideas y para mayor claridad, se **MODIFICARÁ** numeral segundo de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, en el entendido que, el término de 30 días para llevar a cabo el ESTUDIO DE NIVEL DE RIESGO, en favor del señor MIGUEL ÁNGEL PELÁEZ HENAO, se contabiliza en **días hábiles**.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Se MODIFICA numeral segundo de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, en el entendido que, el término de 30 días para llevar a cabo el ESTUDIO DE NIVEL DE RIESGO, en favor del señor MIGUEL ÁNGEL PELÁEZ HENAO, se contabiliza en **días hábiles**.

SEGUNDO: en lo demás, se **CONFIRMA el** fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal de Circuito de Yarumal,

Antioquia, fechado del 06 de septiembre de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA

(En Permiso)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA

ISABELÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA

Firmado Por:

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - 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: **df8275f16a02ecd75573928fe250983195886c9155034aa42183a1427bf152ed**

Documento generado en 18/10/2023 04:48:55 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA

[1]

Radicado: 00561560003642014 00233
Número interno: 2023-1875-2
Delitos: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO
Condenado: JOSÉ DANIEL ESTEBAN GRAMAJO SILVA
Decisión: Se confirma

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

Aprobado según acta No.110

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el representante legal del señor José Daniel Esteban Gramajo Silva, contra el auto interlocutorio No. 1560 del 10 de julio de 2023 expedido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y

[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.

Medidas de Seguridad de Antioquia, mediante la cual se NIEGA la revocatoria de la orden de expulsión emitida mediante auto N° 1026 del 8 de mayo de 2023 en cumplimiento de la pena accesoria impuesta por el juzgado fallador.

2. ANTECEDENTES

Mediante sentencia del 29 de diciembre de 2014 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Especializado de Antioquia, condenó el señor JOSÉ DANIEL ESTEBAN GRAMAJO SILVA, a la pena de CIENTO DOCE (112) MESES DE PRISIÓN Y MULTA POR 1.1167,25 S.M.L.M.V., al haberlo hallado penalmente responsable del punible de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO; se le impuso además, las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena de prisión y **la expulsión del territorio nacional**.

Mediante auto interlocutorio No. 3529 del 30 de diciembre de 2022, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, decretó la extinción de la pena de prisión y, en vista de que, dentro de la sentencia condenatoria, se ordenó la expulsión del condenado una vez cumpliera con la mentada pena, el Juzgado Ejecutor mediante auto interlocutorio No. 1026 de 8 de mayo de 2023 dispuso la expulsión del Señor Gramajo Silva del territorio nacional.

Mediante solicitud fechada del 9 junio del presente año, la apoderada judicial del señor Gramajo Silva, solicitó revocar la decisión de expulsión del país, así como la concesión de permiso de permanencia permanente en el país, arguyendo que, su poderdante es una persona de bien, trabajadora, que cumplió a cabalidad con la pena impuesta y quien además tiene una unión marital de hecho con la señora Jennyfer Murcia Plaza y una hija de nombre Laila Daniela Gramajo Murcia de dos años de edad, luego, en su sentir, de cumplirse con la orden de expulsión se estarían vulnerando los derechos fundamentales a la familia y de los niños, entre otros.

El 10 de julio de 2023 mediante auto interlocutorio No.1560 el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, negó la petición de revocatoria, aduciendo que:

> *"… si bien no se desconoce los derechos de la hija menor del condenado, a la cual la Constitución le da un trato especial y consagra una supremacía de sus derechos en el artículo 44 de La Constitución, no puede entrar este Juzgado de Ejecución de Penas, de un lado, a alterar los términos de los fallos proferidos por los Jueces de Conocimiento, ya que su función se circunscribe a vigilar la correcta ejecución de las penas que ellos imponen en sentencias ya ejecutoriadas, y de otro lado, porque la pena accesoria impuesta al condenado de expulsión del país es una pena accesoria –no principal- (art. 43, num 9° del C. Penal) que puede imponerse a discreción el*

juez fallador, considerando en este caso en particular el Juzgado Fallador que la misma debía imponerse.

Así las cosas, al tratarse de una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, en tanto la pena que se le vigiló a GRAMAJO SILVA obedece a una sentencia debidamente ejecutoriada operando así el fenómeno antedicho, no habría lugar a revocarse la misma por parte del juez de ejecución, pues se itera, la función del mismo se circunscribe a vigilar las penas impuestas en sentencia ejecutoriadas, ya sean estás penas principales o accesorios…"

(…)

Por lo tanto, en cuanto a las funciones que atañe al Juez Ejecutor, está la de dar cumplimiento a la sentencia emitida por el Juzgado Fallador, esto es, en cuanto a la pena principal y las penas accesorias, sin lugar a variar o modificar la sentencia, dado el carácter coercitivo, inmutable, vinculante y definitivo que acarrea dicha decisión judicial, motivo por el cual deviene en improcedente la solicitud elevada por la apoderada de JOSÉ DANIEL GRAMAJO SILVA, en cuanto se revoque decisión interlocutoria que da cumplimiento a la sentencia proferida en contra de su prohijado, pues no es más que ejecutar lo ya ordenado, contando el sentenciado con su defensa en la etapa de conocimiento ejercer su derecho de defensa frente a la condena impuesta, e interponer el recurso de apelación, mismo que se avizora no se realizó, obrando así a la fecha una sentencia se reitera debidamente ejecutoriada.

Por otra parte, si bien es preciso advertir que la situación particular expuesta con relación al sentenciado a la fecha, esto es, que actualmente cuenta con una relación marital con una ciudadana colombiana y que de dicha unión cuentan con una hija de 26 meses de nacida; lo cierto es que dadas las competencias del Juez de Ejecución de Penas que se ciñen puntualmente al cumplimiento de la sentencia emitida por el Juzgado Fallador, no está llamado a la modificación o variación de la sentencia, e

incluso a revivir etapas procesales, máxime los argumentos ya expuestos en cuanto a la ejecutoria de la decisión y su tránsito a cosa juzgada, aunado a que frente a la decisión interlocutoria del 08 de mayo de 2023, contaba el sentenciado y su apoderada con la posibilidad de interponer los recursos de Ley frente a la decisión aludida, teniendo en cuenta que para ese momento ya se contaba con la situación fáctica novedosa expuesta.

La imposición de la pena accesoria de expulsión del país fue producto del mal proceder del condenado al cometer una conducta punible, sin que el hecho de la existencia de hijo menores sea suficiente para evadir el cumplimiento de las penas impuestas por los jueces en sus decisiones, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T 680-2002…"

(…)

No desconoce el Despacho la existencia de un sujeto de especial protección para el caso en concreto, como es la hija menor del sentenciado quien cuenta con 26 meses de nacida. No obstante, advierte esta agencia judicial de lo expuesto por la apoderada de GRAMAJO SILVA que en cuanto a su cuidado y protección se encuentra la madre de la menor, ciudadana colombiana, de la que se predica cuenta con las condiciones por lo menos físicas para hacerse cargo de la niña y propender por su manutención y cuidado, aclarando que de la petición elevada no se dice nada de la familia extensa que además constituye un apoyo.

Así las cosas, se niega la petición elevada por la defensora de GRAMAJO SILVA, en cuanto a que se revoque decisión interlocutoria proferida por esta Judicatura, dando cumplimiento a la pena accesoria de expulsión del país que le impuso el Juzgado Fallador…"

La apoderada del señor José Daniel Esteban Gramajo Silva, interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación en contra de la decisión arriba citada. Mediante Auto

interlocutorio No. 2091 del 01 de septiembre de 2023 el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, resuelve no reponer la decisión, reiterando que, si bien no desconoce los derechos que le asisten a la hija menor del sentenciado a tener a una familia y no ser separado de ella, no es dable para : "…*el Juez de Ejecución de Penas, revivir etapas procesales ni remover situaciones jurídicas amparadas con la fuerza de la Cosa Juzgada contenida en una providencia judicial en firme y, mucho menos, para impedir definitivamente su cumplimiento de acuerdo a las competencias y funcionalidades dadas a esta especialidad*"

3. DE LA IMPUGNACIÓN

La apoderada del sentenciado, inconforme con la decisión del A quo, interpone el recurso de apelación aduciendo que, de carea a lo dispuesto en el numeral 7° del artículo 38 de la ley 906 de 2004, el juez De Ejecución de Penas sí puede modificar la sentencia del juez de conocimiento, en este caso, al ser favorable para su mandante, el señor JOSE DANIEL ESTEBAN GRAMAJO SILVA, ya que éste podría seguir compartiendo con su familia; pero más allá de ello, recalca que, lo importante es la protección que se le debe brindar a su menor hija Laila Daniela Gramajo Murcia para que siga creciendo con su padre apoyándola en todos los ámbitos de la vida para su crecimiento personal y, el hecho de expulsarlo se estaría coartando el derecho de que su familia permanezca unida.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia.

Es competente la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto en contra del auto No. 1560 emitido el 10 de julio de 2023, por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 34 de la ley 906 de 2004.

4.2 Problema jurídico.

La Sala se centra en determinar, si en efecto, como lo consideró el A quo, no es posible modificar la orden emitida por el Juzgado Fallador relacionada con la pena accesoria descrita en el numeral 9° del artículo 43 del C.P.P[2]., esto es, la orden de expulsión del señor José Daniel Esteban Gramajo Silva, una vez éste cumpliera la

[2] **ARTÍCULO 43. LAS PENAS PRIVATIVAS DE OTROS DERECHOS.** Son penas privativas de otros derechos:
(…)
9. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.

pena impuesta, sin que ello implique vulneración alguna a los derechos fundamentales del sentenciado y de su hija menor.

Para dar respuesta al problema jurídico planteado en precedencia, tal como se señaló en acápites anteriores tenemos que, al señor Gramajo Silva le fue impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Especializado de Antioquia, una pena de CIENTO DOCE (112) MESES DE PRISIÓN Y MULTA POR 1.1167,25 S.M.L.M.V. al haberlo hallado penalmente responsable del punible de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO, se le impuso además, **las penas accesoria**s de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena de prisión y **la expulsión del territorio nacional**. Mediante auto interlocutorio No. 3529 del 30 de diciembre de 2022, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, decretó la extinción de la pena de prisión y mediante proveído del 8 de mayo de 2023, en cumplimiento de la decisión en comento ordenó la expulsión del sentenciado.

Es entonces, la pena accesoria de "expulsión del territorio nacional" la que es objeto de debate en la presente actuación, pues considera la apoderada del sentenciado que, de darse cumplimiento a la misma se estaría afectado los derechos fundamentales que le asiste la hija menor de su mandate a no separarse de su familia, además, señala que, al tenor de lo dispuesto en el numeral 7° del artículo 38 del C..P.P. el Juez de Ejecución de

Penas sí puede modificar la sentencia de conocimiento en aplicación del principio de favorabilidad, mismo que, interpreta como la posibilidad de que su mandante comparta con su familia y, con ello, que su hija menor tenga un adecuado crecimiento y desarrollo.

Bajo este panorama, tal como lo señaló el A quo, si bien no se desconocen los derechos que le asisten a los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y que esta permanezca unida, tal argumento no puede utilizarse como excusa para evadir el cumplimiento de una decisión judicial que se encuentra ejecutoriada; en tal sentido lo señaló la Corte Constitucional en sentencia T-680-02, lo siguiente:

(…)

> *3. De manera general, observa la Corte Constitucional, que la existencia de hijos menores de edad, no puede ser aducida como justificación para evadir el cumplimiento de decisiones judiciales impuestas en un proceso adelantado con todas las observancias establecidas por la Constitución y la ley, por cuanto, la protección constitucional a los derechos de los niños en ningún caso puede ser pretexto para que los adultos se sustraigan de sus deberes y, en el caso de los extranjeros, se recuerda que si bien la Constitución en el artículo 100 les garantiza que disfrutarán de los mismos derechos civiles que los nacionales, sin embargo, en esa misma norma constitucional, se establece que la ley podrá por razones de orden público subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de ciertos derechos, como ocurre por ejemplo, con el de residir en el país, cuando como pena accesoria se le imponga su expulsión del territorio nacional.*

Ahora, en lo que respecta a la aplicación del principio de favorabilidad dispuesto en el numeral 7° del artículo 38 del C.P.P., en punto de la modificación de la sentencia, debe advertirse que es errada la interpretación dada por la recurrente a este principio medular, pues el mismo concierne a aquellos eventos en los que en virtud de una ley posterior hubiere lugar a "***la reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal",*** de manera que, su aplicación se circunscribe a una operación objetiva de reajuste de la consecuencia punitiva de cara a una disposición normativa posterior, **análisis que es ajeno a cualquier interpretación sobre los fundamentos que dieron lugar a la declaratoria de responsabilidad y de la imposición de las penas correspondientes, entre ellas, las accesorias**. Al respecto señaló la Sala de Casación Penal del Corte suprema de Justicia[3]:

(…)

> 13.4 Acorde con el numeral 7° del artículo 38 de la Ley 906, los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad están facultados para reducir la sanción penal impuesta al sentenciado únicamente cuando: «debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal».
>
> Ello, por cuanto la alteración de la sentencia en la fase de ejecución de la pena, sin implicar un ejercicio interpretativo del juez, se limita a una operación objetiva de reajuste de la consecuencia punitiva, al tenor de una disposición normativa que, además de ser posterior y favorable, se ve

[3] CSJ STP 13128-2022 Rdo. 126505 del 4 de octubre de 2022

impregnada por las características de abstracción, generalidad e impersonalidad predicables de la Ley.

13.5. En el caso del accionante, no se advierte una modificación, derogatoria o reforma en sentido favorable de la norma que comporte una rebaja para los delitos por los cuales resultó condenado. De ahí que resultara infundado acudir al principio de favorabilidad para solicitar la redosificación de la sanción por la presunta reparación que afirma haber hecho. Sobre este punto en particular la jurisprudencia de la Sala de Casación ha señalado:

> *«[…]* ***la competencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad recae, por antonomasia, respecto de asuntos en los que se ha proferido una sentencia que se encuentra debidamente ejecutoriada y que, por lo mismo, ha hecho tránsito a cosa juzgada, lo cual es apenas obvio, pues a éstos les corresponde conocer de todo aquello que directa e inescindiblemente esté vinculado a la ejecución de la condena impuesta por el correspondiente juez de conocimiento, sin que ninguna de las atribuciones conferidas en el artículo 38 de la Ley 906 de 2004, les permita adentrarse sobre los fundamentos que dieron lugar a la declaratoria de responsabilidad y a la imposición de las penas correspondientes.***
>
> *De ahí que la competencia de esta clase de funcionarios judiciales para redosificar una pena en aplicación del principio de favorabilidad, se circunscribe únicamente a los eventos en que "debido a una ley posterior hubiere lugar a la reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal", pues se trata de circunstancias no sólo posteriores al proferimiento de la sentencia, sino ajenas a la aplicación e interpretación judicial de la ley.»*[4] *(Negrillas fuera de texto)." NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.*

[4] CSJ AP 13, feb. 2013, Rad.40542.

Así las cosas, le asiste razón al juez de primer grado sobre la imposibilidad de modificar la sentencia condenatoria que pesa en cabeza del señor Gramajo Silva, al tratarse de una decisión que se encuentra ejecutoriada, luego, hace tránsito a cosa juzgada; evidenciándose, además, la improcedencia de la aplicación del principio de favorabilidad al no advertirse los requisitos dispuestos para ello.

Sean estos, entonces, argumentos suficientes para **CONFIRMAR** la decisión adoptada por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, por medio del cual se negó la solicitud de revocatoria del auto interlocutorio que ordenó dar cumplimiento a la pena accesoria de expulsión del país impuesta por el Juzgado fallador.

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

6. RESUELVE:

PRIMERO: Se CONFIRMA la providencia recurrida, proferida el 10 de julio de 2023 por el Juzgado Tercero de Ejecución de

Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, de conformidad con lo esbozado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Notifíquese la presente providencia y contra la misma no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA

(En permiso)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRRREZ
MAGISTRADA

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA

Firmado Por:

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - 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: **a210f046f8a774b3475ae59d36e81bc902be9142c57f8e205a587e468643009b**

Documento generado en 18/10/2023 04:49:03 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Radicado único	05 250 60 00332 2012 80171
Radicado Corporación	2023-0474-2
Procesado	Oscar Jabit Franco Sáenz
Delito	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 90 de la ley 1395 de 2010, se convoca a las partes a la audiencia de lectura de providencia para el día **JUEVES VEINTISEIS (26) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS 09:30 A.M.**

CÚMPLASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

Firmado Por:

Nancy Avila De Miranda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **2dca42a56853752b19284c0c44a56997deb54e481ba38cd5df32233fa6546716**

Documento generado en 19/10/2023 03:12:58 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	11 001 60 99144 2023 00833 01 (2023-1764-3)
Procedencia	Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis, Antioquia
Procesado	GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Motivo	Apelación sentencia
Aprobado	Acta No. 346, octubre 17 de 2023

Medellín, Antioquia, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE DECISIÓN

1. Sería del caso resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa material en contra de la sentencia por cuyo medio el Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis, Antioquia, condenó a GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA por el delito tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, si no fuera porque se advierte una nulidad que invalida lo actuado.

2. HECHOS

2. El doce (12) de mayo de dos mil veintitrés (2023), a las 10:40 a.m. en el kilómetro 89+000 de la vía nacional que conduce a Medellín, en sentido Cauyá - La Pintada, sector Vequedo, jurisdicción del municipio de Caramanta, Antioquia, institucionales de la Seccional de Tránsito y Transportes de Antioquia registraron la camioneta KIA, línea New Sportage LX, modelo 2016, blanca, con placas JDY-700, conducida por GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA y en su interior hallaron ciento cincuenta y un (151) paquetes que contenía una sustancia vegetal, la cual al ser sometida a la Prueba de Identificación Preliminar Homologada arrojó positivo para cannabis, con un peso neto de seiscientos cinco punto novecientos cuarenta y

cinco (605.945) kilogramos, motivo por el cual se le dio captura al conductor.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3. El trece (13) de mayo de dos mil veintitrés (2023), ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Caramanta, Antioquia, se realizó la audiencia preliminar concentrada de legalización de captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento. En esa ocasión a GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA se le imputó fáctica y jurídicamente el delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes descrito y sancionado en el artículo 376 inciso primero del código penal, en calidad de autor y él no aceptó cargos; además, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

4. Una vez presentado el escrito de acusación el asunto fue asignado al Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis, Antioquia. Este despacho judicial, el veintiocho (28) de agosto hogaño, instaló la audiencia de acusación, la cual fue mutada por una de presentación y verificación de preacuerdo[1].

5. Las cláusulas de la negociación se concretaron a que el procesado GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA aceptaba cargos, en calidad de autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, artículo 376 inciso primero de código penal a cambio la fiscalía y con el único fin de reducir la pena se le reconocería la rebaja prevista para el cómplice, según el artículo 30 inciso tercero del código penal; en razón a ello acordaron una pena de cien (100) meses de prisión y una multa de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6. Luego de verbalizado el preacuerdo por la Vista Fiscal el juzgado dio trámite al lo previsto en el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, acto seguido a la individualización de la pena en la forma y términos del artículo 447 de la misma obra. Finalmente convocó a la partes e intervinientes para llevar a cabo la lectura de la sentencia.

[1] PDF No. 011 del expediente digital.

7. Leída la sentencia en audiencia, en contra de la misma solo el procesado interpuso el recurso de apelación, y como el togado no lo hizo el procesado en el acto le revocó el poder.

8. Así se expresó a la audiencia el señor GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA en el instante de la notificación[2]: "*Señor Juez yo quiero que a partir de este momento le quiero revocar el poder a Marcelino Colorado Mendoza* -el defensor-". Enseguida el señor Juez le indicó que estaba en posibilidad de hacerlo y le preguntó si iba a interponer el recurso de apelación y el procesado respondió no entender lo que le decía. Después de varios comentarios y explicaciones dados por el funcionario judicial al procesado interpuso el recurso de apelación. Posteriormente designó como su nuevo representante judicial al Dr. John Jairo Álvarez García, quien oportunamente sustentó el recurso de apelación interpuesto por su procurado.

4. DECISIÓN IMPUGNADA

9. El A quo, luego de considerar reunidos los requisitos del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, condenó a GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA, en calidad de autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, según el artículo 376 inciso primero de código penal, en consecuencia y acorde con las cláusulas del preacuerdo le impuso cien (100) meses de prisión y mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; también lo sancionó a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

10. De otra parte, negó al sentenciado los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, previstos en los artículos 63 y 38 y 38B del código penal, respectivamente, por expresa prohibición consagrada en el inciso segundo del artículo 68A de la misma obra[3].

5. DISENSO E INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTES

[2] Récord 30:49 a 31:04 de la audiencia de lectura de sentencia.
[3] PDF No. 21 del expediente digital.

11. El togado solicita la nulidad de lo actuado en tanto la aceptación de cargos por parte del señor GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA, en calidad de autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, según el artículo 376 inciso primero de código penal, está afectada por vicios en el consentimiento, lo cual comporta la transgresión de las garantías del procesado. En consecuencia, pide se disponga la devolución del proceso al juzgado de origen y se dé tramite a la audiencia de acusación. Además, se ordene la libertad de su procurado, en los términos del numeral 4º del artículo 317 de la Ley 906 de 2004.

12. Lo anterior en tanto:

> *«**PRIMERO: Me indica mi representado que con el fin de salvaguardar y proteger su vida y la de su familia, como la vida de su esposa ALBA MERY JARAMILLO ECHEVERRY y familiares de esta, estaba dispuesto a guardar silencio respecto a las amenazas de las que fue objeto el 12 de mayo del 2023, por parte de los policiales que lo detuvieron en el pare y siga, jurisdicción del Municipio** de Caramanta-Antioquia, a quienes pudo identificar con el código que cada policía exhibe en su camisa, esto es, 091533, 628664 y 87792*
>
> ***SEGUNDO**: Me relata mi representado que propiamente el policía que se identifica con la placa o código 628664, este le manifestó que no podía hablar del hecho y que le agradecía el regalito porque se iba para el día de la madre con mucho dinero.*
>
> ***TERCERO**: Me informa el sentenciado que los policiales nunca lo requisaron, pues que ya sabían lo que este traía en la camioneta, situación de la que mi representado no tenía conocimiento, pues una de las formas de este conseguirse el sustento es transportar cualquier tipo de automotor de un lugar a otro dentro del País.*
>
> ***CUARTO:** Me indica mi representado que la dueña o encargada de la camioneta que responde al alias de la "MONA" de quien sabe solo su primer nombre DORIS, fue quien lo contrató para llevar la camioneta hacia la Pintada, misma que venía atrás el día de los hechos, pues que cuando fue detenido por parte de los policiales, se dio cuenta que esta venia atrás, la cual se encerró con estos en un carro de marca Logan con placas 632, sin recordar más datos, por espacio de unos 20 minutos.*
>
> ***QUINTO**: Me relata mi representado que después de 20 minutos, los policiales se bajaron del vehículo Logan, dejaron ir a la MONA y un acompañante y le indicaron a mi prohijado que quedaba detenido por el delito de PORTE DE ESTUPEFACIENTES, a lo que mi representado les respondió que no tenía idea de dicho estupefaciente, pues que con la persona que estos se habían encerrado, era la dueña de la camioneta y de lo que contenía esta.*

***SEXTO**: Me afirma mi representado que el policía que se identifica con la placa 628664, que al parecer era quien estaba a cargo, le manifestó lo antes indicado en el hecho segundo, además de amenazarlo de muerte a él y a su familia si se atrevía a hablar del asunto.*

***SEPTIMO**: Me manifiesta mi representado que siempre estuvo dispuesto a guardar silencio sobre lo sucedido con los policiales, con el fin de preservar su vida y la de su familia, pero que cuando escuchó al señor Juez, el 30 de agosto de 2023, al proferir sentencia y se le indicó que su intensión solo era de lucrarse en forma desmedida, reflejando un comportamiento claro antisocial, actividad antisocial, comercio descarado y perverso, obrando bajo modalidad dolosa, sin importarle las campañas que hace el Estado Colombiano en contra de dicho flagelo, afectando incluso a su propia familia, siendo su conducta mal intencionada, rebelde, infame desprovisto de valores humanos, sin interesarle para nada la vida de las personas y de integrantes de sus propias familias, reaccionó a tales acusaciones, tomando la decisión de hablar y revelar lo que verdaderamente sucedió, pues que no podría seguir viviendo, al escuchar al señor Juez decirle: "desprovisto de valores humanos, sin interesarle para nada la vida de las personas, reflejando un comportamiento claro antisocial, actividad antisocial, comercio descarado y perverso, obrando bajo modalidad dolosa. Confesó su autoría, la conciencia en la ilicitud, actividad clandestina a que estaba dedicado, no le importó lo más mínimo"*

***OCTAVO**: Me señala mi representado que ha vivido bajo unos principios sobre los cuales, en verdad, si le importa los valores humanos y que su comportamiento siempre ha sido la de trabajar honestamente, dando lugar a que le es más importante morir con dignidad, tomando entonces en ultimas, la decisión de hablar con la verdad, señalando lo que verdaderamente sucedió el 12 de mayo de 2023, siendo aproximadamente las 10:30 a 11 de la mañana.*

***NOVENO**: Me manifiesta mi representado que el día de los hechos, la "MONA" les entregó a los policiales una fuerte cantidad de dinero y que después una de las hijas de la "MONA" le hizo una transacción a uno de los policiales, al parecer otra cantidad de dinero superior a la que recibieron los policiales el 12 de mayo de 2023.*

***DECIMO:** Me manifiesta mi representado, que la "MONA" llamó varias veces a una persona de apellido Munera, que estaba detenido por hurto y asesinato en el comando de policía de la Pintada, y le dijo a este, que les había dado mucha plata a los policías.*

***DECIMO PRIMERO**: Me manifiesta el sentenciado que siempre sintió presión por parte del abogado que lo representaba, GUSTAVO MARCELINO OVIDIO COLORADO MENDOZA, el cual le indicó por una sola vez vía telefónica, que el día de la presentación del preacuerdo ante el Juez, contestara a todo que SI, sintiéndose mal representado por dicho abogado, tomando la decisión de REVOCARLE el poder.*

***DECIMO SEGUNDO**: El suscrito una vez se entera de los antes indicado, procedí a comunicarme con la esposa de mi representado a fin de que presentara la denuncia respectiva y solicitara protección para la familia del sentenciado y la de esta. (se adjunta pantallazos de la denuncia interpuesta por el señor JUAN FERNANDO ROLDAN ESTRADA ante la Procuraduría, hermano de mi representado).»*

13. La fiscalía y el ministerio público guardaron silencio respecto del recurso de apelación.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

14. 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 Promiscuo del Circuito de Támesis, Antioquia.

15. Tal como se anunció, la Sala analizará si durante el trámite de verificación de preacuerdo celebrado entre GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA y su defensor con la delegada de la fiscalía se afectaron las garantías del procesado y si como consecuencia de ello habrá de decretarse la nulidad de la actuación, como remedio extremo.

16. Desde ya anuncia el Tribunal que la actuación procesal adelantada por el *a quo*, en cuyo desarrollo declaró aprobado el preacuerdo celebrado entre la fiscalía y la defensa material y técnica, es transgresora de las garantías del debido proceso y defensa. Veamos:

17. La nulidad es considerada como la máxima sanción prevista para los actos procesales que impliquen, entre otros casos, inobservancia de garantías fundamentales o aspectos propios del procedimiento. Este evento fue previsto por el legislador de 2004 en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, relativo a la *nulidad por violación de garantías fundamentales*, misma que se materializa cuando en desarrollo de la actuación se vulnera el derecho de defensa o del debido proceso, en aspectos sustanciales.

18. Ahora bien, aunque la Ley 906 de 2004 no consagró expresamente los principios que orientan las nulidades, la jurisprudencia de la Corte determinó que esta omisión se subsana acudiendo a las disposiciones de la Ley 600 de 2000, las cuales continúan vigentes en este aspecto particular, dado que pertenecen a la teoría general del proceso penal[4].

[4] Sentencia del 24 de agosto de 2009, radicado 31.900.

19. Así pues, preciso es señalar que la nulidad se encuentra orientada por los siguientes principios: *taxatividad*, esto es, que solo pueden invocarse las nulidades por los motivos señalados en la ley; *instrumentalidad*, consiste en señalar en dónde se origina el defecto y verificar si, no obstante a la incorrección, el acto procesal cumplió con la finalidad prevista; *trascendencia*, según el cual se requiere que el vicio haya afectado las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento; *convalidación*, que impone que quien alega la nulidad no haya coadyuvado a la producción del acto irregular; *subsidiariedad*, que exige que no se disponga de un mecanismo procesal diferente a la invalidación para subsanar la irregularidad; *oportunidad*, que determina que las nulidades deben postularse dentro de las oportunidades previstas en la ley y; *lealtad*, entendido como el deber para las partes y el funcionario de conocimiento, de esgrimir la configuración del motivo anulatorio o decretarlo apenas se tenga conocimiento del vicio.

20. Se advierte, conforme a los principios citados, que no cualquier irregularidad es susceptible de invalidación, pues solamente serán sancionados de esa forma aquellos yerros que afecten *«la realización del ius puniendi en condiciones de justicia»*[5].

21. Otro de los principios derivados del artículo 29 Superior es el de legalidad. Este, particularmente, fue desarrollado en el artículo 6[6] de la Ley 906 de 2004 y, según él, *nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio*. Asimismo, la jurisprudencia de la Corte tiene dicho que el principio de legalidad *«conlleva ínsito una serie de garantías, que responden no solo a la necesidad de que el delito y la pena estén claramente definidos en la ley, sino que el*

[5] Corte Constitucional, sentencias C-828 de 2010 y C-387 de 2014.
[6] Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.
La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.

juez, al momento de dosificar la sanción correspondiente, atienda los parámetros legales»[7].

22. El artículo 348 del Código de Procedimiento Penal prevé lo siguiente:

> *«Con el fin de 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.*
>
> *El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.»*

23. Ahora, de acuerdo con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en el radicado 27.218 de 16 de mayo de 2017, la posibilidad de desconocimiento de la negociación por parte del juez está supeditada a la advertencia de violación de garantías fundamentales, caso en el cual se impone la nulidad. Textualmente expresó la Corte:

> "*El allanamiento o el acuerdo es vinculante para todos los sujetos procesales, incluido el juez, quien debe dictar la sentencia de conformidad con lo aceptado o convenido por las partes, a menos que advierta vicios del consentimiento o desconocimiento de las garantías fundamentales, caso en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que la actuación se conduzca por los senderos de la legalidad"*

24. De esta manera en los procedimientos que dan lugar a los fallos anticipados la situación del procesado no queda al arbitrio de los funcionarios que intervienen en ellos, ni carente de las garantías a las que se compromete y está obligado a respetar el estado[8].

25. Por su parte, el inciso 4° de la norma 351 de la misma obra, dice que *los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento,* ***salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales;*** claro está, el legislador no solo se refirió

---

[7] Corte Suprema de Justicia, decisión de 25 de octubre de 2017. Radicación 49841. M.P. Eyder Patiño Cabrera.
[8] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 27.218 de 16 de mayo de 2017.

al procesado como titular de esas garantías, pues también incluyó a las víctimas.

26. La Corte Constitucional al momento de analizar la exequibilidad de una de las expresiones contenidas en el artículo 348 antes mencionado señaló sobre este instituto procesal:

> *«Entre la Fiscalía y el imputado o el acusado pueden celebrarse acuerdos orientados a que se dicte anticipadamente sentencia condenatoria, lo que implica la renuncia a la etapa del juicio, es decir, a ser vencido en juicio. También puede aceptarse la culpabilidad al inicio de juicio oral, con lo cual este no se lleva a cabo y se procede entonces a dictar la sentencia condenatoria correspondiente.* ***En los dos casos mencionados, corresponde al juez, bien de garantías o de conocimiento, verificar que no se hayan desconocido o quebrantado garantías fundamentales, así como que se actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión, y que el imputado o procesado se encuentra para ello asesorado por su defensor. Al respecto, el artículo 354 de la Ley 906 de 2004, impone la obligación de que en la realización de los acuerdos esté siempre presente el defensor del imputado, so pena de su inexistencia, así como que prevalece siempre lo que decida el imputado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual se dejará constancia****. Además, cabe recordar, que en 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 se asegure el recaudo del remanente. Además, la reparaciones efectivas a las víctimas que puedan resultar de los preacuerdos entre el fiscal y el imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, ésta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.»*

27. 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 inmediación 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*".

28. 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* (…)".

29. 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*".

30. 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 hiciere 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.*

31. Al respecto, se itera, si la aceptación de 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 la manifestación de culpabilidad, el mandato es determinante: 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 interrogue al procesado.

32. 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.

33. Descendiendo al caso concreto, sea lo primero indicar que la aceptación de cargos por la vía del preacuerdo realizado por el imputado GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA se expresó por la conducta punible de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes descrita y sancionada en el inciso primero del artículo 376 del código. Las cláusulas del convenio se concretaron a que el procesado GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA aceptaba cargos, en calidad de autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, artículo 376 inciso primero de código penal a cambio la fiscalía y con solo con la finalidad de menguar la pena le reconocería la rebaja prevista para el cómplice, según el artículo 30 inciso tercero del código penal; en razón a ello acordaron una pena de cien (100) meses de prisión y una multa de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

34. Luego de verbalizado el preacuerdo por la fiscalía, el veintiocho (28) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis, Antioquia, con el fin de verificar si la renuncia a guardar silencio y al juicio oral fue una decisión voluntaria, libre, espontánea, consciente, informada y asesorada por un profesional del derecho, tal como lo ordena el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, se dirigió al procesado GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA en los siguientes términos[9]:

> "**Juez**: "*¿Don Gustavo usted conoce claramente que fue lo que usted acordó con la Fiscalía General de la Nación y con el aval del defensor?*"
> **Procesado**: "*Si señor*"
>
> **Juez**: *¿Usted conoce claramente que lo que acordó fue aceptar su responsabilidad penal como autor a título de dolo del deliro de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente, bajo la acción de transportar definido en el artículo 376 inciso primero del código de procedimiento penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1474 de 2011, y que de acuerdo a la cantidad de sustancia narcótica que se le encontró en su poder se ubica en el inciso primero de esa norma lo que indica que la sanción es de prisión y oscila entre 128 a 160 meses de prisión t multa entre 1334 y 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Es consciente de eso. ¿Es consciente de eso, que eso fue lo que negoció de ser autor penalmente responsable de ese comportamiento?*

[9] Récord 31:58 a 01:15:32 de la audiencia de verificación de preacuerdo.

Procesado: "***Yo solamente transportaba ese material, pero inconscientemente porque no sabía lo que traía, pues***."

En ese instante el juez lo interrumpe al acusado y le expresa: "*Si usted me dice que es inconsciente me está condicionando la aceptación de cargos y en ese sentido yo no puedo impartir aprobación al preacuerdo, señor. Quiero que sea claro y conciso, porque si usted me condiciona, me dice que no tenía consciencia me está diciendo que no es responsable, quiero que sea claro con lo que dice o entrevístese con su defensor*"

Y el procesado nuevamente interviene y expresa: "***No soy dueño, simplemente como digámoslo como cómplice, pues pero no soy el dueño ni del carro***…"

35. El Juez lo interrumpe y le dice: "*No, no vea, yo le estoy haciendo unas preguntas y usted me tiene que responder claramente con un sí o con un no. Que sea el dueño o no sea el dueño no me puede indicar porque yo no le estoy preguntando si usted era el dueño de eso, yo le estoy preguntando si usted es consciente de lo que negoció con la fiscalía, que nada tiene que ver con quien es el dueño de esa sustancia. Entonces me va a responder claro o habla con su defensor ante de seguir con el interrogatorio.*". El procesado interrumpe al juez y le expresa: "*Pues digamos si, juez*". El juez le pregunta ¿*Si qué*? y don GUSTAVO ALONSO le responde "*Lo que usted me está preguntando le digo que sí*". Enseguida expresa el juez: "*Entonces vuelvo y le pregunto y me responde con claridad, por favor*".

Juez: "*¿Es usted consciente que lo que acordó con la Fiscalía General de la Nación es ser autor penalmente responsable a título de dolo del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, bajo la acción alterna de transportar, que de acuerdo con la cantidad de sustancia que se le incautó se ubica en el inciso primero del artículo 376 del código de procedimiento penal y trae consigo una pena de privativa de la libertad que oscila entre 128 y 360 meses de prisión y multa de 1334 a 50000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Que por aceptar cargos se le concede los efectos solamente de pena previstos para la complicidad y se pacta una pena de prisión definitiva de 100 meses y de 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. ¿Es consciente de eso sí o no?*
Procesado: "*Sí*"

Juez: *¿Don Gustavo usted es consciente que al aceptar su responsabilidad penal en este comportamiento antisocial va a ser declarado penalmente responsable y va a ser condenado a la pena de prisión pactada de 100 meses y 1000 salarios mínimos legales mensuales de multa, y que esa pena privativa de la libertad la tiene que cumplir físicamente en prisión*?
Procesado: "*Si señor*"

Juez: *¿También usted es consciente que al aceptar el preacuerdo, como lo ha hecho, la representante de la Fiscalía General de la Nación está renunciando a la celebración de la audiencia de juicio oral…* (no se entiende) *público, oral, contradictorio y con inmediación de pruebas y*

sin dilaciones injustificadas. En esa audiencia a través de la cual la fiscalía … (no se entiende) *toda la prueba a su alcance no solamente para demostrar que ese hecho existió sino que usted es el responsable del mismo, pero también la audiencia a través de la cual la defensa traería todos los medios de prueba faltante para tratar de desvirtuar la teoría del caso de la fiscalía. Es consciente que está renunciando también a ese derecho.*?
Procesado: ¿*Si señor*?

Juez: ¿*Don Gustavo usted es consciente que al tomar esta decisión entonces va a ser condenado y sentenciado a lo que negoció y usted no va a tener beneficios de mecanismos sustitutivos, es decir, que tiene que cumplir en pena, en prisión esta pena impuesta*? El procesado no responde y el juez le interroga: ¿*Don Gustavo me escuchó*?
Procesado: "*Si señor*"

Juez: "*es consciente de eso*"
Procesado: "*Si señor*"

Juez: ¿*La decisión que toma es libre*?
Procesado: ¿*sí señor*?

Juez: "¿*Es voluntaria*?"
Procesado: "*Sí*"

Juez: "¿*Es espontánea*?"
Procesado: "*Sí*"

Juez: ¿*Usted ha sido debidamente orientado y asesorado por su defensor*?
Procesado: *"Sí señor*"

Juez: "¿*Usted ha sido presionado o aleccionado por alguna persona para prestar su consentimiento con este preacuerdo*?
Procesado: "No"

Juez: "¿*Usted para aceptar esta negociación ha estado bajo el influjo de bebida alcohólicas o embriagantes*?"
Procesado: "*No*"

Juez: ¿*Usted es consciente…* (No se entiende)?
Procesado: "*sí señor*"

36. Como viene de verse, la actuación del *A quo* no permite establecer sí, en efecto, GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA renunció a la garantía del juicio oral debidamente informado y asesorado por su defensor, en tanto, desde un comienzo manifestó al juzgado ser ajeno a esa delincuencia, negando ser el propietario del cargamento del estupefaciente trasportado en el vehículo por él conducido, respecto

del cual también sostuvo no era su dueño; además cuando indicó no ser consciente sobre el material acarreado.

37. Ahora, ante esa respuesta el juzgado, a pesar de anunciarlo, no permitió una entrevista entre el señor GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA y su defensor e incluso con la fiscalía, porque era deber del togado y del ente acusador informar adecuadamente al procesado antes de conseguir su aquiescencia para la celebración de la negociación.

38. Claro quedó la falta de información del procesado sobre la renuncia de sus derechos durante la negociación lo cual se evidenció mientras se adelantaba por el juzgado la verificación de garantías, en ejercicio de lo señalado en el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, y contrario a su deber, según las previsiones del numeral 6 del artículo 139 ibidem, el juez continuó con la diligencia muy apresurado por lograr consolidar el preacuerdo, todo lo cual trajo como consecuencia la violación del debido proceso y el derecho a la defensa.

39. Ahora, ante semejante situación resulta reprochable la pasividad del abogado defensor, pues no hizo ni dijo nada en favor de su representado, no obstante lo expresado por él, lo cual evidentemente mostraba un posible quebrantamiento de sus garantías.

40. Entonces, se comprometió el derecho a la defensa del procesado durante la celebración del preacuerdo y en el desarrollo de la diligencia de verificación de garantías, lo cual trascendió a una aceptación de cargos por parte del señor GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA sin haber sido debidamente informado ni asesorado por quien agenciaba sus derechos, tal como lo ordena el artículo 29 de la Constitución Nacional y el artículo 8 de la Ley 906 de 2004.

41. También se afectó el debido proceso de que tratan los artículos mencionados, pues el juzgado dio un trámite incorrecto a lo previsto en el artículo 131 ibídem, en tanto no cumplió con la finalidad propuesta en esa disposición, esto es, constatar mediante entrevista personal al procesado que la renuncia de garantías, además de libre,

consciente y voluntaria hubiese sido debidamente informada y asesorada por un profesional del derecho.

42. Lo anterior innegablemente dio lugar a un vicio sustancial en la actuación procesal en tanto se dictó sentencia sin realizar el acto procesal que le daba fundamento a esta, sin la realización previa de un juicio, esto es, la verificación de la aceptación de cargos, como de garantías, pues esa vigilancia del respeto de los derechos del procesado no se llevó a cabo por parte del juzgado.

43. Como consecuencia de lo anterior, se estructura la causal de nulidad prevista en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, por tanto la Sala nulitará lo actuado, a partir de la audiencia del veintiocho (28) de agosto de dos mil veintitrés (2023), llevada a cabo bajo la dirección del Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis, Antioquia, 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 señor GUSTAVO ALONSO ROLDÁN ESTRADA.

44. Finalmente, en relación con la libertad provisional peticionada por el defensor al amparo de la causal 4 del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, se abstiene el Tribunal de emitir un pronunciamiento en ese sentido, en tanto la providencia confutada no menciona una decisión sobre esa materia y se sugiere a la defensa promoverla ante el *A quo* para garantizar la doble instancia, principio rector previsto en el artículo 20 de la Ley 90 de 2004 en los siguientes términos:

> "*Las sentencias y los autos **que se refieran a la libertad del imputado o acusado**, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación.*
>
> *El superior no podrá agravar la situación del apelante único.*"

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 preacuerdo veintiocho (28) de agosto de dos mil veintitrés (2023), llevada a cabo bajo la dirección del Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis, Antioquia.

SEGUNDO. En cuanto a la libertad provisional solicitada por el defensor, se abstiene el Tribunal de emitir un pronunciamiento en ese sentido.

TERCERO. 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: **2962abb0fb26a5e7a377a3acc0546c8d73e154003f33f7d9a9711f1945f26746**
Documento generado en 18/10/2023 04:59:33 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	05000-22-04-000-2023-00489-00 (2023-1540-3)
Incidentante	Rufino Antonio Goez
Incidentado	Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.
Asunto	Incidente de desacato
Decisión	Rechaza
Acta y fecha:	N° 347 de octubre 17 de 2023

Medellín, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resuelve la Sala solicitud de incidente de desacato presentado por Rufino Antonio Goez, contra el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, por el presunto incumplimiento del fallo de tutela emitido por esta Corporación el cuatro de septiembre de 2023.

DE LA SOLICTUD

Indicó el accionante[1] que el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, no ha proporcionado respuesta al recurso de apelación que

[1] PDF N° 001 del Expediente Digital, carpeta IncidenteDesacato.

interpuso frente a la negativa del beneficio de prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, y por ello, se apoya en *"el recurso de desacato"*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo en cuenta que la finalidad de la acción de tutela es la protección eficaz e inmediata de los derechos fundamentales, frente a las agresiones o amenazas de las que sean objeto por la acción u omisión de las autoridades públicas y eventualmente por particulares, claro deviene el deber del Juez Constitucional para garantizar tal propósito, aún con posterioridad a la decisión de amparo.

Esto, por cuanto su labor no se limita a impartir una orden que formalmente proteja los derechos de quienes acuden a este mecanismo, sino que se extiende a la obligación de velar por la efectividad de las medidas adoptadas; y en ese sentido, a agotar todas las posibilidades a su alcance, hasta lograr que la decisión materialmente produzca el resultado esperado.

El artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta el artículo 86 de la Constitución Política, confiere la competencia al Juez que conoce y falla la acción de tutela, de tal forma, que este pueda activar los medios idóneos y eficaces para exigir el acatamiento de las sentencias. Igualmente, el artículo 52 inciso 1° *ibídem*, establece el alcance de las sanciones pertinentes para el incumplimiento de las órdenes judiciales.

Deviene, entonces, que el fallo se infringe cuando no solamente el depositario de las órdenes las incumple en su totalidad sino también parcialmente; mediando siempre la intención de evadir la obligación prohijada por la sentencia judicial, siendo necesario demostrar con certeza que el incumplimiento se derivó de la responsabilidad subjetiva del accionado, pues no es procedente la presunción de responsabilidad con base en el mero acto de incumplimiento. En este sentido, la Corte Constitucional refirió que:

> *"El desacato es un mecanismo de creación legal, que procede a petición de la parte interesada, a fin de que el juez constitucional en ejercicio de sus potestades disciplinarias sancione con arresto o multa a quien con responsabilidad subjetiva desatienda las órdenes proferidas mediante sentencias que buscan proteger los derechos fundamentales.*
>
> *En consonancia con lo anterior, debe precisarse que la figura del desacato ha sido entendida como una medida que tiene un carácter coercitivo, con la que cuenta el juez constitucional para conseguir el cumplimiento de las obligaciones que emanan de sentencias de tutela (…). "*[2]

En el caso concreto tenemos que, si bien en su momento el señor RUFINO ANTONIO GOEZ impetró acción constitucional contra el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, por cuanto no había proporcionado respuesta al recurso de apelación que interpuso contra la negativa de la concesión del beneficio de prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, lo cierto es que, en esa oportunidad, esto es, mediante sentencia del cuatro de septiembre de 2023, esta Sala negó la protección del derecho fundamental al debido proceso del señor RUFINO ANTONIO GOEZ, pues en ese momento tal Juzgado se encontraba en oportunidad para resolver.

Y aunque, el accionante impugnó el fallo, a la fecha no se ha informado a esta Sala sobre las resultas del mismo, confirmando o revocando el fallo.

Así, considerando que la sentencia de tutela del cuatro de septiembre de 2023 constitucional no contiene una orden dirigida al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia para exigir su acatamiento, se rechaza la solicitud de trámite de incidente de desacato deprecado.

Con fundamento en lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL, EN SEDE CONSTITUCIONAL,

[2] Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2009..

RESUELVE

RECHAZAR la solicitud de trámite incidental pretendido por Rufino Antonio Goez por intermedio de apoderada judicial.

Notifíquese 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: **72ffb819b37d68c5aaf228cd90610300202dce952a63946e9315db86d18b9a35**

Documento generado en 18/10/2023 04:59:39 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 PENAL DE DECISIÓN

Radicado: 05045-3104001-2023-00233 (2023-1732-3)
Accionante: DAVIANA VALENTINA FERNÁNDEZ SILVA
Accionada: Registraduría Nacional del Estado Civil
Asunto: Impugnación Fallo Tutela
Decisión: Confirma
Acta y fecha: N° 350 de octubre 17 de 2023

Medellín, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación propuesta por la accionante DAVIANA VALENTINA FERNÁNDEZ SILVA contra el fallo del siete de septiembre de 2023**,** mediante el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, declaró improcedente la protección de sus derechos fundamentales.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron recogidos en la decisión de primera instancia, en los siguientes términos:

> *La accionante sostiene que el día 12/09/2019 la Registraduría Municipal de Chigorodó autorizó su inscripción en el registro civil de nacimiento ocurrido el día 31/05/1998 en Chigorodó; para soportar tal situación presentó la declaración de dos testigos.*
>
> *Que una vez le fue otorgado el registro civil de nacimiento, procedió a solicitar su cédula de ciudadanía la cual le fue expedida sin ningún problema; que con su cédula ha realizado varios actos como ciudadana, como afiliarse a la seguridad social, firmar contratos de trabajo, créditos financieros y la inscripción al registro civil de sus hijos.*
>
> *Manifiesta que fue informada por la EPS y por la universidad donde cursa sus estudios que su cédula de ciudadanía era falsa, hecho por el cual no podía*

continuar recibiendo los servicios y adelantando sus estudios; refiere que al indagar se dio cuenta que mediante Resolución No. 14377 del 25/11/2021, la Registraduría Nacional del Estado Civil canceló su cédula de ciudadanía No. 1038825725 y su respectivo registro civil de nacimiento por falsa identidad.

Considera que se le están vulnerando los derechos fundamentales a la nacionalidad, debido proceso y personalidad jurídica.

Pide ordene a la Registraduría Nacional del Estado Civil la revocatoria de la Resolución No. 14377 del 25 de noviembre de 2021, por medido de la cual se anuló su registro civil y se dio la cancelación de su cédula por falsa identidad; en consecuencia, que se restablezca la validez y vigencia de su registro civil de nacimiento y su correspondiente cédula de ciudadanía No. 1.038.825.725 expedida en la Registraduría Municipal de Chigorodó.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo declaró improcedente el amparo por hecho superado por cuanto la Registraduría Nacional del Estado Civil informó que mediante Resolución No. 18549 del 31 de agosto de 2023 restableció temporalmente la vigencia de la cédula de ciudadanía N° 1038825725 en el Archivo Nacional de Identificación con el fin de que se realice nueva inscripción del Registro Civil de Nacimiento y sea vinculado el NUIP 1038825725 en el término de un (1) mes, cesando así la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la actora.

DE LA IMPUGNACIÓN

La accionante inconforme con la decisión adoptada manifestó que, el debido proceso administrativo le fue vulnerado no solo por la falta de notificación adecuada del acto administrativo que anuló y canceló su registro civil de nacimiento y su cédula de ciudadanía, sino también por el desconocimiento del proceso realizado para la inscripción de tales actuaciones, pues las declaraciones rendidas por los dos testigos son validas y no pueden ser consideradas falsas en tanto cumple con los requisitos legales.

La Registraduría Nacional no tuvo en cuenta que las declaraciones fueron presentadas ante el funcionario de registro civil competente, y se empeñó a clasificarla como extranjera, sin existir razón o evidencia para hacerlo.

Expresó que el A quo no realizó actuaciones que permitiera establecer la verdad fáctica del proceso, equivocándose al considerar que no es el competente para cuestionar las razones jurídicas para la anulación de su registro civil de nacimiento y la consecuente cancelación de su cédula de ciudadanía, frustrando la posibilidad de poder acceder a la defensa de sus derechos fundamentales.

La Resolución No. 18549 del 31 de agosto de 2023 no admite recurso, por ende, no cuenta con otro mecanismo legal efectivo que pueda restablecer sus derechos fundamentales quebrantados.

Es colombiana en tanto sus padres lo son, y aunque la inscripción de su registro civil se realizó de manera extemporánea, se dio aplicación a lo dispuesto en los decretos 1260 de 1970, 999 de 1988 y 2188 de 2001, así como las reglas del Decreto 356 de 2017 que modificó el Decreto 1069 de 2015.

Su registro civil de nacimiento No. 58826344 del 12 de septiembre de 2019 inscrita en la Registraduría Municipal del Estado Civil de Chigorodó, Antioquia, adolece de la identificación de sus padres toda vez que, para la fecha del registro ninguno contaba con documento de identidad.

Su madre Nedelsa Margarita Silva Montiel obtuvo su documento de identidad el 22 de agosto (sic) a través de la Registraduría Municipal del Estado Civil de Carepa, Antioquia. Registro civil de nacimiento serial No. 61537580 con el que procedieron a preparar su cédula de ciudadanía colombiana No. 1.040.388.734, por ende, una vez expedido el documento de identidad de su madre, legalmente procede la corrección de su registro civil de nacimiento -Decreto 999 de 1988- y no su anulación.

La Resolución No. 18549 del 31 de agosto de 2023 expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil solo le proporciona el plazo de un mes para realizar una nueva inscripción de su registro civil de nacimiento, tiempo en el cual la Registraduría no ha expedido la cédula de ciudadanía de su madre, pues en promedio son seis meses.

Para dar cumplimento a la Resolución No. 18549 del 31 de agosto de 2023 es necesario que la misma entidad agilice y priorice la expedición del documento de identidad de su madre, o se amplie dicho plazo.

El A quo desconoció el hecho del perjuicio irremediable al que la ha sumido la Registraduría Nacional del Estado Civil al cercenarle los derechos a la nacionalidad, personalidad jurídica y estado civil, al no existir un medio de defensa como los recursos que por ley tendría derecho, por desconocer la actuación administrativa que determinó que sus documentos de identidad deberían ser anulados y cancelados basados en una supuesta *"falsa identidad"*.

La imposibilidad o anulación de la inscripción del nacimiento de una persona en el registro implica la negación de los atributos de la personalidad e impide el ejercicio de otros derechos del individuo.

Expuso que su caso no es un hecho de *"falsa identidad"*, es un despropósito que desborda la autoridad que tiene la Registraduría Nacional del Estado Civil; que, realizar dicha afirmación es irresponsable e inexplicable, al no tener sustento legal y probatorio para hacerlo. Es una categorización criminal. Que el Director Nacional de Registro Civil y el Director Nacional de Identificación deberían ser investigados por parte de los entes de control, por los actos de discriminación, abuso de autoridad y extralimitación de sus funciones.

Considera que, la Registraduría Nacional del Estado Civil debe ser conminada para revocar parcialmente la Resolución No. 14377 del 25 de noviembre de 2021, restableciendo definitivamente la validez y vigencia de su registro civil de nacimiento inscrito bajo el indicativo serial No. 58826344 del 12 de septiembre de 2019 (pues figuran todos los documentos antecedentes como presupuestos de la inscripción), y su cédula de ciudadanía No. 1.038.825.725.

También solicita la invalidez de la resolución No. 18549 del 31 de agosto de 2023 por soportarse en hechos que no son ciertos.

Continuar asegurando que su registro civil de nacimiento es nulo, es seguir victimizándola dentro de todo ese contexto, pues la Registraduría Nacional no ha logrado probar que el proceso de inscripción de su registro civil y la expedición de su cedula de ciudadanía incurrió en falsa identidad, tan solo se limitó a emitir conceptos legales que en nada se relaciona con su caso.

No es dable que nuevamente deba realizar todo el proceso de inscripción de su registro civil de nacimiento, pues sería un desgaste personal y administrativo innecesario que rompe con los principios de la administración pública. De tal manera, no se acoge a lo resuelto en la Resolución No. 18549 del 31 de agosto de 2023, la cual no admite recursos legales.

Pretende la protección de sus derechos fundamentales como la nacionalidad, salud y personalidad jurídica, por la negativa de la entidad accionada de reconocer el acto del registro como medio de acreditación de la nacionalidad colombiana.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991[1], el Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

De otro lado, esta Corporación tiene la competencia para pronunciarse conforme a lo previsto por el artículo 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991, al tener la condición de superior funcional del Despacho de primera instancia.

De conformidad con el artículo ochenta y seis (86) de la Carta Política, la acción de tutela constituye un mecanismo subsidiario y residual que permite la intervención inmediata del juez constitucional, con el ánimo de proteger los derechos fundamentales vulnerados o puestos en riesgo por las actuaciones a cargo de autoridades o de incluso particulares; en tratándose

[1] Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017

de estos últimos, únicamente en los eventos previstos en la norma referida. Ahora, esta acción constitucional se caracteriza, según lo dispuesto en el artículo tercero (3º) del Decreto 2591 de 1991, por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

En el presente asunto se tiene que DAVIANA VALENTINA FERNÁNDEZ SILVA pretende la protección de sus derechos que considera vulnerados por la Registraduría Nacional del Estado Civil, con la expedición de la Resolución No. 14377 del 25 de noviembre de 2021 por medio de la cual se anuló su registro civil de nacimiento y se canceló su cédula de ciudadanía por falsa identidad.

Le corresponde a esta Sala determinar si acertó el A quo en declarar improcedente el amparo deprecado por la accionante por la configuración de un hecho superado, en tanto con ocasión al trámite de tutela, la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante Resolución No. 18549 del 31 de agosto de 2023 permitió una nueva inscripción de registro civil de nacimiento a la accionante y restableció temporalmente la vigencia de la cédula de ciudadanía Nro. 1038825725 a nombre de DAVIANA VALENTINA FERNÁNDEZ SILVA.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, pues en virtud de la subsidiaridad de la acción, se impone al peticionario la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas.

De manera expresa, la Corte Constitucional en sentencia T-149-23 expuso:

> "45. *Así, esta corporación ha reiterado que el estudio de procedencia de la acción de tutela, cuando el actor pretende controvertir un acto administrativo, debe considerar que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– consagró mecanismos de autotutela y los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, para el efecto. En este contexto,* ***la jurisprudencia constitucional ha definido, por regla general, la improcedencia de la tutela para controvertir actos***

administrativos *en atención a: (i) la existencia de mecanismos de autotutela; (ii) la existencia de medios judiciales ordinarios establecidos para controvertir las actuaciones de la administración en el ordenamiento jurídico; (ii) la presunción de legalidad que las reviste; y (iii) la posibilidad de que, a través de las medidas cautelares o provisionales, se adopten remedios idóneos y eficaces de protección de los derechos en ejercicio de los mecanismos ordinarios.*

(…)

La corrección de las actuaciones administrativas[28] y los recursos de reposición y apelación[29], que se emplean en el curso de las actuaciones administrativas, les brindan a aquellas la oportunidad de ajustar sus actuaciones a las normas pertinentes. Son mecanismos de autotutela, en los cuales la propia administración sujeta, bien sea de manera rogada o espontánea, sus determinaciones a los dictados del ordenamiento. Cuando ello no ocurra, los administrados podrán recurrir a los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011, que ponen en marcha el funcionamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Este engranaje de instituciones, administrativas y judiciales, depura los actos de la Administración de desaciertos e infracciones al ordenamiento[30].

48. Por lo tanto, el afectado con una decisión administrativa que trasgreda sus derechos cuenta con mecanismos de autotutela que le permiten acudir ante la misma entidad para que esta revise y corrija aquellos errores que advierta en su decisión, en aras de garantizar el efectivo cumplimiento de los fines del Estado[31].

49. Asimismo, el CPACA también contempla el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a partir del cual "(…) toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho".

(…)

50. En la sentencia SU-355 de 2015, la Corte se refirió a las medidas cautelares previstas en la codificación de lo contencioso administrativo, que regula su procedencia, tipología y trámite para su adopción por parte del juez administrativo. Una síntesis de las características básicas de estas medidas se expone a continuación:

(a) El ámbito de aplicación de las medidas cautelares, conforme al artículo 229 del CPACA, se extiende a todos los procesos declarativos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por lo tanto, el juez puede decretarlas a petición de parte, antes de la notificación del auto admisorio o en cualquier estado del trámite, cuando lo estime necesario para la protección y garantía provisional del objeto del proceso o para la efectividad de la sentencia;

(b) El artículo 230 de esa normativa estableció que las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. En este sentido, el juez puede (a) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo y (b) suspender un procedimiento o una actuación de cualquier naturaleza;

(c) El artículo 231 fija las condiciones para la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, cuando se pretenda su nulidad;

(d) El artículo 232 establece que no se requerirá prestar caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos; y,

(e) Finalmente, las medidas cautelares pueden ser ordinarias o de urgencia. Las primeras podrán adoptarse antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, mientras que las segundas podrán dictarse desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y sin necesidad de notificar previamente a la contraparte.

51. De igual manera, la sentencia SU-691 de 2017 concluyó que, por regla general, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta con los instrumentos procesales idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos fundamentales, materializados en el conocimiento del asunto por jueces especializados y en el decreto de medidas cautelares de protección. Sobre las medidas cautelares, la Corte señaló que "la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se encuentra regulada en el artículo 231, en el cual se contempló para su procedencia la comprobación de una contradicción entre el acto demandado y una norma superior a partir de la evidencia o del estudio de las pruebas allegadas a la solicitud".

52. Asimismo, sostuvo que la Ley 1437 de 2011 creó un mecanismo con una efectividad especial, en razón del procedimiento célere para su adopción: las medidas cautelares de urgencia, con un régimen diferenciado respecto de las medidas cautelares ordinarias. Así, cuando se evidencie que por su premura no sea posible correrle traslado a la contraparte, sin poner en riesgo el interés que se pretende cautelar, deberán ser decretadas las medidas provisionales.

53. En esa línea, entre otros aspectos de las medidas cautelares, señaló que:

(a) La Ley 1437 de 2011 consagró una serie de posibles medidas cautelares entre las que se cuentan el restablecimiento inmediato de un derecho, la suspensión de un procedimiento, la orden de adopción a la administración de una decisión, la demolición de una obra o las órdenes de imponer obligaciones de hacer o no hacer;

(b) El CPACA concibe las medidas cautelares de forma autónoma a la demanda presentada, a tal punto que el requisito de conciliación prejudicial no le es aplicable a ellas, aunque sea necesaria su acreditación para la admisión de la demanda. Según se estableció en sentencia de tutela de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: "(…) el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar"[33].

(c) En nombre de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, en materia de derechos humanos (convencionalidad), en casos de urgencia, la solicitud y decreto de la medida cautelar no necesariamente debe realizarse dentro del proceso entablado contra un acto administrativo. Por lo tanto, la urgencia en la protección de los derechos no sólo justifica que el juez debe tomar la medida cautelar sin correr traslados, tal como está previsto en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 sino que, según el caso, no es necesario

presentar demanda de fondo para que el juez tenga competencia para proferir la medida cautelar[34].

54. Con base en las características del régimen jurídico vigente, la Corte ha destacado que la inclusión de las medidas cautelares de urgencia, que por la finalidad que persiguen, fueron estructuradas como medios preliminares dotados de eficacia inmediata para la protección de los derechos fundamentales. Esta circunstancia, implica para el juez administrativo el deber de "(…) remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos"[35]. En otras palabras, las medidas cautelares y en especial las de urgencia se conciben como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia que deben tener en cuenta no sólo presupuestos legales, sino también constitucionales y convencionales para su procedencia.

55. Así, esta corporación ha señalado que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela, por parte de los jueces especializados en los asuntos del contencioso administrativo y también encargados de la protección de los derechos fundamentales. Pero esto no significa la improcedencia ni automática ni absoluta de la acción constitucional de protección subsidiaria de derechos fundamentales, ya que los jueces de tutela tienen la obligación de determinar, de conformidad con el artículo 6° del Decreto Ley 2591 de 1991, la idoneidad y la eficacia -en concreto- de los otros medios de defensa judicial atendiendo a las circunstancias particulares del solicitante. Específicamente se debe considerar: (i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados."

En el asunto, se tiene que el 13 de septiembre de 2019, fue expedida la cédula de ciudadanía No. 1038825725 de DAVIANA VALENTINA FERNÁNDEZ SILVA, a partir del documento base que corresponde al registro civil de nacimiento con indicativo Serial No. 58826344 del 12 de septiembre de 2019.

La Registraduría Nacional del Estado Civil mediante Resolución No. 14377 del 25 de noviembre de 2021 anuló el referido registro civil y consecuencialmente canceló la cédula de ciudadanía de la accionante por falsa identidad, conforme las previsiones del numeral 4° del artículo 104 del Decreto 1260 de 1970 que dispone: "*Cuando no aparezca debidamente establecida la identificación de los otorgantes o testigos, o la firma de aquellos en estos*", ya que al verificar el documento con indicativo Serial No. 58826344 se halló que: "*El documento antecedente es testigos, sin embargo, las declaraciones testimoniales carecían de especificaciones de tiempo, modo y lugar del nacimiento del inscrito, se determinó entonces, que la inscripción no contó con los documentos necesarios para*

soportar la inscripción extemporánea, por lo que se dio inicio de la actuación administrativa."

Determinación notificada por aviso a la señora DAVIANA VALENTINA FERNÁNDEZ SILVA por cuanto la Registraduría Nacional del Estado Civil no contaba con la correcta dirección del domicilio de la afectada para efectuarla de manera personal[2].

Contra la referida Resolución procedían los recursos de reposición y en subsidio el de apelación[3], sin embargo, la accionante no los empleó, por lo que cobró ejecutoria el cuatro de enero de 2022.

La legalidad del acto administrativo podía discutirse al interior del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pero la accionante tampoco acudió a esa instancia, sin explicar la presunta ineficacia de activar del referido proceso ordinario en el que incluso procedía una serie de posibles medidas cautelares.

De tal forma, advierte la Sala que el amparo solicitado debió declararse improcedente por subsidiaridad de la acción, en tanto la accionante no agotó todos los medios de defensa judicial a su alcance y la acción constitucional no puede admitirse como un medio judicial adicional o complementario de los establecidos en la ley para defensa de los derechos.

Conforme lo arduamente decantado por la Corte Constitucional, la acción de tutela no puede ser empleado como un medio para revivir etapas procesales en las que se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico, o mejor aún, no puede emplearse como una instancia adicional o como una opción frente a los procedimientos legales diseñados por el legislador y tornar viable la injerencia del juez de tutela en procesos que se encuentran fenecidos.

[2] PDF 06 C01PrimeraInstancia
[3] PDF 01, Folio 35 del C01PrimeraInstancia.

No obstante, en lo que concierne al hecho superado, se observa que con ocasión al trámite constitucional la Registraduría Nacional del Estado Civil pudo analizar mejor la situación de la señora DAVIANA VALENTINA FERNÁNDEZ SILVA y por ello expidió la Resolución No. 18549 del 31 de agosto de 2023 que restableció temporalmente la vigencia de la cédula de ciudadanía No. 1038825725 y permitió una nueva inscripción del registro civil de nacimiento.

Explicó la entidad accionada[4] que, como la anulación del registro civil con indicativo serial No. 58826344 se fundamentó en vicios formales, DAVIANA VALENTINA FERNÁNDEZ SILVA puede nuevamente inscribirse en el registro civil de nacimiento conservando su NUIP 1038825725.

De tal forma, fue acertada la conclusión a la que llegó el A quo al declarar la carencia de objeto por hecho superado. En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, el 31 de agosto de 2023.

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

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

[4] PDF 006 C01PrimeraInstancia.

Notifíquese 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: **5fd010f921d33b26413b26339dae55d51ccb07360b41a7d3fb164c6f2040e4ff**
Documento generado en 18/10/2023 04:59:59 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	05042-31-89-001-2023-00175 (2023-1908-3)
Accionante	Marta Cecilia Úsuga Alcaraz
Accionados	Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.
Asunto	Consulta desacato
Decisión	Confirma
Acta:	N° 348 octubre 17 de 2023

Medellín, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Procede la Sala a resolver, el grado jurisdiccional de consulta del incidente de desacato, conforme lo prevé el artículo 52 del decreto 2591 de 1991, contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debido a la sanción que le fuera impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia – Antioquia, mediante auto interlocutorio adiado el cuatro de octubre hogaño.

ANTECEDENTES

Con sentencia del 25 de agosto de 2023 se ampararon los derechos fundamentales de Martha Cecilia Úsuga Alcaraz, en consecuencia, se dispuso:

> *"SEGUNDO: ORDENAR a la Nueva Empresa Promotora de Salud NUEVA EPS S.A "NUEVA E.P.S.", proceda dentro del término de dos días contados desde la notificación de este fallo, a aportar a la accionante los siguientes documentos:*

> *1. Certificado de Relaciones de Incapacidad – CRI actualizado en donde se incluyan siempre relacionadas todas las incapacidades que pretende que le sean reconocidas.*
> *2. Certificados Individuales de cada una de las Incapacidades que necesita le sean pagadas a través del subsidio económico, teniendo presente que deberá allegarse las incapacidades transcritas por la EPS, en tanto si se allegan incapacidades expedidas por el médico tratante sin que estén trascritas por la EPS, el pago no será autorizado.*
>
> *Del cumplimiento de esta exigencia, la Nueva EPS informará al Juzgado.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a AFP COLPENSIONES que dentro de los tres días siguientes al aporte de los documentos antes relacionados, proceda a reconocer y disponer el pago de las incapacidades que el médico tratante haya expedido a la accionante Usuga Alcaraz, que corresponden a los meses de febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2023, y si existen algunas otras susceptibles del cobro, así como las primas de diciembre del 2022 y junio de 2023 si han sido reportadas.*

El 11 de septiembre del año que transcurre[1], la parte promotora presentó incidente de desacato alegando el incumplimiento de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones frente a lo ordenado en el fallo de tutela exponiendo que "*con respecto, al cumplimiento del la NUEVA, de enviar las transcripciones de la las incapacidades esta ya dio cumplimiento desde el 04 de septiembre (…) No obstante, la accionada la AFP COLPENSIONES, por medio de su representante legal o director, no ha dado cumplimiento al fallo, y así realizando fraude a Resolución Judicial de Autoridad competente*".

Con auto adiado el 12 de septiembre de 2023[2], se requirió a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones para que informara la situación por la cual no se había dado cumplimiento al fallo de tutela.

La directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones manifestó que se encontraba en imposibilidad material para acatar el fallo hasta tanto la NUEVA EPS expidiera las correspondientes incapacidades, o hasta que la afectada las radicara ante esa

1PDF N° 001 del expediente digital.
2PDF N° 002 del expediente digital.

administradora, pues la obligación de Colpensiones frente al cumplimiento del fallo de tutela es de las denominadas *"sujetas a plazo o condición"*.

Por lo anterior, mediante auto interlocutorio No. 400 del 15 de septiembre de 2023, el Juzgado dispuso, requerir a la Nueva EPS para que en el término de dos días informara la situación por la cual no se había dado cumplimiento al fallo de tutela, pero no se pronunció.

El 21 de septiembre de 2023[3] se dio apertura formal al trámite incidental de desacato, ordenando la notificación del mismo al Dr. Fernando Echavarría Diez, Gerente Regional Noroccidente de la NUEVA E.P.S. y a la Dra. Ana María Ruiz Mejía en calidad de Directora de Medicina Laboral de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a su superior jerárquico Dr. Luis Fernando de Jesús Ucrós Velásquez, en calidad de Gerente en la Gerencia de Determinación de Derechos de esa administradora de pensiones, para que en el término de tres días acreditaran el cumplimiento de la sentencia, y ejercieran su derecho de defensa.

En respuesta, solo se pronunció la Nueva EPS indicando que como lo manifestó la accionante en su escrito de solicitud de incidente de desacato, cumplió con lo ordenado por el despacho, y como prueba de ello aportó copia de los correos remitidos los días cuatro y 14 de septiembre de 2023 a la AFP COLPENSIONES con los certificados de incapacidad individual. De igual forma, allegó copia de las mentadas incapacidades.

Mediante auto del cuatro de octubre de 2023[4], se sancionó por desacato a la Dra. Ana María Ruiz Mejía en calidad de Directora de Medicina Laboral de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, y a su Superior Jerárquico el Dr. Luis Fernando de Jesús Ucrós Velásquez, en su calidad de Gerente en la Gerencia de Determinación de Derechos de esa administradora de

3 PDF N° 008 del expediente digital.

4 PDF N° 011 del expediente digital.

fondo de pensiones, imponiéndoseles tres días de arresto y multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

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.

La finalidad del incidente de desacato no es propiamente la sanción como desarrollo de las facultades coercitivas del juez constitucional, sino la de garantizar la realización efectiva de los derechos protegidos por vía de la acción de tutela. Al respecto ha considerado la Corte Suprema de Justicia:

> "*Ha de subrayarse, igualmente, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el incidente de desacato no tiene como finalidad la imposición de una sanción, pues lo que sustancialmente interesa es que la orden de proteger derechos fundamentales del demandante se cumpla…*"[5]

En el presente asunto, se tiene que Martha Cecilia Úsuga Alcaraz interpuso incidente de desacato contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al estimar que no ha dado cumplimiento al fallo de tutela adiado el 25 de agosto de 2023 por medio del cual, se ordenó:

> *"SEGUNDO: ORDENAR a la Nueva Empresa Promotora de Salud NUEVA EPS S.A "NUEVA E.P.S.", proceda dentro del término de dos días contados desde la notificación de este fallo, a aportar a la accionante los siguientes documentos:*

[5] CSJ STP14262-2015, rad 77727 del 10 de feb de 2015. Reiterado en radicados 75340 del 28 de agosto de 2014 y 66245 del 9 de abr de 2013.

> *1. Certificado de Relaciones de Incapacidad – CRI actualizado en donde se incluyan siempre relacionadas todas las incapacidades que pretende que le sean reconocidas.*
> *2. Certificados Individuales de cada una de las Incapacidades que necesita le sean pagadas a través del subsidio económico, teniendo presente que deberá allegarse las incapacidades transcritas por la EPS, en tanto si se allegan incapacidades expedidas por el médico tratante sin que estén trascritas por la EPS, el pago no será autorizado.*
>
> *Del cumplimiento de esta exigencia, la Nueva EPS informará al Juzgado.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a AFP COLPENSIONES que dentro de los tres días siguientes al aporte de los documentos antes relacionados, proceda a reconocer y disponer el pago de las incapacidades que el médico tratante haya expedido a la accionante Usuga Alcaraz, que corresponden a los meses de febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2023, y si existen algunas otras susceptibles del cobro, así como las primas de diciembre del 2022 y junio de 2023 si han sido reportadas.*

Abierto el incidente, la Nueva EPS acreditó el envío de la documentación a su cargo conforme el citado fallo, en concreto, los días cuatro y 14 de septiembre de 2023 envió no solo al correo de la accionante sino también al correo de Colpensiones, los certificados de las incapacidades de la señora MARTHA CECILIA ÚSUGA ALCARAZ.

Sin embargo, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, no ha cumplido con lo ordenado en la sentencia.

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones se ha referido al pago de las incapacidades en los siguientes términos: "*Es de este carácter sustitutivo del salario que la jurisprudencia ha encontrado que, del mismo modo en que se presume la afectación del mínimo vital de un trabajador cuando no recibe su salario y devenga un salario mínimo o cuando el salario es su única fuente de ingreso -constituyendo un elemento necesario para su subsistencia al cubrir con ese dinero sus necesidades básicas-, igualmente se presume que el no pago de las incapacidades laborales implica una afectación al mínimo vital de la persona*"

Ahora bien, es menester que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones entienda que existe una orden de tutela a través de la cual se dispuso que dentro de los tres días siguientes al recibo de las correspondientes

incapacidades de la señora MARTHA CECILIA ÚSUGA ALZARAZ debía reconocer y efectuar su pago, lo cual no ha efectuado[6], pese a que como se indicó, la Nueva EPS remitió la correspondiente documentación no solo en una, sino en dos oportunidades.

De ahí que cuando la causa de la vulneración de un derecho está en la renuencia, en la rebeldía del funcionario público o de un particular a cumplir lo dispuesto por el Juez de la República, se presenta allí una grave omisión generante de la acción encaminada a la defensa efectiva del derecho constitucional que se conculca. Y cuando ello ocurre, y el obligado a acatar un fallo no lo hace, no solo viola los derechos protegidos en la providencia, sino que se interpone en el libre acceso a la administración de justicia, frustrando así el anhelo de la justicia como uno de los cometidos del orden jurídico. Y quien a ello contribuye con su acción u omisión se hace responsable debiendo ser sancionado.

En el presente asunto, teniendo en cuenta que hasta el momento no obran elementos de prueba que permitan predicar que a la fecha la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones pagó o comunicó al accionante fecha alguna en la que realizará el correspondiente pago de incapacidades a las que tiene derecho, la Sala procederá a confirmar la sanción impuesta por el Juez de primera instancia a la Dra. Ana María Ruiz Mejía en calidad de Directora de Medicina Laboral de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, y a su Superior Jerárquico el Dr. Luis Fernando de Jesús Ucrós Velásquez, en su calidad de Gerente en la Gerencia de Determinación de Derechos de esa administradora de fondo de pensiones, pues, se reitera, no se allegó prueba que justifique válidamente el incumplimiento al fallo de tutela, ni se acreditó el cumplimiento en su totalidad, por lo que puede hablarse de una conducta dolosa encaminada a sustraerse de manera deliberada de cumplir la decisión de tutela, dado que la *Dra.* Ana María Ruiz Mejía y el Dr. Luis Fernando de Jesús Ucrós Velásquez, fueron notificados de cada una de las actuaciones dentro de este trámite y hasta el momento no ha presentado una explicación razonable que

[6] PDF 003 C03SegundaInstancia

indique la imposibilidad de la entidad accionada de dar cumplimiento al fallo de tutela en su totalidad.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sanción impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia – Antioquia, el cuatro de octubre de 2023.

SEGUNDO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, para lo de Ley.

TERCERO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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: **ecf6ed97a49cf721ad48b86db1f2234eb25ac0fbb8cd2c9c207a18cd76999c9e**

Documento generado en 18/10/2023 04:59:48 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	05000-22-04-000-2023-00587-00 (2023-1823-3)
Accionante	Carlos Mario Vélez Durango
Accionado	Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Niega
Acta:	N° 349 octubre 17 de 2023

Medellín, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por CARLOS MARIO VÉLEZ DURANGO, por intermedio de apoderado judicial, en contra del Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la dignidad humana y a la libertad personal.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el demandante[1] que, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, profirió sentencia condenatoria por preacuerdo contra CARLOS MARIO VÉLEZ DURANGO como cómplice del punible de concierto para delinquir agravado (arts. 340 inc. 2 y 342), por lo que impuso la pena de 76 meses prisión y multa equivalente a 2160 smlmv e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual a la sanción privativa de la libertad; y, le fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

[1] PDF 003, expediente digital de tutela.

El 27 de abril hogaño solicitó libertad condicional; sin embargo, el Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, Antioquia, mediante auto No. 2385 negó tal pretensión aduciendo que: *"(…)se acreditaron los requisitos del artículo 64 del Código Penal, por cuanto cumplió las tres quintas partes de la pena, demostró su adecuado desempeño en el transcurso del tratamiento penitenciario, y evidenció su arraigo familiar y social (…)"* y cuando se refirió a los elementos subjetivos (gravedad y modalidad de la conducta) indicó *"(…) debemos dejar en claro que los requisitos que exige la norma son concomitantes, copulativos o necesarios, es decir, que se deben reunir todos para que el otorgamiento del beneficio prospere, pues a falta de uno solo, su procedencia se ve truncada (…) pues sin este instrumento habría de entenderse que en todos los casos daría lugar a su otorgamiento, sin importar que tan grave haya sido el comportamiento, lo que no consulta para nada la política criminal de Estado vigente (…)".*

Adujo que en la referida decisión, el Juzgado expuso que el señor Vélez Durango había sido condenado por la comisión del delito de concierto para delinquir agravado y mencionó que: *"(…) es una conducta con vocación de continuidad y permanencia en la que se encuentran inmersas variadas manifestaciones de voluntad del comportamiento ilegal, pero todas ellas relacionadas con un fin común al que va dirigido el convenio, es por ello, que es suficiente acreditar que la persona formó parte de la empresa criminal, sin importar si su incorporación se produjo al ser creada la organización o simplemente se adhirió con posterioridad, por esta razón, cada uno de manera individual es llamado a responder en conjunto por todas las actividades propias de la estructura de la que era miembro, pues estas siempre persiguen un fin común, es decir, todos se encuentran inmersos en el mismo móvil criminal sin importar su cargo o función (…)"*, y que la sentencia condenatoria *"(…)fue producto de un acuerdo o allanamiento y haberse fijado la pena conforme a lo pactado, no vio el legislador la necesidad de que el Juez abordara este tema en su argumentación, cuya usanza primordialmente está determinada para la graduación de la pena, sin embargo desconocer esta valoración implica claramente una pretermisión de un requisito exigido por el legislador y que marca una diferencia entre conductas que fueron muy graves o tuvieron una relevancia importante respecto de las que no lo son".*

Manifestó además que, en la negativa de libertad condicional se consignó: "*(…) este funcionario ha sostenido la tesis que, en realidad la cárcel tiene un propósito resocializador y en su búsqueda, es que se toman medidas en torno a facilitar ese proceso al interior del penal, pretendiendo que la permanencia de los internos sea la más adecuada, no esperando el castigo, sino ese proceso educativo y comprensivo en el que se entienda que debe reconocer su falta y reconducir su vida hacia un camino provechoso, con metas claras y respetando siempre los derechos de los demás, so pena de seguir sufriendo los avatares del castigo estatal y social (…). No se desconoce, el crecimiento personal, familiar y de reinserción social que logra el condenado por medio del tratamiento penitenciario que recibe, realizando actividades de redención de pena, cursos de diferentes especialidades, actividades de trabajo y un sin fin de ocupaciones a las que pueden acceder los internos, pues precisamente ese es el objetivo de su estadía en prisión, por ello, se sabe que al penal entra un delincuente y se confía, que salga un hombre resocializado, digno de ser recibido nuevamente por la sociedad, quien deberá estar dispuesta a brindarle esa nueva oportunidad, siempre y cuando el resultado sea el esperado (…).*

Contra dicha determinación interpuso recurso de apelación, pues considera que (i) si se cumple con todos los requisitos de ley para la concesión del subrogado, (ii) el despacho accionado se apartó de los parámetros jurisprudenciales vigente, y (iii) no valoró en debida forma los elementos probatorios que acreditaban el proceso de resocialización al interior del penal.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante providencia del primero de septiembre de 2023, confirmó la negativa del subrogado, argumentando principalmente: "*(…) 3.-Frente a la anterior determinación, la defensa técnica del condenado interpuso y sustentó recurso de apelación. Argumentó que debía atenderse exclusivamente al cumplimiento del factor objetivo para acceder a la gracia en referencia, toda vez que en su criterio se hacía innecesario analizar aquellos de carácter subjetivo (…).*" Así mismo, indico que: "*La razón, entonces, está del lado del Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, pues el artículo 64 del Código Penal, modificado por el artículo 30 la Ley 1709 de 2014, declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C757 de 2014, establece la procedencia del mecanismo liberatorio "previa valoración de la conducta punible" por la que se emitió condena, la cual es obligatoria para el Juez, y no se circunscribe tan sólo a su gravedad, sino que debe atender a "todas las circunstancias,*

elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional."

Considera que la acción constitucional es procedente contra las referidas decisiones judiciales, para lograr el amparo de los derechos fundamentales invocados, por cuanto se reúnen los requisitos generales y específicos de procedibilidad.

Frente los requisitos generales, adujo:

-Legitimación en la causa. CARLOS MARIO VÉLEZ DURANGO es el afectado con las decisiones judiciales, y el Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, son las autoridades a quienes se le atribuye la vulneración en tanto fueron quienes emitieron la negativa del subrogado penal.

-Inmediatez. La acción tutelar se interpone en tiempo razonable, en tanto, la última determinación judicial data del primero de septiembre de 2023.

-La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional. *"amerita una evidente relevancia constitucional dado que el asunto plantea un debate relacionado con la resocialización de las personas privadas de la libertad y los requisitos bajo los cuales los jueces de ejecución de penas examinan los criterios para la concesión de la libertad condicional, e involucra los derechos fundamentales al debido proceso y a la dignidad humana, que le fueron vulnerados al ciudadano CARLOS MARIO VÉLEZ DURANGO, por consiguiente, afectó su derecho fundamental a la libertad personal."*

- Identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados. Frente a este tópico indicó que, *"La vulneración de las garantías constitucionales se dio porque los despachos judiciales accionados le negaron la solicitud de libertad condicional y se incurrió en un defecto sustantivo y desconocimiento del precedente, a pesar de que sí se cumplía con los requisitos objetivos y subjetivos para acceder a ese subrogado."*

- Que hayan sido agotados todos los medios de defensa judicial. Se cumple, en tanto, presentó recurso de apelación contra la decisión adoptada por el Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín,

-Y finalmente porque, las decisiones adoptadas por las instancias no corresponden a fallos de tutela.

Respecto de los requisitos específicos, manifestó que se configura el defecto material o sustantivo, y desconocimiento del precedente.

En cuanto al primero indicó que, los despachos accionados erraron en el análisis del asunto, pues la defensa acorde a los soportes que obran dentro de la causa penal, argumentó que se cumplió tanto los requisitos objetivos como subjetivos establecidos legal y constitucionalmente para que se cumpla el régimen jurídico para la concesión del subrogado; indicó la manera como debía valorarse la conducta, esto es, como un elemento dentro de un conjunto de circunstancias, pues la conducta punible sólo es una de tales circunstancias.

Citó el artículo 64 del C.P. refiriendo que la nueva redacción de esa disposición excluyó la referencia a la gravedad de la conducta punible, por ende, el juez ejecutor debe valorar otros aspectos y elementos de ella.

Jurisprudencialmente se ha indicado que, se debe realizar una valoración integral en cada caso en particular del cumplimiento de los requisitos para otorgar el subrogado, que desde la sentencia C 365 de 2012, se sostuvo que en la doctrina penal se distingue entre el derecho penal de autor y el derecho penal de acto, por lo tanto, no es necesario hablar de los elementos subjetivos y después de los elementos objetivos, de manera individual, sino que la valoración de la conducta y la modalidad de la misma, deben estar dirigidos a establecer o por lo menos preguntarse después de realizar el análisis, si existe la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario.

El juez desconoció el fin de resocialización de la pena y su consiguiente efecto sobre la concesión del subrogado penal de la libertad condicional.

Adujo que, Carlos Mario Vélez Durango es una persona judicialmente rehabilitada, lo cual se encuentra debidamente soportado en el expediente. Que el juez solo consideró lo desfavorable, como lo es única y exclusivamente que la gravedad de la conducta fue muy grave, dejando de lado lo favorable; y, aunque los jueces de instancia intentaron mostrar que evaluaron y valoraron tanto los requisitos objetivos, como subjetivos, no fue ello lo que sucedió, pues ante la ambigua norma con relación al tema, se debió acudir a las fuentes del derecho relacionadas con la libertad condicional, valorando en su integridad como, por ejemplo "*que el hoy condenado tomo la decisión de acogerse a un preacuerdo evitando desgastes judiciales aceptando de manera voluntaria los cargos que conllevo a la imposición de la pena mínima para los delitos inculpados; sus condiciones personales; la ausencia de antecedentes penales; aspectos sumados al comportamiento intramural del afectado, y finalmente su proceso de resocialización en este tratamiento penitenciario, que no solo demuestran su entendimiento ante el error cometido, si no su deseo de rectificar los mismo en pro de ser acto para estar en sociedad, lo cual hoy en día lo tiene en fase mínima dentro de su proceso de resocialización, que no es otra que la fase en que la persona privada de la libertad se mantiene en las actividades con restricciones mínimas de seguridad, que decantan lo positivo de su proceso de resocialización.*"

De otro lado, **con relación al desconocimiento del precedente manifestó que**, la Corte Constitucional para facilitar la labor de los jueces de ejecución de penas ante un ambiguo panorama, indicó que la pena no ha sido pensada únicamente para lograr que la sociedad y la víctima castiguen al condenado y que con ello vean sus derechos restituidos, sino que responde a la finalidad constitucional de la resocialización como garantía de la dignidad humana (C-233 de 2016, T-640/2017 y T-265/2017).

Frente a los requisitos objetivos expuso que, se dejó a un lado el análisis de que en la actualidad el señor VÉLEZ DURANGO se encuentra en fase mínima de seguridad y a la espera de que el comité disciplinario al ya cumplir con los requerimientos que le asigne la fase de confianza, como última en su proceso de resocialización.

Los despachos accionados desconocieron el precedente judicial en tanto solo desarrollaron la gravedad de la conducta, cuando los órganos de cierre han indicado que se debe tener en cuenta un cúmulo de circunstancias, pues el Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad indicó:

> *(…) Sin embargo, el tema ha sido suficientemente decantado por nuestra Corte Constitucional, a través de la sentencia de constitucionalidad C-757 del 2014 y reiterado su ámbito de aplicación en la sentencia de tutela T-640 de 2017, y las sentencias STP15806 del 2019, radicado 107644, STP 10556 del 2020, radicado 113803 y STP 15008 del 2021, radicado 119724, donde se dejó claro que no se limitó a determinar este aspecto por el factor único de la gravedad, sino que abarcó cualquier otro aspecto propio de la conducta punible, conforme el sentido general que las palabras "conducta punible" comporta, tanto aspectos positivos como los negativos que hayan sido abordados en la sentencia por parte del Juez fallador(…).*
>
> *(…) Por lo anterior, abordando el tema de la gravedad y modalidad de la conducta, es una tarea rigurosa que debe ser estudiada por el despacho con mucha dedicación (…).*
>
> *(…) requisito exigido por el legislador y que marca una diferencia entre conductas que fueron muy graves o tuvieron una relevancia importante respecto de las que no lo son, porque son realmente esas circunstancias propias de la conducta punible, como la modalidad o gravedad de los hechos por los que fue condenado el aquí procesado las que conllevan tratamiento diferenciador (…)*
>
> *(…) Ahora, no se diga que el Juez de Ejecución de penas está realizando una nueva valoración de la conducta y por lo tanto está quebrantando el principio legal y constitucional del nom bis ibídem porque nada más alejado de la realidad. La modalidad y gravedad de una conducta se determina desde los albores de la investigación, y corresponde a esos elementos o situaciones fácticas involucradas en la comisión del hecho punible que comprometieron bienes jurídicos, bien por amenaza o vulneración que conllevaron a la sentencia correspondiente y su valoración es lo que determina la posibilidad o no de acceder a beneficios legales, siempre dentro del límite de lo dicho por el juez fallador tal como se está realizando, ya que en esa aplicación es donde se cumple con la ejecución legal de la sentencia, de no hacerlo y omitir tal análisis, claramente se estaría desconociendo este postulado legal y su consecuencia sería la evidente comisión de un prevaricato (…)."*

Adujo que de acuerdo con el precedente de la Corte Constitucional, la gravedad de la conducta no se debe analizar desde la referida perspectiva, pues zanjó la discusión en términos claros, con el objetivo de no vulnerar el principio de non bis ídem, indicando en la Sentencia C-757/14 lo siguiente:

> *(…) juicio que adelanta el Juez de Ejecución de Penas tiene una finalidad específica, cual es la de establecer la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado. En este contexto, el estudio del Juez de Ejecución no se hace desde la perspectiva de la responsabilidad penal del condenado -resuelta ya en la instancia correspondiente, ante el juez de conocimiento- sino desde la necesidad de cumplir una pena ya impuesta. En el mismo sentido, el*

> *estudio versa sobre hechos distintos a los que fueron objeto de reproche en la sentencia condenatoria, cuáles son los ocurridos con posterioridad a la misma, vinculados con el comportamiento del sentenciado en reclusión (…) (…) Los jueces de ejecución de penas no realizarían una valoración ex novo de la conducta punible. Por el contrario, el fundamento de su decisión en cada caso sería la valoración de la conducta punible hecha previamente por el juez penal (…)*

Que en la dogmática penal también se "*ha reconocido que la pena es algo intrínseco a los distintos momentos del proceso punitivo, lo cual ha sido recogido por la jurisprudencia constitucional desde sus inicios*" (Sentencia C-261/1996, reiterada en C-144/1997) y por la Corte Suprema de Justicia en distintas Sentencias (CSJ SP 28 Nov 2001, Rad 18285, reiterada en CSJ SP 20 Sep. 2017, Rad 50366, entre otras).

El accionante citó textualmente apartes contenidas en la página cinco del auto interlocutorio 2385 de 2023, haciendo énfasis a la lesividad de la conducta, para luego indicar que, por el contrario, el órgano de cierre penal se pronunció (STP 15806 de 2019) indicando

> *"i. (…) No puede tenerse como razón suficiente para negar la libertad condicional la alusión a la lesividad de la conducta punible frente a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, pues ello solo es compatible con prohibiciones expresas frente a ciertos delitos, como sucede con el artículo 68 A del Código Penal (…) (…) En este sentido, la valoración no puede hacerse, tampoco, con base en criterios morales para determinar la gravedad del delito, pues la explicación de las distintas pautas que informan las decisiones de los jueces no puede hallarse en las diferentes visiones de los valores morales, sino en los principios constitucionales (…)*
>
> *iii) (…) Contemplada la conducta punible en su integridad, según lo declarado por el juez que profiere la sentencia condenatoria, éste es solo uno de los distintos factores que debe tener en cuenta el juez de ejecución de penas para decidir sobre la libertad condicional, pues este dato debe armonizarse con el comportamiento del procesado en prisión y los demás elementos útiles que permitan analizar la necesidad de continuar con la ejecución de la pena privativa de la libertad, como bien lo es, por ejemplo, la participación del condenado en las actividades programadas en la estrategia de readaptación social en el proceso de resocialización (…)"*

Finalmente manifestó que, de acuerdo con la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Penal (CSJ AP2977-202226 y AP3348–202227), si bien el juez vigía debe analizar la gravedad de la conducta, ese aspecto no puede ser el elemento fundamental y determinante a la hora de resolver las solicitudes de libertad condicional, sino que esa labor requiere del análisis integral de los aspectos positivos y negativos consignados en la sentencia, así como el proceso de resocialización, pues solo a partir del estudio ponderado de aquellos aspectos es dable negar o acceder al beneficio citado.

Que, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado en su decisión adujo que:

> *(…) También como indico la Corte Suprema de Justicia (AP 27 de enero de 1999, en radicado 14536)*
>
> *"«Ahora bien, la mayor o menor gravedad del hecho punible es un componente que con distinta proyección incide en la medición judicial de la pena (C.P. art. 61), la suspensión de la condena (art. 68 idem) o la libertad condicional (art. 72, ib), instituciones que corresponden a pasos graduales en el desarrollo del proceso penal y por ende ningún sacrificio representan para el principio del non bis in idem, pues, verbigracia, cuando tal ingrediente se considera para negar la libertad por su mayor desacatamiento frente a otros, no se propugna por la revisión de la sanción o la imposición de otra más grave, sino que, por el contrario, se declara la necesidad del cumplimiento cabal de la que se había dispuesto en la sentencia porque el procesado no tiene derecho al subrogado»*
>
> *Sobre esta evaluación que corresponde al Juez que vigila la ejecución de la sentencia, encuentra la Corte que en el presente caso el diagnóstico es de necesidad de cumplimiento de la pena por parte del condenado. Si se le concediera la libertad, serían negativos los efectos del mensaje que recibiría la comunidad pues entendería que si personas socialmente calificadas delinquen y en la práctica no se materializa la sanción que les corresponde, también ellos podrían vulnerar la ley penal con la esperanza de que la represión será insignificante (…)"*

Adujo que, al emplear jurisprudencia del año 1999, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia desconoció el precedente jurisprudencial que ha venido desarrollando actualmente las altas cortes y debido a esto no realizó una valoración de la conducta dirigida a establecer la necesidad de que el condenado continuara pagando la totalidad de su pena de manera física en el establecimiento carcelario."

Con todo, solicitó se ampare los derechos fundamentales de CARLOS MARIO VÉLEZ DURANGO, y en consecuencia se revoquen las decisiones emitidas el 27 de abril y primero de septiembre de 2023 por el Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, y el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, respectivamente, que negaron el subrogado de la libertad condicional, y en consecuencia, se conceda el mismo.

TRÁMITE

1. Mediante auto adiado el tres de octubre de 2023[2], se avocó la acción de tutela, se corrió traslado a los despachos demandados y se vinculó al delegado del Ministerio Público que actúa en la causa penal con Código Único de Investigación 05 001 60 00000 2020 00534 que se adelanta ante el Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín para que, dentro del término improrrogable de dos (2) días, se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela y rindieran el informe que estimaran conveniente.

2. El titular del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia[3] expuso que, el seis de octubre de 2020, emitió sentencia condenatoria contra CARLOS MARIO VÉLEZ DURANDO por el punible de concierto para delinquir agravado (arts. 340.2° y 342 del C.P.)

Además, que por medio del auto interlocutorio del primero de septiembre de 2023 confirmó la decisión adoptada por el Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, que negó la libertad condicional del accionante, por estimarla ajustada a derecho.

Que en la referida providencia se encuentran consignados las razones de hecho y de derecho de la determinación, en especial evalúa, sopesa y contrasta el proceso de resocialización del sentenciado y la gravedad del delito, concluyendo que la ejecución de la pena debe continuar.

Estima no haber vulnerado derecho fundamental alguno; sin embargo, se encuentra presto a cumplir lo que se ordene.

3. El Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, Antioquia, en concreto manifestó que es cierto que negó el beneficio de la libertad condicional al actor y que la decisión fue confirmada por el fallador, pero lo que no es cierto, son los términos escogidos, parcializados y descontextualizados de los motivos para su negativa, por tanto solicita se lea íntegramente la providencia proferida por el despacho lo cual permitirá constatar que se hizo un juicioso análisis de los aspectos tanto positivos como negativos de

[2] PDF N° 005 Expediente Digital.
[3] PDF N° 008 Expediente Digital.

los elementos que envuelven el caso del señor VÉLEZ DURANGO, para finalmente concluir que la gravedad de su comportamiento pesa más que los aspectos positivos que giran en torno a su proceso resocializador.

Por lo anterior, solicitó la negación del amparo deprecado.

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.

Corresponde a la Sala determinar si la solicitud de amparo interpuesta por CARLOS MARIO VÉLEZ DURANGO, contra la negativa de los juzgados accionados de conceder el subrogado de libertad condicional, cumple con alguno de los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Conforme lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la facultad para instaurar acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, a condición de que no exista otro medio de defensa judicial, solo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

Conviene además precisar que la jurisprudencia constitucional ha expresado que este mecanismo, cuando se propone contra decisiones judiciales, se vuelve excepcional, pues lejos está de convertirlo en una tercera instancia a la cual se pueda acudir con el propósito de arrasar con los efectos de una decisión judicial, su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad

que implican una carga para el accionante, tanto en su planteamiento como en su demostración[4].

En la Sentencia SU 116 de 2018 se indicó:

> *El desarrollo de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales tuvo una nueva dimensión en la sentencia C-590 de 2005 a través de la cual la Corte declaró inexequible la expresión "ni acción", contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, que impedía ejercer la acción de tutela contra decisiones de casación en materia penal.*
>
> *Esta nueva dimensión abandonó la expresión "vía de hecho" e introdujo "criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales", los cuales fueron distinguidos como de carácter general y de carácter específico. Los primeros constituyen restricciones de índole procedimental o parámetros imprescindibles para que el juez de tutela aborde el análisis de fondo y fueron clasificados así:*
>
> *"24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:*
>
> *a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente* ***relevancia constitucional****. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.*
>
> *b. Que se hayan* ***agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada****, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.*
>
> *c. Que se cumpla el requisito de la* ***inmediatez****, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.*
>
> *d.* ***Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora****. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de*

[4] Fallos C-590 de 2005 y T-332 de 2006.

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

e. Que la parte actora ***identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados*** *y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

i. Violación directa de la Constitución".

Entonces, la acción de tutela instaurada en contra de una providencia emitida por un juez se autoriza, solamente, cuando se presenta al menos unos de los defectos generales y específicos antes mencionados.

En el asunto, aunque se satisfacen los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias, pues se alega la presunta afectación de los derechos fundamentales al debido proceso, dignidad humana y libertad; el accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial; se indicaron los fundamentos del amparo; no se cuestiona un fallo de tutela y se acudió a la tutela en un término razonable, dado que la última providencia objeto de controversia data del 1° de septiembre de 2023, no se advierte irregularidad alguna que haga procedente la intervención del juez constitucional.

Se advierte que las providencias cuestionadas, adoptadas por los Juzgados Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia el 27 de abril de 2023 y el 1° de septiembre de 2023, en sede de primera y segunda instancia, respectivamente, negaron la solicitud de libertad condicional presentada por CARLOS MARIO VÉLEZ DURANGO, condenado por la comisión del delito de concierto para delinquir agravado (arts. 340.2° y 342 del C.P.), estuvo dado en el no cumplimiento del requisito relacionado con la valoración de la conducta punible.

El actor cuestiona que no se haya considerado los demás requisitos previstos en ley para su concesión, desconociendo también el precedente judicial que existe sobre la materia.

Pues bien, al respecto, corresponde señalar que el artículo 64 del Código Penal, modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, estipula la procedencia del mecanismo sustitutivo de la pena, así:

> *"El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos (…):*
>
> *1. Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena.*

2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena.

3. Que demuestre arraigo familiar y social.

Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo.
En todo caso su concesión estará supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario."

La Corte Constitucional en sentencia C-757 de 2014, señaló la función del juez de ejecución de penas frente a la valoración de la conducta punible. En ese sentido expuso:

"[E]l juicio que adelanta el Juez de Ejecución de Penas tiene una finalidad específica, cual es la de establecer la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado. En este contexto, el estudio del Juez de Ejecución no se hace desde la perspectiva de la responsabilidad penal del condenado –resuelta ya en la instancia correspondiente, ante el juez de conocimiento- sino desde la necesidad de cumplir una pena ya impuesta. En el mismo sentido, el estudio versa sobre hechos distintos a los que fueron objeto de reproche en la sentencia condenatoria, cuáles son los ocurridos con posterioridad a la misma, vinculados con el comportamiento del sentenciado en reclusión.

(…)

[L]os jueces de ejecución de penas no realizarían una valoración ex novo de la conducta punible. Por el contrario, el fundamento de su decisión en cada caso sería la valoración de la conducta punible hecha previamente por el juez penal."

En dicho fallo, se reconoció que la redacción del artículo 64 del Código Penal no establece qué elementos de la conducta punible a considerar por los jueces de ejecución de penas, ni los parámetros a tener en cuenta para asumir las apreciaciones realizados previamente los jueces penales en la sentencia, por tanto indicó que esos despachos les correspondían "*tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional*".

Para facilitar la labor de los jueces de ejecución ante el confuso panorama, la Corte Constitucional exigió tener en cuenta que la pena no ha sido pensada

exclusivamente para conseguir que la sociedad y la víctima castigaran al penado para ver sus derechos restituidos, sino que persigue el propósito de la resocialización como garantía de la dignidad humana[5]. Sobre la materia la Corte Suprema de Justicia a determinó que, en su valoración el juez de ejecución de penas, además de tener en cuenta la conducta punible, debía considerar la participación del condenado en las actividades dispuestas dentro del centro carcelario, como un modo de readaptación social en el proceso de resocialización[6], esto teniendo en cuenta el objetivo del Derecho Penal en un Estado de alcanzar la reinserción del condenado.

También tiene dicho la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que el juez de ejecución de penas, además de valorar la gravedad de la conducta, como requisito para conceder la libertad condicional, debe efectuar un estudio integral de los aspectos positivos y negativos señalados en la sentencia y el proceso de resocialización, pue dice: "*solo a partir del estudio ponderado de aquellos aspectos es dable negar o acceder al subrogado analizado*[7].

En el asunto, está acreditado que CARLOS MARÍO VÉLEZ solicitó al Juez Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín la libertad condicional, la cual fue negada el 21 de junio de 2023, tras estimar que si bien cumplía con el requisito objetivo (haber descontado las 3/5 partes de la pena impuesta) y demostró un adecuado el tratamiento penitenciario no ocurrió lo mismo con el subjetivo, dada la gravedad de la conducta por la cual fue condenado. Así lo expresó el Juzgado:

> "*La situación jurídica del sentenciado es la siguiente:*
>
> *La pena impuesta es de 76 meses de prisión.....2280 días.*
> *Las 3/5 Partes de esta pena son .....1368 días.*
> *Captura definitiva en razón de este proceso desde febrero 18 de 2020.*
> *Descuento físico hasta hoy de .....1249 días.*
> *Redenciones de pena por estudio y trabajo.....217.5 días.*
> *DESCUENTO TOTAL .....1466.5 DÍAS.*
> *Resta por descontar ....813.5 días*

[5] Corte Constitucional Sentencias C-233-2016, T-640-2017 y T-265-2017
[6] Corte Suprema de Justicia SP 10 oct. 2018, rad. 50836
[7] Corte Suprema de Justicia AP2977-2022, rad. 61471, 12 jul. 2022 y CSJ AP3348–2022, rad. 61616, 27 jul. 2022

Del anterior reporte podemos deducir que uno de los requisitos de índole objetivo, lo cumple, ya que supera el límite legal que exige la norma de alcanzar las 3/5 partes de la pena que se le vigila, que le equivalen a 1368 días, pues hasta ahora lleva descontado 1466.5 días, con lo que lo satisface cabalmente."

En punto del desempeño y comportamiento del condenado consideró:

"*Igual ocurre con el comportamiento del penado al interior del centro de reclusión, pues ninguna queja en su contra ha sido presentada por las directivas del establecimiento carcelario y contrario a ello, ha registrado un excelente comportamiento que lo han hecho merecedor a buenas calificaciones y de conceptos favorables en materia de convivencia social, respaldado de hecho a través de la resolución número 501 00420 del 24 de abril de 2023 mediante la que el director del establecimiento carcelario le expide el concepto favorable para este beneficio, y si bien su vigencia ya está expirada, la demora en la resolución no es atribuible al penal o al procesado y por lo tanto al no tener noticias negativas de su comportamiento se dará por cumplido*

Además de dicho concepto, de los documentos aportados por el mismo centro carcelario, tales como su hoja de vida, los certificados de cómputos y calificación de conducta, se puede advertir que el procesado durante su internación intramural ha observado buena conducta calificada todo el tiempo entre buena y ejemplar, calificación que fue evaluada hasta el 31 de marzo de 2023, y al mismo tiempo ha realizado actividades de estudio o trabajo, no solo tendientes a obtener la redención de pena, sino también para mostrar su espíritu de resocialización y arrepentimiento sobre los hechos por los que resultó condenado."

En cuanto al arraigo familiar y social tuvo en cuenta el juzgado ejecutor:

"*Suministra igualmente elementos que permiten acrediten su arraigo familiar y social, pues dentro del expediente se cuenta con datos o información que permiten inferir que su lugar de residencia es en la carrera 77 número 60-45 Urbanización Cuarzo apartamento 905 torre 2, barrio San German tierra firme, sin teléfono fijo, celular 3103131540, información que fue corroborada telefónicamente con la señora Isabela González Retrepo, quien se identificó como la compañera sentimental y dijo estar dispuesta a recibirlo en el evento que egrese de prisión.*

En la conversación sostenida señaló la dama que, esta vivienda es de carácter arrendado hace aproximadamente 6 años, y allí convivía con su pareja, cuenta que, es su deseo continuar el proyecto de vida familiar que tenían previo a la privación de libertad que hoy enfrenta el varón. Con relación al desempeño laboral, se indicó que se retiró de la Policía Nacional y se dedicó al comercio (ganadería) en el municipio de Necoclí

Respecto a su nivel de formación educativa, afirmó la dama que, Carlos Mario es bachiller académico del colegio Cooperativo de Apartadó, técnico de mercadeo y ventas, técnico profesional policial, y ha realizado cursos de emprendedor de especies piscícolas.

Refirió también que, conviven en unión libre desde el año 2018, no tiene hijos en común, pero que de dos relaciones pasadas el procesado procreó dos hijos de nombre Carlos Andrés Vélez Consuegra y María Ángel Narváez de 16 y años de edad, quienes en la actualidad residen con sus progenitoras.

Posteriormente, dijo que su compañero puede ser localizado con las siguientes personas:

- *Iván Darío Vélez Durando (hermano – 32057755443)*
- *John Fredy Vélez Durando (hermano – 3106328474)*
- *Amilo Andrés Álvarez Suarez (amigo – 3246540918)"*

Enseguida, después de expresar la necesaria concurrencia de cada uno de los presupuestos para conceder el subrogado, analizó la gravedad de la conducta así:

"Es por ello que siguiendo con el análisis de los demás, encontramos el de la valoración de la conducta punible, requisito bastante discutido ya que ha sido objeto de múltiples interpretaciones, hasta llegar incluso a la de la no necesidad de su valoración en atención a que la norma modificada hablaba de la gravedad de la conducta punible, y el legislador retiró del texto la palabra gravedad, para dejarla únicamente en valoración de la conducta punible.

Sin embargo, el tema ha sido suficientemente decantado por nuestra Corte Constitucional, a través de la sentencia de constitucionalidad C-757 del 2014 y reiterado su ámbito de aplicación en la sentencia de tutela T-640 de 2017, y las sentencias STP15806 del 2019, radicado 107644, STP 10556 del 2020, radicado 113803 y STP 15008 del 2021, radicado 119724, donde se dejó claro que no se limitó a determinar este aspecto por el factor único de la gravedad, sino que abarcó cualquier otro aspecto propio de la conducta punible, conforme el sentido general que las palabras "conducta punible" comporta, tanto aspectos positivos como los negativos que hayan sido abordados en la sentencia por parte del Juez fallador.

Por lo anterior, abordando el tema de la gravedad y modalidad de la conducta, es una tarea rigurosa que debe ser estudiada por el despacho con mucha dedicación. Ahora, si bien en el presente caso el fallador no hizo alusión a ello en la motivación de su sentencia, fue precisamente porque al ser ésta producto de un acuerdo o allanamiento y haberse fijado la pena conforme a lo pactado, no vio el legislador la necesidad de que el Juez abordara este tema en su argumentación, cuya usanza primordialmente está determinada para la graduación de la pena, sin embargo desconocer esta valoración implica claramente una pretermisión de un requisito exigido por el legislador y que marca una diferencia entre conductas que fueron muy graves o tuvieron una relevancia importante respecto de las que no lo son, porque son realmente esas circunstancias propias de la conducta punible, como la modalidad o gravedad de los hechos por los que fue condenado el aquí procesado las que conllevan tratamiento diferenciador. Lo anterior no significa entonces, que el juez ejecutor no pueda hacerlo, y por esta razón procederemos, partiendo del recuento fáctico de los hechos, allí se dijo:

(…)

Por ello, como en el presente caso el juez fallador emitió la sentencia producto de preacuerdo donde incluso se pactó el monto de la pena, ello lo relevaba de referirse expresamente a los aspectos propios de la gravedad de la conducta, sin embargo no significa que por esta razón desaparezcan estas circunstancias que fueron tenidas en cuenta al momento de proferir el fallo y que sirvieron de sustento para determinar aspectos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que respaldaron la decisión de condena y que fueron esos narrativos fácticos los que llevaron al procesado a aceptar responsabilidad sobre la sentencia que hoy purga.

De ahí que no queden dudas que de esos aspectos tenidos en cuenta como fundamento para la emisión de la sentencia, sin lugar a equívocos permita a esta judicatura, afirmar que la valoración de la gravedad y modalidad de las conductas, referidas precisamente a la forma como se llevó a cabo la vinculación a la investigación del aquí condenado,

producto de un seguimiento exhaustivo a la organización criminal por parte de agentes de la policía judicial, que se les venía realizando por largo tiempo, basados en información aportada por varios compañeros de causa, conocido en toda su zona de injerencia con el alias de "Menus", "Chilapo", reconocido por su función de líder de diferentes asuntos delincuenciales, especialmente, encargado de coordinar toda la consecución de armamento de corto y largo alcance, para la organización y de contactar funcionarios de la Policía Nacional del Ejército para que les brindará información sobre los operativos que se iban a realizar contra los principales cabecillas de las Autodefensas Gaitanistas de Colombia, ejercicio que desarrolló durante muchos años (2010-2018) y con el que ponía en riesgo no solo el bien jurídico por el que responde, sino también la salubridad pública.

Así entonces, la gravedad no solo está dada por los hechos aquí cometidos, quien, valiéndose de su experiencia y conocimiento, por el cargo que desempeñó en el pasado -ex funcionario de la policía nacional-, utilizó a su favor y el de la organización, información relevante, confidencial y de "acceso restringido", lo cual era fundamental y daba vía libre al desarrollo de la actividad criminal.

Ha sostenido el despacho que, el concierto para delinquir agravado, es una conducta con vocación de continuidad y permanencia en la que se encuentran inmersas variadas manifestaciones de voluntad del comportamiento ilegal, pero todas ellas relacionadas con un fin común al que va dirigido el convenio, es por ello, que es suficiente acreditar que la persona formó parte de la empresa criminal, sin importar si su incorporación se produjo al ser creada la organización o simplemente se adhirió con posterioridad, por esta razón, cada uno de manera individual es llamado a responder en conjunto por todas las actividades propias de la estructura de la que era miembro, pues estas siempre persiguen un fin común, es decir, todos se encuentran inmersos en el mismo móvil criminal sin importar su cargo o función.

Estos delitos de trato sucesivo y con permanencia en el tiempo, como lo ha sostenido el criterio del despacho, tienen como consecuencia directa un impacto negativo en el conglomerado social en general, pero muy especialmente en su zona de injerencia, refiriéndonos expresamente al caso concreto, que son sectores que han sido flagelados sin piedad desde hace varias décadas por el crimen organizado1; lo que los ha sostenido en una situación de vulnerabilidad y marginalidad con el paso del tiempo, de ahí entonces, que cuando protagonistas de esta problemática social son capturados y sometidos a la custodia y restricción de su derecho fundamental a la libertad como consecuencia de ese ilícito proceder, la ejecución de la pena impuesta debe ser rigurosa, pues en estos casos si el beneficio operara de facto sin ninguna verificación o análisis por parte del ejecutor, estaríamos frente a una situación que provocaría una perspectiva de una justicia flexible, por lo tanto, el análisis de los requisitos que tiene el legislador establecidos para acceder a este tipo de beneficios debe ser preciso, debiendo concurrir absolutamente todos para su procedencia y siempre guardar armonía con los fines de la pena.

Todo lo anterior, son elementos que sin temor a equívocos causan estupor, y zozobra entre la población civil, muy especialmente en la comunidad afectada por la influencia de las actividades ejercidas por la organización a la que pertenecía el condenado, por lo que no se supera su valoración y por ende no permite el otorgamiento del beneficio pretendido."

Contra la anterior decisión, el interesado interpuso el recurso de apelación.

Mediante proveído del primero de septiembre de 2023, el Juzgado Cuarto Especializado de Antioquia, confirmó la negativa en la concesión de la libertad condicional, en tanto:

> *"Bajo ese entendido se estima que la valoración de la conducta punible realizada por la A quo se encuentra dentro de sus competencias y se aviene a lo constitucionalmente legítimo, pues su análisis es obligatorio, y el mismo se realizó conforme al componente fáctico plasmado en la sentencia de primera instancia, lo que llevó al Juzgado de Ejecución a determinar que el sentenciado debe continuar privado de la libertad, pese al cumplimento de las 3/5 partes de la pena impuesta y la observancia de buena conducta durante el proceso carcelario.*
>
> *Se recuerda que el presente Despacho relacionó en la sentencia los elementos materiales probatorios presentados por la Fiscalía para la celebración del preacuerdo, de los que se conoció que CARLOS MARIO VÉLEZ DURANGO se concertó para conformar una organización criminal estructurada, jerarquizada y con permanencia en el tiempo para llevar a cabo diversas conductas delictivas tales como el tráfico de estupefacientes, desplazamiento de personas, homicidios y extorsiones en varios municipios del Urabá Antioqueño, denominada "Clan del Golfo - Frente Carlos Vásquez" , así como que, en desarrollo de tal convenio, se desempeñó como "logístico", esto es, en la consecución de armamento, medios de comunicación segura (encriptada) y medios de trasporte, administración de bienes, y conformó una red de miembros activos y retirados de la Fuerza Pública con el fin de proteger y asesorar en temas de seguridad. Actividad que desplegó en varios municipios, entre ellos Carepa y Chigorodó.*
>
> *En consecuencia, se estima que la valoración de las conductas punibles realizada por la A quo se encuentra dentro de sus competencias y se aviene a lo constitucionalmente legítimo, en tanto se realizó conforme a lo plasmado en la sentencia de primera instancia.*
>
> *5.- Adicionalmente, si bien la defensa técnica del sentenciado considera que debió atenderse exclusivamente al factor objetivo para acceder a la gracia solicitada, se hace necesario tener en cuenta que las exigencias contenidas en el artículo 64 del Código Penal para conceder la libertad condicional deben cumplirse de forma concurrente y no alternativa, por ello, evidentemente el Despacho de primera instancia se encontraba en la obligación de realizar un análisis integral del asunto, tal y como lo hizo, atendiendo a lo establecido en decisiones como la STP 15806, 19 nov. 2019, Rad. 107644, reiterada en la STP 11347, 30 ago. 2022, Rad. 125949:*
>
> *(…)*
>
> *Por ende, la A quo negó la pretensión luego de realizar un ejercicio de ponderación en el que resaltó que, si bien el sentenciado ha contado con un buen comportamiento en el establecimiento penitenciario, son realmente las circunstancias propias de la conducta punible, como la modalidad o gravedad de los hechos por los que fue condenado el aquí procesado por las que amerita una respuesta punitiva seria y estricta que logre garantizar los fines de la pena.*
>
> *6.- Así las cosas, aunque en el presente caso conforme lo informó el Juzgado de primera instancia se cumple con el requisito objetivo y el sentenciado ha contado con buen comportamiento, se hace necesario garantizar los fines de la pena, últimos que no se verían satisfechos de concederse el beneficio, dado que no puede perderse de vista que de la pena no solo se predica su propósito resocializador, sino que además tiene asignadas funciones preventivas, bajo el entendido que a través suyo se intenta prevenir que el sentenciado cometa de nuevo esa u otras conductas punibles*

(protección) y disuadirlo a él y a las demás personas de cometerlas (prevención especial y general), poniendo de presente las consecuencias que su comisión ocasiona."

Como viene de verse, la negación de la libertad condicional no comportó el desconocimiento del precedente jurisprudencial constitucional ni lo expuesto por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, en tanto la parte motiva de las providencias extensamente citadas, razonablemente soportan la negativa del subrogado, a partir de un análisis juicioso en cuanto al comportamiento exteriorizado por el condenado durante la ejecución de la pena y la gravedad de la conducta punible por la cual fue juzgado y sentenciado, haciendo especial referencia a los aspectos favorables y desfavorables de cara a los postulados legales y la jurisprudencia desarrollada sobre la materia.

No sobra mencionar que lo dispuesto por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en la providencias STP1580 de 19 de noviembre de 2019 y STP10556 de 2020, entre otras, no fue conceder de plano la libertad condicional sino apreciar el comportamiento intracarcelario del penado. En una decisión más reciente la Corte expresó:

"20.3. Por consiguiente, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad analizará los requisitos para la procedencia de la libertad condicional, previa valoración de la conducta punible, ***labor que no excluye la apreciación de la gravedad de las acciones u omisiones materializadas por el condenado*** *(CSJ STP, 27 ene. 2015, rad. 77312, reiterado, entre otros pronunciamientos, en CSJ STP9871-2019, 22 jul. 2019, rad. 105452).".*

También indicó la Corte en la STP5019-2023 con radicación 130305:

"*33.- Esto no significa que la gravedad de la conducta no deba ser valorada o que el fallador acceda sin ningún miramiento a la libertad condicional. Lo que se exige es que el funcionario judicial realice una evaluación comprehensiva en conjunto de los aspectos favorables y desfavorables del solicitante, análisis que en todo caso debe ser real y no meramente enunciativo, lo cual conlleva una exigente carga argumentativa.*"

En consecuencia, el Tribunal negará el amparo constitucional deprecado por CARLOS MARIO VÉLEZ DURANGO.

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

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la solicitud de amparo constitucional promovida por el apoderado judicial de CARLOS MARIO VÉLEZ DURANGO.

SEGUNDO: INFORMAR que contra esta providencia procede su impugnación, dentro del término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de la misma. 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: **9fdf8e57f29d426fcf80d070c18be40f28e03e8830f0321ad438512c0306423c**

Documento generado en 18/10/2023 04:59:53 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

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

Radicación: 05000-22-04-000-2023-00593-00 (2023-1838-3)
Accionante: CARLOS DAVID MAQUILÓN SAAVEDRA
Accionando: Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino y otros
Motivo: Tutela 1ª instancia.
Decisión: Declara hecho superado.
Acta y Fecha: No. 351 de octubre 17 de 2023

1.- Asunto

El propósito de esta providencia es decidir la acción de tutela promovida por CARLOS CADAVID MAQUILÓN SAAVEDRA contra los Juzgados Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia y Penal del Circuito de Buga, Valle del Cauca, autoridades a las que atribuye la vulneración de sus derechos fundamentales de debido proceso y acceso a la administración de Justicia.

2.- Antecedentes

El actor, quien actualmente se encuentra privado de la libertad en el Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Apartadó, Antioquia, purgando una pena desde el 19 de mayo de 2021, comenta que ha presentado derecho de petición a los Juzgados Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia y Penal del Circuito de Buga, Valle del Cauca, donde ha sido condenado y en razón a ello ha solicitado la acumulación jurídica de las penas.

El Juzgado Promiscuo de Frontino, Antioquia, lo condenó por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes a la pena de cuatro años de prisión, por hechos sucedidos el 19 de mayo de 2019. Asunto con CUI 052846000335202100082-00. Y mientras descontaba la anterior condena nuevamente fue sentenciado por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes a cinco años de prisión. En razón a ello solicitó la acumulación jurídica de penas, sin que se haya resuelto esa postulación.

3.- Actuación procesal

3.1.- Recibida la acción constitucional esta Corporación la inadmitió el cuatro de 2023, pero subsanada la solicitud avocó su conocimiento el nueve de octubre de 2023 contra los Juzgados Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia y Penal del Circuito de Buga, Valle del Cauca, a fin de garantizar su derecho de contradicción, y se vinculó al EPMSC Apartadó, al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia y al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

3.2.- Dentro del término el Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia, informó que esa agencia Judicial tramitó proceso penal en contra del actor CARLOS DAVID MAQUILON SAAVEDRA y otro, por el delito de fabricación, tráfico porte de estupefacientes, proceso que se adelantó bajo el radicado interno No. 2021-00107-00 y CÚI 052846000335202100082, en el cual se profirió sentencia condenatoria, el 30 de mayo de 2023, donde fue condenado a la pena principal de 54 meses de prisión, lo cuales debía purgar en establecimiento carcelario, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal. Anexa copia de la sentencia.

En cuanto a la solicitud hecha por el accionante, de reenviar copia de la sentencia condenatoria al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartado, Antioquia, expresa que efectivamente, esta solicitud fue recibida en el correo electrónico del despacho, el 15 de septiembre de 2023, y el 18 de septiembre de 2023, envió, a través del correo institucional el expediente digital del señor MAQUILON SAAVEDRA al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, para que asumiera la competencia y procediera con el trámite posterior a la ejecutoria de la sentencia.

3.3.- El Juzgado Primero Penal del Circuito de Guadalajara, Valle, informa que, el 12 de julio de 2023, condenó al señor MAQUILON SAAVEDRA a la pena de 64 meses de prisión, como coautor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes bajo la ruptura de unidad procesal 76-111-6000-000-2023-00066-00; una vez ejecutoriada la sentencia, el 14 de septiembre de los corrientes, envió el expediente a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartado, Antioquia. Indica, además, no haber recibido peticiones de acumulación jurídica de penas.

3.4.- El Centro de Servicios de los juzgados de ejecución de penas y medias de seguridad de Medellín informó que en esas dependencias al señor CARLOS DAVID MAQUILON SAAVEDRA, identificado con CC. 1.045.519.812, no se le vigilaba condena. Así mismo, indicó, el sentenciado se encuentra privado de la libertad en el Establecimiento Penitenciario de Apartadó, Antioquia.

3.6.- Por su parte, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, informó lo siguiente:

CARLOS DAVID MAQUILON SAAVEDRA fue condenado, el 30 de mayo de 2023, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia, a la pena de 54 meses de prisión, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, sin derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria. El antes mencionado está privado de la libertad debido por cuenta de ese proceso, desde el 19 de mayo hasta la fecha, proceso con radicado 2023A1-01167 y CUI 05284 60 00335 2021 00082.

También, el 12 de julio de 2023, fue condenado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Guadalajara de Buga, Valle, a 64 meses de prisión como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, donde le fueron negados los subrogados penales.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia, remitió el expediente de CARLOS DAVID MAQUILÓN SAAVEDRA, el 18 de septiembre de 2023, con solicitudes de acumulación jurídica de penas y redención de pena pendiente por resolver.

El 14 de septiembre de 2023 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Guadalajara de Buga, Valle, remitió el expediente del sentenciado.

Indica que en el correo electrónico del despacho se recibieron varias solicitudes de redención y acumulación jurídica de penas; no obstante, a esa data el proceso del condenado no había sido remitido por a esa judicatura para la vigilancia de la pena.

En todo caso, refiere que adelantó la siguiente actuación:

El 11 de octubre de 2023, mediante auto, avocó conocimiento del proceso con radicado 2023A1-01165 y CUI 76111 60 00000 2023 00066 (Matriz 76111 60 00165 2020 00285). En la misma fecha, con auto 1572, avocó conocimiento del proceso 2023A1-01167 y CUI 05284 60 00335 2021 00082, y solicitó con oficio 606 cómputos al CPMS Apartadó para dar trámite a la solicitud de redención de pena.

Con interlocutorio 1573 concedió a CARLOS DAVID MAQUILON SAAVEDRA la acumulación jurídica de penas; en consecuencia, se le impone la pena unificada de 91 meses de prisión.

4.- Consideraciones de la sala

4.1.- Esta sala es competente para pronunciarse de la presente acción de tutela de conformidad con lo reglado en el artículo 1º, numeral 1º del Decreto 1382 de 2000[1].

4.2.- Según el artículo 86 de la Constitución Política toda persona puede, mediante este mecanismo, reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad, a condición de que no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El objetivo de este trámite preferente no es otro diferente a que el juez constitucional, en uso de sus facultades, mediante sentencia, haga cesar la

[1] Decreto 1382 de 2000 *"Artículo 1º Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforme a las siguientes reglas:*
1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden nacional, salvo lo dispuesto en el siguiente inciso, serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, a los tribunales superiores de distrito judicial, administrativos y consejos seccionales de la judicatura. …". (subrayado del tribunal)

vulneración de prerrogativas fundamentales alegada en el libelo. No obstante, ha ilustrado la jurisprudencia constitucional, que existen eventos en los que el pronunciamiento del juez carece de objeto, bien sea porque ha cesado la afectación al derecho o, también, porque la misma se ha materializado de forma irreversible.

Los anteriores eventos fueron rotulados por la Corte Constitucional como hecho superado y daño consumado, respectivamente. Así los desarrolló el alto Tribunal:

> *"El **hecho superado** se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que "carece" de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela. Es decir, el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor. El **daño consumado** tiene lugar cuando "la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela. La configuración de este supuesto ha sido declarada por la Corte, por ejemplo, en los casos en que el solicitante de un tratamiento médico fallece durante el trámite de la acción como consecuencia del obrar negligente de su E.P.S., o cuando quien invocaba el derecho a la vivienda digna fue desalojado en el curso del proceso del inmueble que habitaba".*[2]

4.3.- Al descender al caso concreto, tenemos que la solicitud de amparo se elevó para que se le reconociera al actor CARLOS DAVID MAQUILÓN SAAVEDRA la acumulación jurídica de penas y redención de pena, dada su condición de sentenciado por los Juzgados Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia y

[2] Corte Constitucional, Sentencia T-011 de 2016.

Penal del Circuito de Buga, Valle del Cauca por el delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes a las penas de 54 y 64 meses de prisión.

Que las dos causas fueron asignadas para la vigilancia de la pena al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, donde el 11 de octubre de 2023, mediante auto, avocó conocimiento del proceso con CUI 76111 60 00000 2023 00066 00. En la misma fecha, con auto 1572, avocó conocimiento del proceso con CUI 05284 60 00335 2021 00082; además, mediante oficio solicitó al CPMS de Apartadó los certificados de trabajo y/o estudio de CARLOS DAVID MAQUILÓN SAAVEDRA para resolver la solicitud de redención de pena, en tanto no se incorporó a la postulación esa documentación necesaria para proveer lo requerido.

De otra parte, durante el trámite de este asunto constitucional, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, en interlocutorio 1573 otorgó a CARLOS DAVID MAQUILON SAAVEDRA la acumulación jurídica de penas; en consecuencia, le impuso la pena unificada de 91 meses de prisión.

Como viene de verse, emerge diáfano que la autoridad accionada superó la inconformidad que originó la interposición de la acción de tutela, por lo que en el presente asunto se ha generado el fenómeno conocido como "hecho superado", cuyo contenido se explicó anteriormente.

Por lo tanto, ante la carencia actual de objeto, la Sala declarará la ocurrencia del hecho superado, frente a la pretensión elevada por el actor en contra de los Juzgados Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia, Penal del Circuito de

Buga, Valle del Cauca y Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia.

Corolario de lo anterior, 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:

1°.- Declarar la carencia actual de objeto por hecho superado al interior del presente trámite**,** por las razones contenidas en la anterior motivación.

2º.- Notificar esta sentencia según lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3º.- Advertir que contra esta decisión procede impugnación ante la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia.

4°.- Remitir las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnado este fallo.

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: **ae72d13f13905bfd2ae5d9dd9b1988e1f48e5f7bebc643778102106a49a33ee0**
Documento generado en 18/10/2023 05:00:07 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:	05 001 61 08500 2022 01171 01 (2023-1920-3)
Procesada:	DEISY BIVIANA GALLEGO GARCÍA
Delito:	Peculado por apropiación
Asunto:	Decisión de plano
Decisión:	Define competencia
Aprobado:	Acta No. 356, octubre 19 de 2023

Medellín, Antioquia, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

I. ASUNTO

La Sala define la competencia para conocer el proceso que se adelanta contra DEISY BIVIANA GALLEGO GARCÍA, por la presunta comisión de la conducta punible de peculado por apropiación agravado.

II. ANTECEDENTES

1. En audiencia preliminar del 20 de abril de 2023, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Fredonia, Antioquia, la Fiscalía le formuló imputación a DEISY BIVIANA GALLEGO GARCÍA por el delito de peculado por apropiación agravado (artículo 397, inciso 3, del código penal). No hubo aceptación de cargos y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de residencia.[1]

2. El 16 de junio de 2023, la Fiscalía 86 Seccional de Medellín radicó escrito de acusación en contra de la citada por la conducta de peculado por apropiación en los términos de la imputación, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino, despacho que a través de auto del 13 de julio de 2023 se declaró incompetente para conocer la

[1] PDF 25 expediente digital, carpeta primera instancia, cuaderno 06preliminares.

actuación por el factor territorial aduciendo que los hechos ocurrieron en Fredonia, Antioquia, por lo que remitió la carpeta al Juzgado Penal del Circuito de dicho municipio.[2]

3. El Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, Antioquia asume conocimiento de las diligencias el 10 de julio de 2023, fijando fecha para audiencia de formulación de acusación[3]. Sin embargo, solo se lleva a cabo la misma hasta el seis (6) de octubre hogaño, en esa ocasión, las partes no manifestaron causales contempladas en el artículo 339 del C. de P. Penal., en tanto, el Juez presentó causal de incompetencia[4].

4. Dicho funcionario arribó a ese planteamiento tras considerar que[5], para hablar del delito de peculado por apropiación el sujeto agente debió en el caso concreto apropiarse de bienes del Banco Agrario, empero, del escrito de acusación extrajo que se presentaron siete (7) presuntos eventos delictivos de apropiación de dineros de clientes de ese banco, en los cuales el capital proveniente del crédito solicitado por estos ya había sido desembolsado a sus cuentas, es decir, el dinero ya les pertenecía a esos siete presuntos afectados, por tanto, dichos recursos no ingresaron a contabilidad de la entidad bancaria, de esa manera señala que estamos en presencia del delito de hurto por medios informáticos y semejantes (artículo 269i del C.P.).

Frente a los dos eventos delictivos restantes, indicó que ya se había retirado el crédito por los usuarios y ellos lo estaban pagando, por lo que frente a estos se configuraría un hurto agravado por la confianza (artículo 240 numeral 2 del código penal), es decir, se trata de una afectación al bien jurídico del patrimonio económico. Por tanto, para prevenir nulidades futuras se declara incompetente.

5. La fiscalía se opuso a la declaratoria de incompetencia invocada por el Juez. Considera la delegada si se configura la conducta de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo (artículo 397 inc. 3 y 31 del C.P.), ello por cuanto la investigada DEISY BIVIANA GALLEGO GARCÍA era funcionaria de Banco Agrario, entidad pública que maneja recursos públicos, por tanto, los dineros que fueron apropiados por

[2] PDF 06 expediente digital, carpeta primera instancia, cuaderno 02Fredonia.
[3] PDF 02 ídem.
[4] PDF 10 ídem.
[5] Record 28:15, primer registro de la audiencia.

aquella con ocasión de sus funciones eran del Estado. Adicionalmente señaló que, en el trámite de reclamación adelantado por los clientes afectados, el banco administrativamente los exoneró por las deudas del crédito y asumió el daño patrimonial causado por uno de sus agentes, es decir, por la procesada.

6. El apoderado del Banco Agrario se pronunció en su condición de víctima, considerando que la competencia radica en el Juez Penal del Circuito. Lo anterior, porque la conducta fue cometida por una servidora pública que utilizó dineros del banco que tenía a su cargo, los cuales son recursos del Estado; así, se aparta de la adecuación típica que hace el Juez y añade que el único afectado patrimonialmente fue el banco que representa.

7. El Juez Penal del Circuito de Fredonia, Antioquia, reitera su declaratoria de incompetencia y remite la actuación al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Fredonia, de conformidad con el artículo 54 del C.P.P y el Auto Penal 5422 del 12 de diciembre del 2019 de la Sala de Casación Penal CSJ[6].

8. El Juez Primero Promiscuo Municipal de Fredonia, Antioquia el nueve (9) de octubre del año en curso, una vez recibida la actuación remitió las diligencias al Juzgado Segundo Promiscuo de esa misma municipalidad advirtiendo haber fungido como juez de control de garantías dentro de este proceso[7].

9. Por su parte, el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Fredonia en la misma fecha remitió por incompetencia el proceso vía correo electrónico al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Venecia, Antioquia, por haber librado la orden de captura en contra de la procesada.[8]

10. Finalmente, el Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia, Antioquia, mediante auto del 11 de octubre de 2023 también se declara incompetente. Las razones fueron, en primer lugar, indicó que por disposición del artículo 250 constitucional le corresponde a la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal determinar hechos

[6] Record 17:50 segundo registro de la audiencia.
[7] PDF 01 expediente digital, carpeta primera instancia.
[8] PDF 03 ídem.

jurídicamente relevantes y adecuar típicamente una conducta, por tanto, no le es dable al Juez de conocimiento variar la adecuación típica concebida desde la formulación de imputación. Por otro lado, anotó que de la descripción de los hechos se desprende que la conducta si se adecua al tipo penal de peculado por apropiación por el que fuera acusada DEISY BIVIANA GALLEGO GARCÍA, al tratarse de recursos públicos del Banco Agrario, entidad sobre la cual recayó únicamente el daño patrimonial, como lo manifestó su representante judicial.

11. En vista de lo anterior, propuso conflicto negativo de competencia remitiendo la actuación a este Tribunal a efectos de decidir cuál es el funcionario competente para conocer del trámite.

III. CONSIDERACIONES

12. De conformidad con el artículo 54 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Decisión es competente para resolver el presente asunto de definición de competencia, en concordancia con el artículo 34 numeral 5 ídem.

13. Corresponde a la Sala en esta oportunidad, definir cuál es el Juzgado competente para tramitar en fase de Juzgamiento el proceso penal adelantado en contra de DEISY BIVIANA GALLEGO GARCÍA.

14. El artículo 54 del estatuto procesal penal regula el trámite del incidente de definición de competencia señalando que:

> *«Cuando el juez ante el cual se haya presentado la acusación manifieste su incompetencia, así lo hará saber a las partes en la misma audiencia y remitirá el asunto inmediatamente al funcionario que deba definirla, quien en el término improrrogable de tres (3) días decidirá de plano. Igual procedimiento se aplicará cuando se trate de lo previsto en el artículo 286 de este código y cuando la incompetencia la proponga la defensa…»*

15. A su turno, el artículo 341 del mismo cuerpo normativo, establece que: *«De las impugnaciones de competencia conocerá el superior jerárquico del juez, quien deberá resolver de plano lo pertinente dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de lo*

actuado. En el evento de prosperar la impugnación de competencia, el superior deberá remitir la actuación al funcionario competente. Esta decisión no admite recurso alguno»

16. Antes de resolver, es oportuno recordar que la Corte Suprema de Justicia en auto AP2863-2019 del 17 de julio de 2019, radicado 55616, varió su jurisprudencia en torno al trámite de definición de competencia que debe surtirse frente al artículo 54 del C. de P. Penal. Así, precisó que antes de la remisión del asunto al funcionario competente de dirimir el conflicto se debe generar una controversia en torno al funcionario judicial competente, al respecto indicó:

> *«El funcionario judicial debe instalar la audiencia correspondiente y dar a conocer los motivos de su incompetencia para que los sujetos procesales se manifiesten al respecto. Si quien cuestiona la competencia es cualquiera de estos últimos deberá correrse traslado a los demás convocados para que expongan su criterio y posteriormente el juez se pronuncie al respecto.*
>
> *Si el funcionario judicial y los sujetos habilitados para intervenir coinciden frente al juez que deba asumir el conocimiento del asunto, éste será remitido a ese funcionario, quien, a su vez, examinará si les asiste o no razón. En caso negativo, enviará la actuación al órgano judicial competente para definir el debate, de lo contrario, la asumirá.*
>
> *Cuando hay desacuerdo entre el juez y los sujetos procesales habilitados para intervenir, el asunto debe ser enviado directamente al órgano judicial autorizado para definir la competencia.»*[9]

17. En esta oportunidad, el Juez Penal del Circuito de Fredonia, una vez manifestó su incompetencia, corrió traslado a los sujetos procesales, oponiéndose fiscalía y apoderado de la víctima, quienes intervinieron solicitando que ese despacho debía asumir el conocimiento del asunto por ser el funcionario competente para ello. Pese a la controversia suscitada, el funcionario judicial remitió las diligencias a los Juzgados Promiscuos Municipales de Fredonia, por considerar errada la adecuación típica efectuada por la fiscalía, en tanto, de los hechos jurídicamente relevantes plasmados en el escrito de acusación se desprende que la imputada pudo cometer el delito de hurto por medios informáticos y semejantes en concurso con hurto agravado por la confianza

[9] CSJ AP898-2023, radicación 63443.

(artículo 269i, 240 numeral 2 del C.P.); por lo anterior, indicó que la competencia radica en los jueces municipales.

18. Finalmente, quien se pronunció sobre la manifestación de incompetencia del Juez Penal del Circuito de Fredonia, fue el Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia, Antioquia, dado que los Juzgados Promiscuos Municipales de Fredonia, manifestaron impedimento por haber fungido como jueces de control de garantías en este proceso.

19. La Juez Promiscuo Municipal de Venecia, rechazó el conocimiento del asunto y remitió las diligencias ante esta Corporación para dirimir el conflicto de competencia, con lo cual se supera yerro en el trámite del incidente y habilita a esa Sala para resolver.

20. El argumento central expuesto por el Juez Penal del Circuito de Fredonia para declararse incompetente, atañe a una indebida calificación jurídica de la conducta por parte de la Fiscalía General de la Nación, pues en su sentir, la actividad desplegada por la imputada afectó el bien jurídico del patrimonio económico de particulares y no a la administración pública, en tanto, los dineros provenientes del crédito solicitado al Banco Agrario ya habían ingresado a la esfera patrimonial de estos.

21. Ahora bien, es preciso señalar que el marco fáctico y jurídico sobre el cual se analiza la competencia del juez de conocimiento se delimita por lo indicado en el respectivo escrito de acusación. Así se ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia:

> *«En el sistema de enjuiciamiento penal adoptado en nuestro país por el Acto Legislativo No 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, corresponde a la Fiscalía General de la Nación la confección y la presentación del pliego acusatorio como presupuesto indispensable del inicio del juicio público, oral, con inmediación de pruebas, contradictorio y concentrado (art. 250 Const. Política). Uno de los requisitos, quizás el más importante, de la acusación es una "relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes", incluyendo las circunstancias temporales, espaciales y modales en que éstos se desarrollaron (art. 8, lit. h, C.P.P./2004).*
>
> *En especial, la determinación por el acusador del lugar en que acaeció la conducta punible es trascendente para determinar la competencia territorial, pues según lo ordena el artículo 43, inciso 1, de la Ley 906 de 2004, el juzgamiento deberá adelantarlo el juez de aquel sitio. Debido a ello, al contener el escrito de*

acusación el marco fáctico y jurídico que regulara el marco de desarrollo de la fase de juzgamiento, se erige como el estandarte o parámetro para fijar la competencia judicial y, por ende, debe respetarse a cabalidad los términos circunstanciales allí consignados.»[10]

22. Así las cosas, de conformidad con el artículo 250 de la Carta Política y 66 de la Ley 906 de 2004, es a la Fiscalía General de la Nación a quien le corresponde ejercer la acción penal y adelantar la investigación por hechos que revistan características de delito, razón por la cual es de su exclusiva competencia determinar los hechos jurídicamente relevantes y adecuar la conducta punible que considere se presenta, en el escrito de acusación, pues como quedó visto jurisprudencialmente, con base en esa determinación se fijará la competencia del funcionario judicial que deba conocer de la actuación.

23. En el presente caso, se tiene que a DEISY BIVIANA GALLEGO GARCÍA se le atribuye el delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo (artículo 397 inciso 3, 31 del código penal), bajo el entendido que, siendo funcionaria pública del Banco Agrario, con sede en el municipio de Fredonia, Antioquia, se apropió al parecer de unas sumas de dinero pertenecientes a esa entidad financiera, que habían sido solicitadas a través de créditos por diferentes ciudadanos, aprovechándose de la facilidad que tenía de disponer de tales recursos por estar bajo su custodia material en razón de sus funciones, adecuación jurídica a todas luces razonable, por tanto la competencia para conocer del proceso recae en el juez penal del circuito al tenor del artículo 36 numeral segundo del código de procedimiento penal de 2004.

24. En conclusión, considera la Sala que es el Juez Penal del Circuito de Fredonia, Antioquia, quien debe continuar adelantando la actuación seguida contra DEISY BIVIANA GALLEGO GARCÍA.

25. En consecuencia, se dispondrá la devolución del expediente al Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, Antioquia, para lo de su cargo.

[10] CSJ AP935-2019 Rad. 54811)

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

RESUELVE

PRIMERO: ASIGNAR al Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, Antioquia, la competencia para conocer el proceso adelantado contra DEISY BIVIANA GALLEGO GARCÍA por el delito peculado por apropiación, según lo antes expuesto.

SEGUNDO: REMITIR la actuación al Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, para que proceda de conformidad.

TERCERO: Infórmese lo decidido a las partes interesadas y a la Juez Promiscuo Municipal de Venecia.

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: **d378e688cce3300fe94960e021a85fcc0f4ae9cc25103c90684fd5a7cb33828b**
Documento generado en 19/10/2023 04:30:47 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	: 0520960 00000 2022 00010 01 (2023-1663-3)
Procedencia	: Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia, Antioquia
Procesado	: CARLOS ALBERTO ESTRADA SÁNCHEZ
Delito	:Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes
Decisión	: Revoca y decreta
Aprobado	: Acta No. 355, octubre 19 de 2023

Medellín, Antioquia, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE DECISIÓN

1. Desatar el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía respecto del auto a través del cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia, Antioquia, le negó la solicitud de admisión de una prueba de referencia durante la audiencia de juicio oral adelantada dentro de la actuación que se sigue contra CARLOS ALBERTO ESTRADA SÁNCHEZ, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

II. HECHOS

2. Según se desprende de la audiencia de imputación y el escrito de acusación, los hechos materia de investigación se originaron por diligencia de registro y allanamiento realizada el 23 de junio de 2022, aproximadamente a la 1:50 horas, a un inmueble ubicado en el barrio Morro Salvador, coordenadas geográficas N 06°02´56.6" W 75°54´33.7" del municipio de Concordia, Antioquia, en su interior se encontraba CARLOS ALBERTO ESTRADA SÁNCHEZ, hallándose debajo de la cama donde pernoctaba una bolsa plástica color negro que en su interior tenía 100 bolsas pequeñas de sello hermético, las cuales, a su vez contenían una sustancia vegetal color verde semejante a la marihuana, una gramera y un paquete de bolsas de sello hermético sin utilizar.

3. Sometida la sustancia a prueba preliminar homologada arrojo positivo para cannabis y sus derivados en peso neto de 212,1 gramos.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

4. En audiencia realizada el 23 de junio de 2022, bajo la dirección del Juzgado Promiscuo Municipal de Concordia, Antioquia, la Fiscalía 152 especializada llevó a cabo audiencia concentrada de legalización de captura y de allanamiento y registro, asimismo, formuló imputación[1] en contra de CARLOS ALBERTO ESTRADA SÁNCHEZ y otros siete procesados, como presunto autor del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, según el artículo 376 inciso 2 del código penal. El procesado no aceptó los cargos y el juez le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

5. La Fiscalía 034 Seccional de Concordia, Antioquia, presentó escrito de acusación el 09 de agosto de 2022[2] en contra de CARLOS ALBERTO ESTRADA SÁNCHEZ por el punible tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 inciso 2 del código penal. El 06 de septiembre de 2022, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia, Antioquia, se llevó a cabo la correspondiente audiencia de acusación por el mismo delito que fue imputado[3].

6. Ante ese mismo despacho judicial, el 19 de octubre de 2022, se realizó la audiencia preparatoria[4], donde se estipuló la plena identidad del acusado y la calidad y cantidad de la sustancia estupefaciente incautada. Igualmente, se decretaron entre otras pruebas, el testimonio de Maycol Alexander Ospina Zapata.

7. El juicio oral se inició el 24 de noviembre de 2022[5] y se continuó el 17 de abril de 2023[6] y 25 de agosto hogaño[7], en esta última oportunidad la Fiscalía solicitó tener como prueba excepcional de referencia la entrevista

[1] PDF 02 expediente digital, carpeta garantías, concentradas.
[2] PDF 01 y 02 expediente digital, primera instancia.
[3] PDF 09 y 10 expediente digital, primera instancia.
[4] PDF 18 y 19, expediente digital, primera instancia.
[5] PDF 23 y 24, expediente digital
[6] PDF 38 y 39 expediente digital
[7] PDF 57 y 58 expediente digital

inicial vertida por el testigo Maycol Alexander Ospina Zapata, en tanto manifestó a la audiencia, bajo la gravedad de juramento, haber sido amenazado y temer por su vida y la de sus consanguíneos, razón por la cual se negó a declarar.

8. Así, de conformidad con el literal b del artículo 438 literal b del C.P.P., la fiscalía solicitó la entrevista rendida por el testigo como prueba de referencia. Para ello citó la sentencia C-177 del año 2014 y sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 27477 del 06 de 2008, según la cual la prueba de referencia solo tiene cabida bajo extrema necesidad y no hay plena disposición para que el testigo pueda declarar.

9. La defensa se opuso a la solicitud deprecada por la fiscalía manifestando que lo expuesto por el testigo no se adecúa a las causales contempladas en el artículo 438 del C. de P.P., pues, el *evento similar* del literal b implica no solo la manifestación de las amenazas, sino la indisponibilidad del testigo con ocasión de esa situación y, en este caso, dice, el deponente acudió a rendir su testimonio; además, alega que no se aportó prueba sumaria que acreditara esas amenazas, pues la mera manifestación del declarante no es óbice para invocar la causal.

10. Añade, la fiscalía debe propender, en caso de ameritarse, a que el testigo se incluya en el Programa de Protección de Víctimas y Testigos con el fin de preservar su integridad y, de ser posible, esa sería solución para que la audiencia se lleve a cabo en forma reservada.

11. El Juzgado negó la solicitud elevada por la Fiscalía, consecuentemente el delegado de la fiscalía interpuso el recurso de apelación y la defensa se pronunció como no recurrente.

IV. DECISIÓN IMPUGNADA

12. En sesión de juicio oral del 25 de agosto de 2023[8], el *A quo* resolvió desfavorablemente la solicitud deprecada por parte de la Fiscalía en cuanto a que se tenga como prueba de referencia la entrevista rendida por

[8] Archivo 057, Record 20:38.

el testigo Maycol Alexander Ospina Zapata, luego de que este ciudadano manifestara en audiencia haber recibido, hacía dos meses, amenazas de muerte provenientes de la cárcel de Andes por parte de alias Nando, postulación apoyada en el artículo 438, literal b de la Ley 906 de 2004.

13. Lo anterior, por cuanto no se satisfacen los requisitos legales exigidos para admitir esa entrevista como prueba excepcional de referencia. Advirtió que el ente acusador, en ejercicio de sus funciones de protección de las víctimas, debe solicitar que Maycol Alexander Ospina Zapata sea incluido en el Programa de Protección de Víctimas y Testigos.

14. En segundo lugar, como lo dedujo la defensa, señaló que las amenazas que al parecer recibió el testigo por la red social Facebook desde el establecimiento penitenciario de Andes a través de alias Nando, no tienen sustento probatorio para inferir que son ciertas; además, dice, tampoco provienen del procesado sino de otra persona privada de la libertad en otro establecimiento carcelario.

15. Considera que la Fiscalía General de la Nación debe indicar al testigo para que denuncie esas presuntas amenazas y así pueda tener sustento legal y probatorio de las mismas, no solamente para protegerlo, sino para que se investiguen esos hechos.

16. Por último, plantea realizar la audiencia con carácter reservada, disponiendo además que el ciudadano procesado apague su cámara para que el testigo no tenga visión de quien se encuentra privado de la libertad por estos hechos.

V. DISENSO

17. La fiscalía considera que la prueba deber ser decretada y por esa razón solicita la revocatoria de la providencia confutada. Cree, contrario a lo expuesto por el *A quo*, es procedente incorporar al proceso como prueba de referencia la entrevista vertida por el testigo Maycol Alexander Ospina Zapata por hallarse amenazado, bajo las previsiones del artículo 438 literal b del código de procedimiento penal "*Cuando se es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar".*

18. Señala que ese evento similar debe ser tenido en cuenta, no solamente como lo establece la ley, con las consecuencias que acarrea, sino contrastado con la realidad social y política que representa una amenaza hecha por un individuo que se encuentra en una cárcel.

19. Por otro lado, refiere, esas amenazas fueron demostradas con el dicho del testigo durante la audiencia, donde indicó claramente que las amenazas las hizo alias *Nando*, el jefe de una "la plaza de vicio". Por tanto, reclama la fiscalía, bajo el postulado de la libertad probatoria establecida en el artículo 373 del C. de P.P. que el elemento que demuestra la amenaza efectiva en contra del testigo quedó en evidencia con la manifestación que aquel hizo en audiencia.

20. Señala que la solución dada por el Juzgado de apagar la cámara del procesado, de nada sirve, pues las amenazas ya están hechas, y quedó en soportado con el dicho del testigo en audiencia.

21. Fundamenta su inconformidad, citando la sentencia C-177 del 2014, de la Corte Constitucional y la decisión bajo el radicado 27477 de marzo 6 del 2008 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que señalan que la prueba de referencia representa una excepción a la regla general de la inmediación de la prueba, al tiempo que altera las exigencias del principio de contradicción y solo tiene cabida en extrema necesidad, por tanto, conforme a la realidad fáctica y jurídica de esta investigación la situación que se plantea comporta un evento similar para la admisión excepcional de dicha prueba.

VI. INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTE

22. El defensor solicitó la confirmación del auto apelado, pues contrario a lo planteado por la fiscalía, la decisión adoptada por el *A quo* resulta acertada bajo los parámetros establecidos en el artículo 438 del código de procedimiento penal atendiendo el carácter excepcional que contiene dicha norma, en razón a ello propone su confirmación.

23. Cita la sentencia de constitucionalidad C-144 de 2010 donde se analiza la expresión "*evento similar*" para que sea admitida de manera excepcional la prueba de referencia, indica que ese término debe tener atributos similares al secuestro o la desaparición forzada, bien por su naturaleza o porque reúne particularidades comunes, como cuando el declarante no se halle disponible como testigo y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor de imposible vencimiento, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su indisponibilidad de localización.

24. Indica, como lo advirtió el *A quo*, el testigo está disponible, pues compareció a las instalaciones del Juzgado de conocimiento para manifestar haber sido amenazado, pero no demostró ese hecho, como por ejemplo pantallazos o una denuncia formal.

25. Considera que la solución planteada por el *A quo*, en el sentido de incluir al declarante al Programa de Protección de Víctimas y Testigos, es la solución. Acceder a la prueba de referencia, en su sentir, soslayaría el derecho de defensa, contradicción e inmediación de la prueba.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

26. 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 Promiscuo del Circuito de Concordia, Antioquia. Para ello, se abordará brevemente el tópico al cual se contrae la controversia, y los asuntos inescindiblemente ligados a esta.

27. El problema jurídico por resolver se contrae a establecer, si es procedente decretar la prueba de referencia solicitada por la Fiscalía en la audiencia de juicio oral respecto de la entrevista inicial rendida por el testigo Maycol Alexander Ospina Zapata, teniendo en cuenta las amenazas que él mismo manifestó en su contra, previo a rendir el testimonio, o por el contrario, como lo dedujo el *A quo* esa situación no se adecúa a la causal denominada eventos similares del literal b de la Ley 906 de 2004.

28. Pues bien, el sistema acusatorio se fundamenta, entre otras bases, en la idea de estimar como pruebas solo aquellas que son practicadas en desarrollo del juicio oral y público, ante el juez que dirige el mismo y sujetas a la inmediación, contradicción y publicidad a que se refieren los artículos 379, 378 y 377 de la ley 906 de 2003, preceptos que, a su vez, desarrollan los principios rectores consagrados en los artículos 15, 16 y 18 *ibidem*; sin embargo, de forma excepcional se permite la utilización como prueba de las declaraciones recibidas por fuera de ese escenario, como por ejemplo, cuando se permite la incorporación de una prueba anticipada o una prueba de referencia entendido como «*…toda declaración realizada por fuera del juicio oral y utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño ocasionado y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio*[9].»

29. En materia de admisibilidad de la prueba de referencia gobierna el principio de taxatividad, en la medida en que sólo revisten tal carácter aquellas que se encuentran enlistadas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004. Según esa disposición, *"únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: (…) b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada* ***o evento similar****".*

30. Según esta disposición el legislador introdujo una excepción de carácter discrecional, que permite decidir sobre la admisión de pruebas de referencia en casos distintos de los allí previstos, cuando se esté frente a eventos similares. Sobre el tema tratado la Corte Constitucional en la sentencia C-144 de 2010 expresó:

> *«93. En este caso, es evidente que es la semántica misma de la expresión la que servirá al operador jurídico para aplicar la hipótesis de manera acertada en los casos concretos. Porque al hablarse de un "evento similar", se está diciendo que se trata de un acaecimiento o suceso, que debe tener semejanza o ser análogo a otro, es decir que debe tener atributos similares al secuestro o a la desaparición forzada. Es por tanto una expresión que permite introducir otras hipótesis no determinadas por el precepto, pero determinables.*

[9] Sala Penal CSJ. SP5798 2016, radicado 41667

Sobre este último particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal apuntaba sobre esta expresión[10]:

"La norma introdujo una excepción residual admisiva o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional, en la hipótesis prevista en el literal b), al dejar en manos del Juez la posibilidad de admitir a práctica en el juicio, pruebas de referencia distintas de las allí reseñadas, frente a eventos similares".

"La expresión eventos similares, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, ***por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización****".*

"La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas ungidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida".

"La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor*), **surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo".***

94. Por lo demás, la figura en general de la Prueba de Referencia se encuentra regulada a través de otros elementos normativos, los cuales también sirven para orientar al juez, en el proceso de aplicación de la expresión bajo estudio. Así cuando en el artículo 379 del CPP, se establece que por razón del principio de inmediación tan valioso al sistema penal de tendencia acusatoria, "el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia", señalando al final de modo expreso que la "admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional".

En adición, hay que tener en cuenta que no obstante la Prueba de Referencia sea admitida de manera excepcional, su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado,

[10] Sentencia del 6 de marzo de 2008, Rad.27477.

siempre dependerá del soporte que encuentre en otros medios de prueba. Porque conforme a lo previsto en el artículo 381 CPP, un fallo condenatorio bajo ningún concepto se puede estructurar a partir de medios probatorios de tal naturaleza.

De otro lado, en el artículo 441 del CPP se han previsto dos ingredientes adicionales de control al uso de la misma: uno según el cual la admisión de la Prueba de Referencia debe cumplir en lo pertinente, con las reglas generales de la prueba sobre admisibilidad y apreciación; otro relativo a la posibilidad de cuestionar la credibilidad de la Prueba de Referencia por cualquier medio probatorio.

95. Con todos estos elementos es fácil concluir que el legislador, al emplear la expresión "o evento similar", no ha introducido una opción que abra en exceso los contornos de la facultad excepcional del juez para decretar este tipo de pruebas. En el marco de su poder de libre configuración legislativa, ha contemplado un elemento adicional que aunque por sus características no permite que su aplicación se reduzca a un simple proceso de subsunción, permite sí al juez una adecuada comprensión y aplicación. Esto es, la incorpora de modo tal en el precepto, que hace posible reconocer racionalmente otras circunstancias próximas al secuestro y a la desaparición forzada que justifiquen admitir una declaración de tal naturaleza». (Negrilla y subrayado fuera del texto).

31. Sobre la materia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado 38773 del 27 de febrero de 2013[11] qué:

«… los eventos similares deben referirse a "situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que ***el declarante no se halle disponible como testigo****, y que* ***la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas****, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización".*

Con fundamento en la anterior posición la Sala en la sentencia del 19 de febrero de 2009[12] estimó que ***la situación del testigo que no acude a declarar por recibir amenazas contra su vida o la de sus familiares corresponde a un caso de evento similar al cual se refiere el literal b) del artículo 438 en mención****»* (Negrillas fuera del texto original).

32. En el caso en particular, mientras se llevaba a cabo la primera sesión de juicio oral bajo la dirección del Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia, Antioquia, a través de la aplicación *lifesize*, luego de verificadas la etapas: interrogatorio al acusado, presentación de la teoría del caso por las partes y la incorporación de las estipulaciones probatorias, se inició a

[11] Ver también SP10986-2014, radicado 41390.
[12] Radicación 30598.

la práctica probatoria, en razón a ello la fiscalía presentó al estrado al testigo Maycol Alexander Ospina Zapata para lo cual le pidió se uniera a la reunión virtual. Una vez ahí el juzgado preguntó al deponente sobre sus generales de ley y lo juramentó[13], mientras ello ocurría el testigo le expresó al juez. ***"Sí, señor, sino que a mí me amenazaron, entonces yo temo."***

33. Ante lo cual el juez le preguntó si iba a declarar bajo juramento respondiendo afirmativamente. A continuación se concedió el uso de la palabra a la fiscalía para dar comienzo al interrogatorio cruzado.

34. El fiscal en directo preguntó al señor Maycol Alexander Ospina Zapata:

> ¿*Cuéntele al señor juez, si usted sabe el motivo por el cual se encuentra rindiendo este testimonio?"*
> Testigo*:* ***Sí, señor, pero es que a mí ya me amenazaron y yo temo por la seguridad mía y la de mi familia, porque si se dan cuenta donde vivo yo, de pronto nos hacen alguna cosa a todos.***
>
> Fiscal: *Correcto. ¿Cuánto recibió usted esas amenazas?*
> Testigo: ***La recibí por el Facebook hace como 2 meses me amenazaron y de ahí me eliminaron del Facebook, me amenazaron desde la cárcel de Andes.***
>
> Fiscal*: Correcto. ¿Se enteró usted de dónde profirieron estas amenazas?*
> Testigo***:*** "***Sí, señor***."
>
> Fiscal*: ¿Concretamente de quién?*
> Testigo*:* ***De Nando.***
>
> Fiscal*: Distingue usted a Nando*
> Testigo***: Si, señor.***
>
> Fiscal*: Quien es Nando.*
> Testigo***: Era el que manejaba la olla en El Morro****."*[14]

35. Por lo anterior, la fiscalía postuló ingresar como testimonio de referencia las manifestaciones efectuadas por Maycol Alexander Ospina Zapata en la entrevista, al tenor del literal b del artículo 438 de la ley 906 de 2004, dada su indisponibilidad, en virtud de una amenaza de muerte proferida en su contra y de sus familiares, esto es, debido a una situación

---

[13] Minuto a minuto 06.56:07:12 audiencia de juicio oral 25 de agosto de 2023 el juez pregunta. *"Bien, entonces procede el despacho Michael Alexander a tomarle el juramento. Michael Alexander Ospina Zapata, jura usted decir la verdad y nada más que la verdad en él, testimonio que va a rendir ante el juzgado promiscuo del circuito de concordia Antioquia*." El testigo contestó: "*Si señor*" Juez: "*Si juro*"

[14] Récord del minuto 9:30 a 10:45, audio juicio oral, archivo 057 expediente digital.

de fuerza mayor; pues a pesar de estar presente en la diligencia por temor a que él y/o sus familiares perdieran la vida se negó de viva voz a declarar.

36. El *A quo*, luego de expresada la oposición a esa petición por la defensa, negó la solicitud probatoria tras considerarla improcedente en los términos del artículo 438 de la ley 906 de 2004.

37. En sentir de la Sala, la decisión del *A quo* ha de ser revocada y, en su lugar, se decretará la prueba de referencia pedida por la fiscalía por cuanto:

(i) Se acreditó en el proceso que el testigo Maycol Alexander Ospina Zapata fue amenazado de muerte, a través de la red social Facebook, por cuenta de los hechos investigados en este asunto y por un sujeto apodado "*Nando*", quien es el líder de la "*olla de El Morro*", en tanto, bajo la gravedad de juramento así lo expresó el deponente en la audiencia de juicio oral. Entonces, se cae de su peso la falta de acreditación de las amenazas referidas por el testigo.

(ii) La amenaza de muerte dirigida a una persona llamada a ser testigo en el proceso causa su indisponibilidad, pues esa intimidación a perder la vida propia y la de sus consanguíneos entraña una fuerza mayor insuperable para quien la soporta. Ciertamente el testigo estuvo disponible físicamente en la sala de audiencias, pero no jurídicamente, en tanto no se le puede obligar en esas circunstancias a declarar.

(iii) De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la decisión de un testigo de no declarar por recibir amenazar en contra de vida y la de sus familiares se adecúa a un caso de evento similar referido en el literal b del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

38. Así, conforme se anticipó, la Sala revocará la decisión adoptada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordía, Antioquia, por cuyo medio negó la prueba de referencia solicitada por la Fiscalía y, en su lugar, se ordenará su admisibilidad y decreto, la cual será incorporada por el investigador que la recibió, contenida en el informe FPJ14 de la Fiscalía.

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el auto impugnado, y en su lugar, se admite la solicitud peticionada por la fiscalía de decretar como prueba de referencia la entrevista rendida por el testigo Maycol Alexander Ospina Zapata, misma que se incorporará con el investigador que la recepcionó y que obra en el informe correspondiente.

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)
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: **ed834b9630b54112c3a6adee16b359dd90503f1f82488261d407675af73ac62c**
Documento generado en 19/10/2023 04:30:35 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**

Rad. CUI:	1101 60 00000 2023 01499 01 (2023-1664-3)
Delito:	Contrabando
Acusados:	Libardo Pacheco Juez y otros
Asunto:	Auto niega nulidad imputación
Decisión:	Se abstiene de resolver apelación
Aprobación:	Acta No. 354, octubre 19 de 2023.

Medellín, Antioquia, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

I. ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa de LIBARDO PACHECO JUEZ, LIBARDO PACHECO CORTES, HERIBERTO ESPITIA ARZUZA, MANUEL ENRIQUE GÓMEZ BARRIOS, JORGE MANUEL OLASCOAGA TEHERAN y JESÚS ANTONIO BERRIO contra el auto proferido el 06 de septiembre de 2023, por medio del cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, negó la solicitud de nulidad reclamada respecto de la audiencia de formulación de imputación que se llevó a cabo el 09 de marzo de 2023 ante la Juez Primero Promiscuo Municipal de Turbo.

II. HECHOS

Del escrito de acusación se desprende que tuvieron su génesis el seis (6) de marzo del año 2023, en aguas jurisdiccionales de Colombia, específicamente en las coordenadas LAT 09°19.020 N, LONG 76° 54.040 W, rumbo 070 grados con destino al archipiélago de San Bernardo, siendo aproximadamente las 11:30 horas, cuando la Armada Nacional en proceso de interdicción marítima intervino la embarcación de madera tipo cabotaje "Niña Wendy V" con matrícula CP 08-0994 donde se movilizaban los señores LIBARDO PACHECO JUEZ, LIBARDO PACHECO CORTES, HERIBERTO ESPITIA ARZUZA, MANUEL ENRIQUE GÓMEZ BARRIOS, JORGE MANUEL OLASCOAGA TEHERAN y JESÚS ANTONIO BERRIO, entre otros, al parecer introduciendo al territorio colombiano por lugar no habilitado y sin contar con los

permisos requeridos, mercancías consistentes en 1.413.500 cajetillas de cigarrillos de procedencia extranjera marca Golden Lions y D&J Royal, y china marca Silver Elephant, por lo que fueron aprehendidos. Dicha mercancía fue evaluada por la autoridad aduanera en $3.201.577.500.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El ocho (8) de marzo de 2023, se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de captura y legalización de incautación de elementos, y el nueve (9) de marzo hogaño, se llevó a cabo audiencia de formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Turbo, Antioquia, dentro del radicado matriz CUI 11 001 60 99366 2023 00005.

La Fiscalía imputó a los señores LIBARDO PACHECO JUEZ, LIBARDO PACHECO CORTES, HERIBERTO ESPITIA ARZUZA, MANUEL ENRIQUE GÓMEZ BARRIOS, JORGE MANUEL OLASCOAGA TEHERAN, JESÚS ANTONIO BERRIO, entre otros, la conducta punible de contrabando contemplada en el artículo 319 inciso 1 y 3 del código penal, en calidad de coautores, bajo situación de flagrancia. Adicionalmente, se realiza corrección por la delegada fiscal de la imputación fáctica respecto de la cifra total de cigarrillos incautados indicando ascienden a un millón cuatrocientos trece mil quinientos (1.413.500) cajetillas[1]. Los procesados no aceptaron los cargos imputados.

El conocimiento de la actuación le correspondió por reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, despacho que citó a audiencia de formulación de acusación para el 18 de agosto de 2023[2]. En esa oportunidad, durante el trámite del artículo 339 de la ley 906 de 2004 (impedimentos, recusaciones o nulidades) el defensor de los procesados advirtió causal de nulidad, pero se suspendió la diligencia para la sustentación. El 30 de agosto de 2023 se reanudó la audiencia y se presentó por el apoderado de los imputados petición de nulidad por considerar que la narración de los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de imputación no fue clara y sucinta, con lo cual se vulneró el derecho de defensa y debido proceso, dando lugar a que se configurara la causal de nulidad contemplada en el artículo 457 ibídem[3].

[1] Record 00:38:40, registro de audio formulación de imputación.
[2] PDF 12 y 13 expediente digital, carpeta primera instancia, subcarpeta conocimiento.
[3] PDF 36 y 37 expediente digital, carpeta primera instancia, conocimiento.

Expresó el defensor, qué la fiscalía no cumplió con lo dispuesto en el artículo 288 numeral 2 del C. de P.P. que impone el deber de hacer una "relación clara y suscita de los hechos jurídicamente relevantes", lo cual, en el caso concreto, resulto deficiente. Advirtió que la Corte Suprema de Justicia en decisiones AP1086-2023 y AEP084-2023, señaló que la formulación de imputación o acusación es un acto de parte, por tanto, sobre este acto no puede decretarse la nulidad cuando el argumento para solicitarla corresponda a una ineficiencia probatoria. Sin embargo, anota, que cuando se trata de buscar el saneamiento de ese acto frente a los hechos jurídicamente relevantes si es posible invocar la pretensión de nulidad, por ejemplo, en el traslado del artículo 339 del C. de P. Penal, cuando consista en irregularidades sustanciales ocurridas desde la audiencia de formulación de imputación por omisiones, equívocos o confusiones de la fiscalía que hayan impedido conocer a la defensa técnica y material los hechos o la calificación jurídica que se atribuye.

Se duele la defensa que, en la audiencia de formulación de imputación, la fiscalía no concretó adecuadamente la imputación fáctica, es decir, no materializó el verbo rector atribuido "introducir" del artículo 319 contemplado para el delito de contrabando, en un hecho claro y concreto. Reclama que la contextualización de los hechos efectuada por el ente investigador tampoco da cuenta de manera específica como fue que se introdujo la mercancía dentro del territorio nacional, ni mencionó cuales eran las prohibiciones que existían en la zona donde fueron encontrados sus representados.

Finalmente, resaltó la necesidad de especificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la conducta y los aspectos atinentes a la culpabilidad; no obstante, dijo, en la atribución que hizo la fiscalía no diferenció entre hechos indicadores, hechos jurídicamente relevantes y elementos de prueba, por tanto, la consecuencia debe ser la nulidad del trámite, por cuanto esa omisión o ausencia de claridad inciden en la estructura del proceso.

La Fiscalía se opuso a que se decretara la nulidad peticionada por la defensa, expresó que el artículo 445 y siguientes establece unos presupuestos que debe cumplir quien invoca una causal de nulidad, entre estos i) la identificación concreta del acto irregular, ii) concretar la forma en la que el acto irregular afectó la actuación o conculcó una garantía procesal, iii) demostrar la trascendencia, lesividad e irreparabilidad del daño y, iv) el momento que se busca retrotraer la actuación para corregir el yerro.

Señala en este asunto, que el defensor no sustentó correctamente la solicitud de nulidad y no mencionó cual era la afectación en concreto, pues hizo consideraciones netamente subjetivas sin prever que hay unas cargas que le impone la ley para elevar esta clase de solicitudes desconociendo el desarrollo jurisprudencial sobre la materia. También dice que el defensor interpreta erróneamente lo que debe entenderse por un hecho jurídicamente relevante, pues la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia señala que este debe responder a la adecuación típica de la conducta, en este caso al delito de contrabando, fue así que acudió al actuar desplegado por los investigados y lo adecuó al hecho típico.

Manifiesta la delegada fiscal que ante el Juzgado de control de garantías, identificó plenamente a los procesados, les comunicó cuales eran los hechos jurídicamente relevantes conforme el canon del 319 C.P., y el verbo rector era "introducir o ingresar", también precisó las circunstancias de tiempo, modo y lugar, tipo de mercancía encontrada, marca, cantidad y valor avaluado por la DIAN, lo cual resulta importante para ajustar la conducta al inciso 3 del precitado artículo 319, también los aspectos de culpabilidad y antijuridicidad de la conducta para que les quedara claro a los imputados la calificación jurídica e igualmente, les comunicó la posibilidad de allanarse a cargos conforme a la ley.

Finalmente refirió, se realizó la respectiva indagación a los imputados por la juez de control de garantías sobre su comprensión frente a los términos de la imputación y fueron contestes que sí; en todo caso, siempre estuvieron acompañados de una defensa técnica. Por tanto, considera cumplida la carga que impone la ley y la constitución para formular imputación dado que dicha comunicación fue clara y en lenguaje comprensible, lo que amerita denegar la petición de nulidad que reclama la defensa.

De igual forma, la representante de la DIAN se adhirió a las manifestaciones de la fiscalía al considerar que en la audiencia de imputación no se observó causa alguna para decretar nulidad por violación de derechos o garantías de los involucrados o del proceso, por tanto, solicita despachar desfavorablemente la petición de la defensa.

En el mismo sentido, el representante de la víctima Philip Morris Products S.A solicitó no admitir la nulidad propuesta. Cita la sentencia STP16183-2022 para indicar que el defensor debió agotar unos requisitos para proponer la nulidad planteada, además, debió acudir a una medida menos traumática para garantizar el debido proceso, pues dicha

figura debe ser la última de las opciones en orden a preservar la integridad del proceso penal.

Para resolver la solicitud de la defensa, el *A quo* fijó como fecha el seis (6) de septiembre de 2023.

IV. DECISIÓN IMPUGNADA

La juez de primera instancia resolvió negar la petición de nulidad deprecada por la defensa con relación a la formulación de imputación, específicamente en lo atinente al numeral 2 del art. 288 del C. de P. Penal[4]. Luego de hacer un recuento de cada una de las intervenciones realizadas en la audiencia de formulación de imputación y de acusación, consideró que la relación de los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la imputación se hizo en debida forma, oportunidad en la cual fue clara la fiscalía respecto de las circunstancias de tiempo y lugar donde se desarrolló el hecho, tanto que expuso las coordenadas mediante las cuales se dio la interdicción marítima por la Armada Nacional, a través de la cual se evidenció que los procesados estaban navegando sin la correspondiente autorización. También porque no contaban con la documentación que demanda el estatuto aduanero para llevar la mercancía, que al parecer venía de Panamá hacía el territorio colombiano, entonces dice, fue claro el verbo rector atribuido.

De igual forma, dijo que la fiscalía fue clara respecto de la forma en que actuaron los implicados, es decir, en coautoría, también les dio a conocer de manera general cómo desarrollaron presuntamente esa conducta que fue enmarcada en el artículo 319, inciso 1º y 3º, se les explicó que es el contrabando, haciendo lectura de la norma. Manifestó el *A quo* que los hechos jurídicamente relevantes como fueron expuestos le permiten a la defensa tener clara la pauta sobre el camino defensivo que debe activar en favor de sus cobijados y de cómo debe direccionar su teoría, consideró entonces, que la fiscalía fue responsable en la actividad que le correspondió realizar en esa oportunidad.

Por lo anterior, advierte, no existe violación a esa garantía fundamental del debido proceso, el cual fue respetado por la fiscalía y constatado por la juez de control de garantías en esa audiencia, incluso, añadió que el juzgado verificó que los implicados entendieran la razón de la imputación de cargos, luego de que la fiscalía delimitara el cuándo, por qué y cómo se dio la presunta ocurrencia del hecho por parte de estos,

[4] PDF 38 y 39 expediente digital, primera instancia, conocimiento.

cumpliéndose con los presupuestos que establece el artículo 288 *ibidem.* Contrario sensu, mencionó que la defensa podía haber efectuado observaciones al escrito de acusación o solicitado aclaraciones o correcciones, pero en lugar de eso propuso una nulidad sin fundamento, atendiendo además el principio de preclusividad de los actos procesales.

V. DISENSO

Al sustentar la apelación, la defensa apuntó que la falta de claridad de los hechos jurídicamente relevantes genera una deficiencia en el acto de comunicación de la imputación. Señaló que el juez de control de garantías dentro ese trámite verifica que la atribución de unos hechos se encuadre en la normativa penal y conforme a esa presentación que hace la fiscalía, constata que haya sido comprensible para las personas investigadas, mas no emite un juicio de valor, ni determina si el trabajo de atribución fáctica estuvo bien o mal, de manera que son dos situaciones distintas.

Frente a la nulidad que propuso, precisó que la fiscalía atribuyó a sus prohijados el inciso 1º y 3º del artículo 319 del código penal, porque presuntamente introdujeron al país una mercancía por zona no habilitada conforme a las reglas aduaneras, pero no se dijo nada frente a como se introdujo esa mercancía, reconoce que se habló de unas coordenadas donde se llevó a cabo el proceso de interdicción marítimo, las mismas donde se produjo la captura, la cual no discute, tampoco reprocha la comunicación que se les hizo a sus representados sobre la forma de autoría atribuida, pero advierte, ello no se relaciona con un hecho jurídicamente relevante.

Por lo tanto, el reclamo de la defensa se centra exclusivamente en que a sus representados no se les informó cual fue la ruta inhabilitada para transitar, lo cual resulta ser un ingrediente indispensable del tipo penal y que debe plasmarse claramente en un hecho jurídicamente relevante. Añade, no se puede confundir el lugar donde se produjo la interdicción con el lugar donde se efectuó la introducción de la mercancía por zonas no habilitadas, lo cual podría constituir un hecho indicador, pero no un hecho jurídicamente relevante, de ahí que se genere la afectación al debido proceso por tratarse de un acto ineficiente

De otro lado, entiende la defensa que la conducta no se relaciona sobre mercancías legales o ilegales o sobre autorización o permisos para movilizarla, en su sentir, lo que determina el artículo 319 *ibidem* es que se introduzca mercancía por lugares no

habilitados que supere los 50 salarios mínimos legales mensuales o en este caso, conforme el inciso 3º en cuantía superior a 200 s.m.l.m., no reprocha entonces el recurrente, la ausencia de claridad en la cantidad, calidad, valor y origen de la mercancía hallada, pues considera sobre estos aspectos se hizo un buen trabajo investigativo.

Así las cosas, solicita se revoque la decisión de primer grado y se acceda a la solicitud de nulidad conforme el artículo 457 del C. de P. Penal.

VI. INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTES

La Fiscalía como no recurrente solicitó mantener incólume la decisión de primera instancia. En primer lugar, anotó que el *A quo* explicó detalladamente, con todo la defensa persiste en hacer consideraciones subjetivas desconociendo la definición que corresponde a un hecho jurídicamente relevante, incluso sin tener en consideración que se está frente a un tipo penal en blanco, como es el contrabando definido y sancionado en el artículo 319 del, cuya remisión corresponde a legislación aduanera, razón por la cual se hizo referencia al Decreto 1165 de 2019, respecto de la introducción de mercancía al territorio nacional.

De otro lado, en cuanto al lugar no habilitado donde fue introducida la mercancía respecto del cual la defensa exige claridad, dice, fue explicado por la juez de primer grado, precisando los minutos del registro de la imputación donde se realizó esa explicación por la fiscalía. Agrega, no se puede dejar de lado la labor de contexto realizada como resultado de una captura en flagrancia, indicándose las coordenadas del lugar exacto de los hechos, lo cual es reconocido por el defensor, también las actividades llevada a cabo por las autoridades y entes de control marítimo y aduanero, pues en este caso, la armada nacional entregó un informe donde señala las coordenadas, con quienes tuvo contacto durante el procedimiento de interdicción, como se acercaron a la embarcación, que les dijeron los tripulantes, el origen de la mercancía, el destino que tenía, etc, hechos que el defensor admite conocer y haber quedado claros con suficiencia.

En síntesis, considera la fiscalía haber comunicado de manera clara y completa los términos de la imputación, a la luz de lo establecido en el código penal y en el estatuto aduanero, este último por remisión normativa. Además, dice, el control material efectuado respecto del artículo 29 constitucional por parte de la juez de control de

garantías, quien se encargó de velar por las garantías fundamentales en esa oportunidad, donde también participó y estuvo de acuerdo la defensa técnica.

De otro lado, la representante de la DIAN y el representante de la víctima Philip Morris, como no recurrentes coadyuvan lo expuesto por la señora Fiscal para que confirme la decisión de primera instancia.

Finalmente, el representante del Ministerio Público manifestó, respecto del recurso de alzada que, si bien se mencionaron unas coordenadas del lugar donde se hizo la interdicción marítima por parte de la armada nacional que abordó a la tripulación en alta mar, conformada por los procesados, entre otros, es precisamente ese hecho el que remite al artículo 319 del código penal. Empero, añade, es un tipo penal en blanco que se complementa con otras normas, para lo cual llama la atención de la Sala para que se revise lo relacionado con las normas aduaneras invocadas atinentes a esos lugares no habilitados para navegar.

VII. CONSIDERACIONES

Esta Sala es competente para conocer del presente asunto, conforme a lo dispuesto en el artículo 34, numeral 1º del C. de P. Penal.

Con todo, desde ya se anuncia, que el Tribunal se abstendrá de resolver la apelación propuesta porque el recurso es improcedente por la naturaleza de la decisión contra la cual se dirige, conforme se expondrá a continuación.

De acuerdo con la postulación propuesta por el togado y los fundamentos del recurso propuesto en contra de esa determinación, se tiene que la nulidad está fincada en que el juicio de imputación realizado por el Ente Acusador no reúne los presupuestos exigidos en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004.

Según lo expresado por el confutador, en tanto la narración de los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de imputación no fue clara y sucinta se vulneró el derecho de defensa y debido proceso, dando lugar a la causal de nulidad contemplada en el artículo 457 ibídem[5].

[5] PDF 36 y 37 expediente digital, carpeta primera instancia, conocimiento.

Lo anterior porque no se indicó claramente cuál era el lugar no habilitado por donde se introdujo la mercancía, es decir, no materializó el verbo rector atribuido "introducir" como modalidad de la conducta previsto en el artículo 319 del código penal para el delito de contrabando; hecho respecto del cual insistentemente asegura no fue relacionado por la fiscalía de manera clara y concreta en la formulación de imputación. Además, indica, la contextualización tampoco da cuenta de manera específica cómo llegó la mercancía al territorio nacional, ni mencionó cuales eran las prohibiciones que existían en la zona donde fueron sorprendidos sus representados con el cargamento.

Para ello destacó la necesidad de especificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la conducta y los aspectos atinentes a la culpabilidad; también señaló en la atribución fáctica la fiscalía no diferenció entre hechos indicadores, hechos jurídicamente relevantes y elementos de prueba, por tanto, la consecuencia debe ser la nulidad del trámite, por cuanto esa omisión o ausencia de claridad inciden en la estructura del proceso.

Concluye, de esa manera no se acataron las previsiones del artículo 288 numeral 2 del C. de P.P. que impone el deber de hacer una "*relación clara y suscita de los hechos jurídicamente relevantes*". Además, señala, la nulidad debe ser analizada dado que cuando se trata de buscar el saneamiento de ese acto frente a los hechos jurídicamente relevantes si es posible invocar la pretensión de nulidad, por ejemplo, en el traslado del artículo 339 del C. de P. Penal, de acuerdo con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en decisiones AP1086-2023 y AEP084-2023.

La Corte Suprema de Justicia en la providencia AP1128-2022 proferida en el radicado No. 61.004 del 16 de marzo de 2022, con ponencia de la H. Magistrada Patricia Salazar Cuellar, al resolver un caso análogo a éste dejó sentado que la formulación de imputación es un acto de parte, no jurisdiccional, y dichos actos no son susceptibles de la nulidad.

> *"La petición de nulidad formulada, en esos términos, se advierte manifiestamente inconducente, pues es claro que se dirige contra un acto procesal de parte como es la imputación, pero aquella medida extrema – la nulidad del trámite – solo procede contra las actuaciones de los funcionarios judiciales, como advirtió la Sala en CSJ AP5563 – 2016 al señalar lo siguiente:*
>
> *En efecto, para los primeros, al constituir meras postulaciones, la ley procesal establece sanciones como la inadmisibilidad, el rechazo o la exclusión que, por regla general, no inciden en la validez del proceso. Mientras que, los actos procesales del juez, al ser vinculantes y decidir asuntos con fuerza de ejecutoria material, sí tienen la potencialidad de lesionar garantías fundamentales, entre ellas*

> *el derecho a la defensa y el debido proceso, por lo que la irregularidad de los mismos debe repararse con la anulación, claro está, si ello no fue posible con otros remedios como la corrección de los actos irregulares o la revocatoria de las providencias en sede de impugnación."*

No sobra mencionar que en el auto AP1086-2023, citado por el recurrente, también sostuvo la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia la posibilidad para las partes, en desarrollo de la audiencia de acusación, acorde con lo expresado en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, de proponer nulidades solo relativas a irregularidades durante la audiencia de imputación y en el evento de presentarse contradicciones o confusiones, así sea respecto de los hechos jurídicamente relevantes lo adecuado, dice, es peticionar la aclaración, adición o corrección y no la nulidad. Textualmente expresó la Corte:

> *"Esa connotación de acto complejo es la que permite, destaca la Sala, que después, en curso de la diligencia, las partes puedan pedir a la Fiscalía que se corrija, aclare o complemente lo reseñado en el escrito -incluso, el juez puede hacerlo de oficio, en estricto control formal de los mínimos exigidos por la ley-, circunstancia que por sí sola, informa de la impropiedad de utilizar la solicitud de nulidad, para corregir cualquier defecto propio de ese documento.*
>
> *De esta manera, para concluir el tópico, la nulidad contemplada como primera solicitud pasible de presentar por las partes en la audiencia de formulación de acusación, corresponde únicamente a las irregularidades ocurridas en la diligencia de formulación de imputación; y, si se encuentran irregularidades, omisiones, contradicciones o confusión en el escrito de acusación, así se trate de los hechos jurídicamente relevantes consignados allí, lo propio es acudir al posterior trámite de aclaración, corrección o adición."*

Tal como se indicó, los argumentos con los que la defensa planteó la discusión, estuvieron dirigidos a cuestionar presuntas deficiencias en el acto de comunicación de los hechos jurídicamente relevantes que atañen al tipo penal de contrabando – artículo 319 del código penal - conforme lo preceptuado en el canon 288 numeral 2 del estatuto procesal penal, pues en su sentir la fiscalía no esbozó con suficiente claridad lo relacionado al lugar no habilitado donde fueron encontrados navegando sus representados y las normas aduaneras que lo prohíben.

Entonces, la nulidad desde el acto de imputación planteada por la defensa está dirigida a debatir la adecuación jurídico penal de la conducta desplegada por los procesados LIBARDO PACHECO JUEZ, LIBARDO PACHECO CORTES, HERIBERTO ESPITIA ARZUZA, MANUEL ENRIQUE GÓMEZ BARRIOS, JORGE MANUEL OLASCOAGA TEHERAN y JESÚS ANTONIO BERRIO y por cual están siendo procesados.

Plateada así la nulidad, tal como lo viene diciendo la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, resulta palmariamente inconducente, en tanto se propone en contra de la imputación como acto procesal de parte, y la nulidad procede contra los actos procesales, es decir, contra las actuaciones de los funcionarios judiciales, tal como como advirtió la Sala en CSJ AP5563 – 2016 al señalar lo siguiente:

> *"En efecto, para los primeros, al constituir meras postulaciones, la ley procesal establece sanciones como la inadmisibilidad*[6]*, el rechazo*[7] *o la exclusión que, por regla general, no inciden en la validez del proceso*[8]*. Mientras que, los actos procesales del juez, al ser vinculantes y decidir asuntos con fuerza de ejecutoria material, sí tienen la potencialidad de lesionar garantías fundamentales, entre ellas el derecho a la defensa y el debido proceso, por lo que la irregularidad de los mismos debe repararse con la anulación, claro está, si ello no fue posible con otros remedios como la corrección de los actos irregulares*[9] *o la revocatoria de las providencias en sede de impugnación."*

La fiscalía y la defensa son parte del proceso, según las previsiones de la Ley 906 de 2004.

Entonces, si la nulidad se dirige en contra de la imputación como acto de parte de la fiscalía y se soporta en una crítica a los fundamentos fácticos y jurídicos del juicio de imputación, desconociendo que esos aspectos son incuestionables antes del juicio oral es abiertamente improcedente[10]:

> *"(i)* ***el análisis sobre la procedencia de la imputación –juicio de imputación- está reservado al fiscal****; (ii)* ***los jueces no pueden ejercer control material sobre esa actividad****, sin perjuicio de las labores de dirección, orientadas a que se cumplan los presupuestos formales del acto comunicacional y a evitar la tergiversación del objeto de la audiencia; (iii) producto de ese análisis, el fiscal debe extraer la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, que debe abarcar el tipo básico, las circunstancias genéricas y específicas de mayor punibilidad, etcétera, para lo que debe diferenciar los aspectos fácticos y jurídicos del cargo; (iv) el referido análisis, o juicio de imputación, no puede realizarse en medio de la audiencia; (v) en ese escenario* ***la defensa no puede controvertir el juicio de imputación, ni determinar a la Fiscalía para que formule los cargos****; (vi)* ***en la audiencia de imputación no hay lugar a descubrimiento probatorio****, por lo que el fiscal debe limitarse a la identificación del imputado, a comunicar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y a informar, en los términos previstos en la ley, sobre la posibilidad de allanarse a los cargos; (vii) al efecto, no pueden*

[6] Se inadmiten, por ejemplo, el desistimiento de la querella cuando no es voluntario, libre e informado (art. 76 C.P.P./2004) y el medio de prueba impertinente, inconducente o inútil (art. 359 C.P.P./2004).
[7] El rechazo es la sanción a la falta de descubrimiento de los elementos probatorios y evidencia física (art. 346 C.P.P./2004) y a los actos manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos (art. 139 C.P.P./2004).
[8] La sanción a la prueba ilícita e ilegal es la exclusión (arts. 23 y 359 del C.P.P./2004), más cuando se configura la primera hipótesis y la causa de la ilicitud es la obtención del medio de conocimiento mediante tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial, se produce la nulidad total del proceso, tal y como se dispuso en la sentencia C-591 de 2005.
[9] "*El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes*". (art. 10, último inciso, C.P.P./2004).
[10] Corte Suprema de Jsuticia CSJSP2042 – 2019

> *confundirse los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores y los medios de conocimiento que les sirven de fundamento; y (viii) si el fiscal, por estrategia, pretende descubrir anticipadamente evidencias físicas, entrevistas o cualquier otro tipo de información, debe hacerlo por fuera de la audiencia, para evitar la dilación y tergiversación de la misma.*
> *(…)*
> *Lo anterior bajo el entendido de que la imputación es un aspecto estructural del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, no solo por su incidencia en el derecho de defensa, sino, además, porque determina el debate sobre la medida de aseguramiento, fija los límites factuales de la sentencia en los casos de terminación anticipada de la actuación y limita significativamente los hechos que pueden incluirse en la acusación, sin perjuicio de su importancia en materia de prescripción, competencia, preclusión, etcétera, razones suficientes para que la Fiscalía realice esta función con el cuidado debido"* (resaltados fuera del original).

Sobre el tema también señaló la Corte[11]:

> *La Fiscalía realiza el juicio de imputación y el juicio de acusación, sin que los jueces puedan realizar un control material a esa actividad de parte (salvo lo anotado con antelación sobre calificaciones jurídicas manifiestamente improcedentes), pero, al emitir la sentencia, el juez debe constatar los prepuestos fácticos y jurídicos».*
>
> *Ello, entraña una suerte de "control material" a la acusación (entendida como pretensión), que no opera cuando la Fiscalía realiza las actividades reguladas en los artículos 286 y siguientes y 336 y siguientes de la Ley 906 de 2004, sino al momento de la emisión del fallo.*

Como consecuencia de lo ante expuesto, se reitera, si la nulidad postulada por la defensa está encaminada a corregir la calificación fáctica y jurídica de la imputación como acto procesal de parte adelantado por la Fiscalía, a partir de una percepción del togado de los hechos y la subsunción de los mismos al tipo penal de contrabando, le era exigible al juez de primera instancia rechazar de plano la petición, de conformidad con lo establecido en el artículo 139 numeral 1 del C. de P. Penal, mediante una orden verbal de las que trata el artículo 161 numeral 3 ibídem, contra las cuales no proceden recursos, al contrario, concedió la alzada con lo cual se suspendió el curso normal de la actuación.

No sobra advertir que los actos procesales de los jueces, cuando causan agravio a las garantías del derecho a la defensa y al debido proceso, tal es el caso de un anómalo control del acto que preside, como las audiencias de imputación, acusación, verificación de allanamiento etc., esa irregularidad debe ser corregida con la nulidad acorde con las previsiones del artículo 457 de la Ley 906 de 2004, en cumplimiento del deber de corrección previsto en los artículo 10 y 139 numeral 3 de la Ley 906 de 2004.

[11] Corte Suprema de Justicia CSJ SP3988 – 2020.

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

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE de resolver el recurso de apelación propuesto por la defensa en contra del auto del seis (6) septiembre de 2023, por medio del cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, negó la solicitud de nulidad reclamada respecto de la audiencia de formulación de imputación realizada a los señores LIBARDO PACHECO JUEZ, LIBARDO PACHECO CORTES, HERIBERTO ESPITIA ARZUZA, MANUEL ENRIQUE GÓMEZ BARRIOS, JORGE MANUEL OLASCOAGA TEHERAN y JESÚS ANTONIO BERRIO.

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

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

Comuníquese 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: **c1bb8ad83c559358e4b6dd8fd515f71a62b3701ac0444d5c6d7d1061cb2d4a9b**
Documento generado en 19/10/2023 04:30:41 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	05000-22-04-000-2023-00594-00 (2023-1840-3)
Accionante	Jairo Arturo Eusse Muñoz
Accionado	Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Concede
Acta:	N° 353 octubre 18 de 2023

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

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ, en contra del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, por la presunta vulneración de su derecho fundamental de petición.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el accionante[1] que en el año 2003 fue condenado a 180 meses de prisión por la comisión de delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

Mediante auto 2571 del 26 de octubre de 2017 dentro del proceso con radicado 05887-31-04-001-2003-00039-01 vigilado por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia fue beneficiado con la extinción de la sanción por la figura jurídica de prescripción de la pena.

[1] PDF 003, expediente digital de tutela.

En el sistema de consulta de la Rama Judicial obra anotación que indica que la decisión de prescripción sería comunicada a las autoridades a las cuales se les había informado sobre la pena impuesta, estos son, "*REGINAL, PGN, POLICIA NACIONAL, FGN y demás autoridades que guardan información en banco de datos*".

El expediente fue remitido al Juzgado fallador, esto es, al Juzgado Penal del Circuito Yarumal-Antioquia, para que procediera con su archivo definitivo.

Sin embargo, en varias ocasiones ha sido detenido momentáneamente por la autoridad policial, quien luego de verificar en las bases de datos que maneja le indica que figura con orden de captura vigente.

Situación que lo lleva a concluir que la decisión que extinguió su condena no ha sido cancelada. Iguales anotaciones sobre el mismo proceso obra en registraduría nacional y en la procuraduría.

Por lo anterior solicitó el amparo del derecho fundamental invocado, y, en consecuencia, se ordene al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, proporcione respuesta de fondo a la petición formulada el día 15 de agosto del 2023 vía correo electrónico.

TRÁMITE

1. Mediante auto adiado el cuatro de octubre de 2023[2], se dispuso asumir la acción de tutela y se corrió traslado al despacho demandado y se vinculó al *(i)* Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, *(ii)* Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, *(iii)* la Registraduría Nacional del Estado Civil, *(iv)* la Procuraduría General de la Nación, *(v)* la Policía Nacional y a la *(vi)* Fiscalía General de la Nación 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. Posteriormente, se vinculó también al

[2] PDF N° 005 Expediente Digital.

Juzgado Primero Penal Municipal de Garantías de Calarcá, Quindío, al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Armenia, Quindío y a la Fiscalía Décima Seccional de Calarcá, Quindío.

2. La Procuraduría General de la Nación expuso que el evento de extinción de pena reportado por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, Antioquia, respecto del señor JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ, fue debidamente registrado, por ende, al consultar el SIRI reporta el sistema que el actor "no registra sancione ni inhabilidades vigentes".

Solicita se declare improcedente el amparo deprecado.

3. El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, manifestó que tuvo la vigilancia de la pena de 180 meses de prisión por el punible de homicidio simple impuesta mediante sentencia del 10 de noviembre de 2003 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, a JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ en el proceso con el Código Único de Investigación (en adelante CUI) 63 00131 01 001 2003 00039 y el N.I. 2010 A2-4474.

El sentenciado se fugó de la prisión el 10 diciembre de 2007, por lo que se emitió en su contra la correspondiente orden de captura.

Mediante auto Nro. 2571 del 26 de octubre de 2017 se decretó extinción de la pena por prescripción, y con auto Nro. 2869 del cuatro de diciembre del mismo año ordenó *(i)* el envío de los oficios pertinentes a las mismas autoridades que fue comunicado el fallo condenatorio, y *(ii)* la remisión del expediente al juzgado fallador para su correspondiente archivo, las cuales debían ser ejecutadas por el centro de servicios de esos despachos judiciales.

A través de los oficios 6498, 6499 y 6500 del cuatro de diciembre de 2017 se informó a las autoridades la cancelación de las órdenes de captura emitidas contra el accionante.

Respecto de la petición del 15 de agosto de 2023 expuso que, si la solicitud fue recibida por el Centro de Servicios, la misma no fue allegada a ese despacho judicial, pues conforme la ficha biográfica del proceso la última actuación anotada es la remisión del expediente, oficios y despachos del siete de diciembre de 2017.

4. El Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, aseveró que condenó al señor JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal.

El 15 de diciembre de 2017 recibió el referido asunto, el cual regresaba de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, y verificó que se emitieron las comunicaciones a las autoridades competentes para las anotaciones en las bases de datos, por ello, procedió con el archivo definitivo del asunto.

Solicita ser desvinculado del presente trámite.

5. La Policía Nacional se pronunció manifestando que, verificado los antecedentes personales del cupo numérico 71.800.900 en el Sistema Operativo de la Policía Nacional SIOPER, y consultada la información sistematizada de antecedentes penales y/o anotaciones, así como órdenes de captura de la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL (DIJIN) y según lo estipulado en el artículo 248 de la Constitución Nacional, aparece registrado hasta la fecha (seis de octubre de 2023) con:

JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ CC: 71800700

ORDEN DE CAPTURA VIGENTE			
OFICIO:	120011398 del	**NRO. O.C.:**	11398
PROCESO:	2007-00363	**FECHA O.C.:**	17/07/2013
AUTORIDAD:	JUZGADO PENAL MUNICIPAL GARANTIAS 1	**DELITO:** FUGA DE PRESOS ART. 178. C.P.	
MPIO/DPTO:	CALARCA, QUINDIO		
MOTIVO O.C:	NO REPORTADO		
OBSERVACIÓN:	OBSERVACIONES: PROCESO: 63130600008120007-00363 PRÓRROGAS: VENCIMIENTO:		
AUTORIDADES QUE CONOCIERON			

JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ	**CC: 71800700**		
ORDEN DE CAPTURA VIGENTE			
OFICIO:	45225 del	**NRO. O.C.:**	45225
PROCESO:	2004-00681	**FECHA O.C.:**	17/01/2008
AUTORIDAD:	JUZGADO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD 2	**DELITO:**	HOMICIDIO, PORTE ILEGAL DE ARMAS
MPIO/DPTO:	ARMENIA , QUINDIO		
MOTIVO O.C:	CUMPLIR CONDENA		
OBSERVACIÓN:	OBSERVACIONES: NI 3871 PRÓRROGAS: VENCIMIENTO:		
AUTORIDADES QUE CONOCIERON			

Para poder realizar la respectiva cancelación, extinción o actualización en el Sistema Operativo de la Policía Nacional SIOPER, y que al realizar la consulta de antecedentes en la página web de la Policía Nacional, le figure la leyenda *"No tiene asuntos pendientes con las autoridades judiciales"*, es indispensable que se allegue ante esa Dependencia comunicado "en original" por parte de la autoridad judicial correspondiente, y/o certificación o constancia que mencione

el estado actual del proceso, indicando claramente autoridades que conocieron y número de radicado asignado en cada etapa procesal, así:

> *"-El oficio original de respuesta debe indicar claramente la plena identificada (tipo y número claro y legible de la identificación, ciudad de expedición).*
> *- Mención de la Autoridad Judicial que profiere.*
> *- Lugar y fecha de la providencia.*
> *- Identificación del número de radicación de la actuación (Número del proceso, noticia criminal o número interno).*
> *- Decisión adoptada y motivo.*
> *- Documento original u oficio que remite la fotocopia de la Providencias Judicial.*
> *- El documento debe estar legible y en buen estado de conservación, no debe presentar tachones ni enmendaduras.*
> *- La providencia deberá estar firmada por el Juez de la República, o en su defecto, firmada por un escribiente, sustanciador o secretario, los cuales referenciarán el auto por el cual el señor Juez profiere la Providencia Judicial.*
> *- El oficio debe citar los delitos del proceso y autoridades que conocieron en cada etapa procesal."*

Expresó que la Policía Nacional no es dueña de la información, solo la administra, y, por ende, no está facultada para corregir, modificar, cancelar, actualizar o insertar registros delictivos, sino en virtud de orden expresa de autoridad judicial competente, conforme a la Constitución Política y a la Ley.

Por lo tanto, solicita se niegue el amparo deprecado.

6. El Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia aseveró que consultado el área de reparto de ese Centro de Servicios halló que JAIRO ARTURO EUSEE MUÑOZ en el asunto con CUI 05887 31 04 001 2003 00039 01 fue condenado por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, por el delito contra la vida y la integridad personal; y quién vigilo la pena fue el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, bajo el radicado 02010A2-4474.

Mediante auto 2571 del 26 de octubre de 2017 se extinguió la pena por prescripción y se ordenó el envío del expediente al Juzgado fallador para su archivo definitivo.

El cinco de diciembre de 2017 se registró en el sistema de gestión la orden de cancelar la captura contra el señor JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ, también notificar a las autoridades y remitir el proceso al Juzgado Fallador para archivo definitivo.

Precisó que envió al actor el certificado de paz y salvo con toda la información contenida con relación a la extinción de la pena, para que en caso de que no lo haya realizado pueda dirigirse a la Sijin a realizar el respectivo registro del cumplimiento de su condena.

Solicita ser desvinculados de la acción constitucional en tanto se realizó el correcto reporte ante las autoridades.

7. El Juzgado Primero Penal Municipal de Calarcá, Quindío, adujo que una vez revisados los libros radicadores tanto de procesos de conocimiento como de las diligencias de control de garantías de ese Juzgado, constató que el 17 de julio del año 2013, ejerciendo la función de control de garantías dentro del Sistema Penal Oral Acusatorio, por petición de la Fiscalía Décima Seccional de Calarcá, se realizó audiencia de solicitud de orden de captura en contra del señor JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ, por el punible de FUGA DE PRESOS dentro del proceso con CUI 63 130 60 000081 2007 00363, petición

a la que se accedió librando en contra de la persona mencionada, la orden de captura Nro. 120011398 del 17 de Julio de 2013, la que tenía como motivo una formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento.

Realizada la audiencia, se regresó la actuación cumplida a la Fiscalía Décima Seccional de Calarcá, tal y como lo dispone el artículo 299 del C. de P. Penal y para los fines allí indicados, por lo que desconoce el rumbo que pudo haber tenido la investigación penal, pues la labor de control de garantías encomendada culmina una vez son terminadas las audiencias convocadas por La Fiscalía General de La Nación, siendo de competencia de la misma proseguir con el curso de la investigación, presentando bien sea el escrito de acusación ante el Juez de conocimiento, o en su defecto, solicitando la preclusión de la investigación, si no existe mérito para acusar.

Explicó que, la orden de captura que se expide, tiene una vigencia máxima de un (1) año, el que opera por mandato legal, es decir, una vez transcurre el mismo, ella pierde su vigencia, y en el evento que La Fiscalía General de La Nación decida prorrogarla, deberá acudir nuevamente ante el Juez de garantías respectivo a solicitarlo, quien igualmente estará obligada a comunicar la prórroga al organismo de hacerla efectiva (art. 298 Ibidem).

8. El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Calarcá, Quindío, manifestó que JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ Fue condenado mediante sentencia del 10 de noviembre de 2003 por el Juzgado Primero Penal del Circuito por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

El 13 de julio de 2005 el asunto fue repartido a ese despacho para avocar conocimiento.

Verificada la Consulta de Procesos de la Rama Judicial halló que hasta el año 2010 el proceso estuvo bajo su conocimiento; pues como el señor EUSSE MUÑOZ se fugó cuando se encontraba disfrutando de permiso de 72 horas,

el nueve de octubre d 2010 se ordenó la remisión del expediente para Antioquia.

Por lo anterior, solicitó se le desvincule de la presente acción de tutela.

9. La Fiscalía Décima Seccional de Calarcá, Quindío, expresó que consultado el proceso penal con CUI 63 130 60 00081 2007 00363 por el delito de fuga de preso en el SISTEMA SPOA, halló que las diligencias en etapa de indagación, desde el 29 de agosto de 2013 se encuentran inactivas, archivo por conducta atípica, art. 79 CPP.

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.

Del estudio de la demanda, se tiene que la pretensión del accionante va dirigida a que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia proporcione respuesta de fondo a la petición por él incoada el 15 de agosto de 2023, en tanto, en la base de datos de la Policía

Judicial, pese a que fue decretada la extinción de su condena por prescripción, aún figura con orden de captura vigente.

El marco teórico que se abordará. i) Del derecho de petición, (ii) actualización de información por parte de la Policía Nacional, y, iii) caso concreto

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

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

> *"(…) La* ***Sentencia C-007 de 2017***[3] *estableció el contenido de los elementos esenciales de este derecho, a saber:*
>
> *(i) Formulación de la petición. Cualquier persona podrá dirigir solicitudes respetuosas a las autoridades (artículos 23 CP y 13 CPACA), quienes tienen la obligación de recibirlas, tramitarlas y responderlas de acuerdo con los estándares establecidos por la ley.*
>
> *(ii) Pronta resolución. Las autoridades tienen el deber de otorgar una respuesta en el menor plazo posible, sin que se exceda del máximo legal establecido, esto es, por regla general, 15 días hábiles.*
>
> *(iii) Respuesta de fondo. Hace referencia al deber de las autoridades de resolver la petición de forma: clara, esto es, que la misma sea inteligible y contenga argumentos de fácil comprensión; precisa, es decir que la respuesta atienda a lo solicitado y se excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas; congruente, esto es que"abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado"*[4]*; y consecuencial. Si la petición es presentada dentro de un trámite procedimental del cual conoce la respectiva autoridad, ésta deberá dar cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente*[5]*.*
>
> *(iv) Notificación de la decisión. Atiende al deber de poner al peticionario en conocimiento de la decisión adoptada*[6]*, de lo contrario, se*

[3] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[4] Sentencia T-230 de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
[5] Si la petición es presentada dentro de un trámite procedimental del cual conoce la respectiva autoridad, ésta deberá dar cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente. Sentencia C-007 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[6] La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la respuesta suministrada debe ser notificada en la medida en que esta actuación: *"(…) se traduce en la posibilidad de impugnar la respuesta correspondiente. Frente a este elemento del núcleo esencial de la petición, esta Corte ha explicado que es la administración o el particular quien tiene la carga probatoria de demostrar que notificó al solicitante su decisión, pues el conocimiento de ésta hace parte del intangible de ese derecho que no puede ser afectado".*

> *violaría el derecho de petición[7]. La notificación se traduce en la posibilidad de impugnar la respuesta correspondiente. La Corte ha explicado que es la Administración o el particular quien tiene la carga probatoria de demostrar que notificó al solicitante su decisión, pues su conocimiento hace parte del núcleo intangible de ese derecho[8].*
>
> *En este sentido, se vulnerará este derecho fundamental y, por tanto, procederá su protección mediante acción de tutela, cuando: i) se evidencie que no se ha otorgado respuesta dentro del término legal previsto para cada tipo de petición; o ii) en aquellos casos en los que, no obstante haberse emitido la respuesta, la misma no puede ser calificada como idónea o adecuada de acuerdo con la solicitud[9], sin que esto último signifique que la respuesta implique acceder, necesariamente, a lo requerido[10]. (…)"*

ii) Actualización de información por parte de la Policía Nacional. El numeral 3.3 del artículo 3º del Decreto Ley 4057 de 2011, establece que corresponde a la Policía Nacional mantener «*actualizados los registros delictivos y de identificación de nacionales y expida los certificados judiciales. Para el efecto, se suscribirá un acta de inicio por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión y el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, el traslado se comunicará a la comunidad en general y a las autoridades correspondientes.*».

Y, de acuerdo a lo indicado por el Decreto 0233 de 2012 tal base de datos personales, se nutre con la información suministrada por las autoridades judiciales, la cual, debe ser fidedigna y susceptible de actualización, pues los datos allí contenidos son los que permiten conocer la situación jurídica de los colombianos.

iii) Caso concreto. En el sub judice, quedó acreditado que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, mediante auto interlocutorio Nro. 2571 del 26 de octubre de 2017 dentro del asunto con CUI 63 001 31 01 001 2003 00039, resolvió extinguir por prescripción la pena privativa de la libertad impuesta al accionante JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, mediante sentencia del 10 de noviembre de 2003,

---

[7] Ver las sentencias T-259 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-814 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras.
[8] Sentencia T-149 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
[9] La jurisprudencia ha sido enfática en afirmar que no basta la mera existencia de algún tipo de respuesta formal sino que por el contrario es necesario que la autoridad o el particular responda de manera exhaustiva y completa lo que se le solicita, sin que ello, como se ha reiterado en múltiples ocasiones implique acceder a lo que el peticionario pretenda. Es decir, una respuesta se entenderá como idónea o adecuada cuando sea oportuna, completa y debidamente notificada al peticionario. Al respecto pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-249 de 2001, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-466 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y T-814 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.
[10] Sentencias T-242 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-510 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-867 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos; C-951 de 2014 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; y T-058 de 2018 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

correspondiente a 180 meses de prisión por la comisión del delito de homicidio simple.

No obstante, aportó resultado de consulta de proceso que da cuenta del registro de la referida actuación, pero dentro de las diligencias con CUI 05 887 31 04 001 2003 00039.

Con auto de sustanciación Nro. 2869 del cuatro de diciembre de 2017 dispuso (i) la cancelación de las órdenes de captura que fueron expedidas contra JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ, (ii) que por el Centro de Servicios de esos Juzgados se diera noticia de la decisión a las mismas autoridades a las que les fue comunicada la sentencia de condena, y (iii) se remitiera el asunto al Juzgado fallador para el archivo definitivo de las diligencias.

Así, libró el oficio No. 6498 del cuatro de diciembre de 2017 dirigido a la SIJIN-Policía Nacional comunicando la cancelación de la orden de captura emitida contra el accionante, por extinción de la pena por prescripción dentro de las diligencias con CUI 63001 31 01 001 2003 00039.

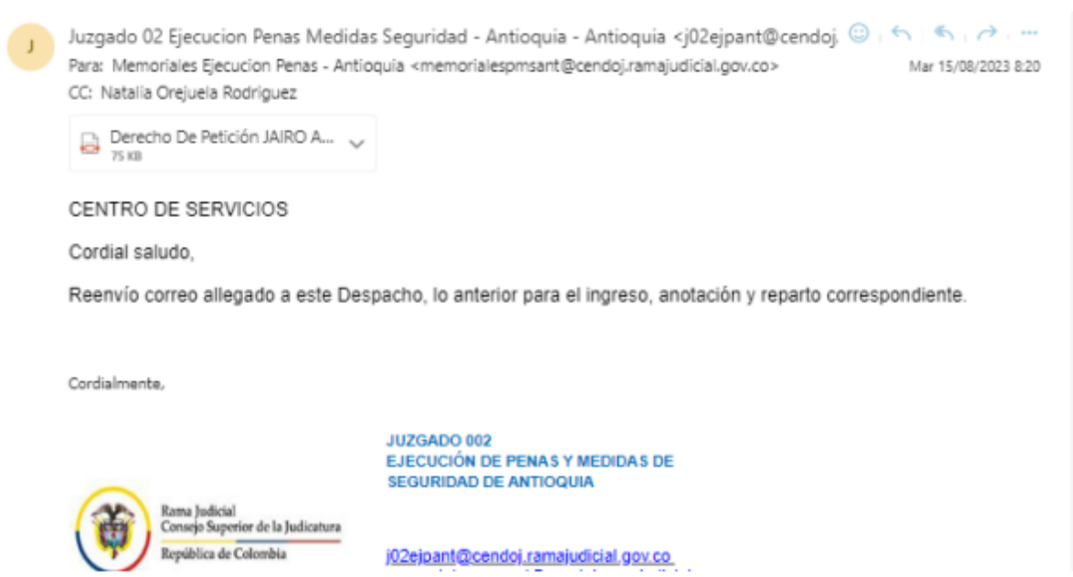
Obra constancia signada por la notificadora del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín Antioquia, que indica que el 11 de diciembre de 2017 informó a las autoridades, entre ellas a la SIJIN, sobre la extinción de la pena; sin embargo, no identificó la causa penal sobre la cual llevó a cabo tal diligencia.

El 15 de agosto de 2023 el accionante JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ suscribió derecho de petición dirigido al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia poniendo de presente que en varias oportunidades había sido momentáneamente retenido por la autoridad policial por existir en su contra orden de captura vigente, y por ello solicitó:

> *"se confirme que efectivamente las comunicaciones de extinción de mi pena sí fueron remitidas a las autoridades competentes y que esas autoridades si las recibieron y le dieron el trámite correspondiente o en su defecto, que se reenvíe*

> *conforme al artículo 21 de la ley 1755 del 2015 este derecho de petición a las autoridades mencionadas, incluido el juez que dictó la sentencia para que dentro del término legal establecido se dé la respuesta debida de este derecho de petición al suscrito, en donde se me confirme que se me ha resuelto el impase que se me ha venido presentando".*

Petición radicada al correo electrónico j02ejpant@cendoj.ramajudicial.gov.co el 15 de agosto de 2023 a las 07:40 horas, fecha en la que desde dicho email que corresponde al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, se reenvió la petición al Centro de Servicios para *"el ingreso, anotación y reparto correspondiente"*, como se ve:



Como se observa, la petición desde su inicio fue radicada ante el Juzgado accionado, y si bien, este lo redireccionó al Centro de Servicios de esos Juzgados para su correspondiente registro y reparto, lo cierto es que dicho

despacho teniendo conocimiento de su existencia se desentendió del mismo por situaciones administrativas, al punto que a la fecha no obra constancia alguna de haber sido contestada la solicitud al accionante, vulnerando así su derecho fundamental de petición.

Ahora, con ocasión al trámite constitucional, la Policía Nacional informó que en sus bases de datos se encuentra registrado a cargo del señor JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ las siguientes anotaciones:

JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ CC: 71800700

ORDEN DE CAPTURA VIGENTE			
OFICIO:	120011398 del	**NRO. O.C.:**	11398
PROCESO:	2007-00363	**FECHA O.C.:**	17/07/2013
AUTORIDAD:	JUZGADO PENAL MUNICIPAL GARANTIAS 1	**DELITO:**	FUGA DE PRESOS ART. 178. C.P.
MPIO/DPTO:	CALARCA, QUINDIO		
MOTIVO O.C:	NO REPORTADO		
OBSERVACIÓN:	OBSERVACIONES: PROCESO: 63130600008120007-00363 PRÓRROGAS: VENCIMIENTO:		
AUTORIDADES QUE CONOCIERON			

JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ CC: 71800700

ORDEN DE CAPTURA VIGENTE			
OFICIO:	45225 del	**NRO. O.C.:**	45225
PROCESO:	2004-00681	**FECHA O.C.:**	17/01/2008
AUTORIDAD:	JUZGADO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD 2	**DELITO:**	HOMICIDIO, PORTE ILEGAL DE ARMAS
MPIO/DPTO:	ARMENIA , QUINDIO		
MOTIVO O.C:	CUMPLIR CONDENA		
OBSERVACIÓN:	OBSERVACIONES: NI 3871 PRÓRROGAS: VENCIMIENTO:		
AUTORIDADES QUE CONOCIERON			

E informó que para poder realizar la respectiva cancelación, extinción o actualización en el Sistema Operativo de la Policía Nacional SIOPER, es indispensable que se allegue ante esa Dependencia comunicado "en original" por parte de la autoridad judicial correspondiente, que mencione el estado actual del proceso, indicando claramente autoridades que conocieron y número de radicado asignado en cada etapa procesal, numerando los siguientes ítems:

> *"-El oficio original de respuesta debe indicar claramente la plena identificada (tipo y número claro y legible de la identificación, ciudad de expedición).*
> *- Mención de la Autoridad Judicial que profiere.*
> *- Lugar y fecha de la providencia.*
> *- Identificación del número de radicación de la actuación (Número del proceso, noticia criminal o número interno).*
> *- Decisión adoptada y motivo.*
> *- Documento original u oficio que remite la fotocopia de la Providencias Judicial.*
> *- El documento debe estar legible y en buen estado de conservación, no debe presentar tachones ni enmendaduras.*

- La providencia deberá estar firmada por el Juez de la República, o en su defecto, firmada por un escribiente, sustanciador o secretario, los cuales referenciarán el auto por el cual el señor Juez profiere la Providencia Judicial.
- El oficio debe citar los delitos del proceso y autoridades que conocieron en cada etapa procesal."

De igual forma, allegó el soporte de la orden de captura por el punible de fuga de presos expedido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Garantías de Calarcá, Quindío, dentro de las diligencias con CUI 63 13060 00081 2007 00363 para ser dejado a disposición de la Fiscalía Décima Seccional de Calarcá, Quindío.

El Juzgado Primero Penal Municipal de Garantías de Calarcá, Quindío, en respuesta a la vinculación del presente amparo informó que una vez realizada la audiencia de solicitud de orden de captura, que tuvo lugar el 17 de julio de 2013, las diligencias fueron retornadas a la Fiscalía Décima Seccional de Calarcá, Quindío.

Por su parte, la referida Fiscalía indicó que dichas diligencias en etapa de indagación, desde el 29 de agosto de 2013 se encuentran inactivas, archivo por conducta atípica, art. 79 CPP, pero nada indicó respecto de la orden de captura que aún se encuentra anotada en la base de datos de la Policía Nacional, en razón de dichas diligencias.

De otro lado, en lo que concierne con la anotación de orden de captura por el delito de "*homicidio, porte ilegal de armas*", "*proceso: 2004-00681*", "*autoridad: Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad 2*", "*mpio/dpto: Armenia, Quindio*", "*motivo: cumplir condena*", aunque la Policía Nacional no allegó el correspondiente soporte para tal registro, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Calarcá, Quindío, en la contestación de la acción manifestó que dentro de las diligencias con CUI 63 001 31 01 001 2003 00039 vigiló la condena impuesta a JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, mediante sentencia del 10 de noviembre de 2003 por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, pero que, en virtud de la fuga del sentenciado, remitió las diligencias al Juzgado de conocimiento.

Como viene de verse, existe una gran confusión con la identificación del radicado de la causa penal por la cual fue sentenciado el señor JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ, y respecto del cual obra registro en la base de datos de la Policía Nacional, pues *(i)* el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia sobre el mismo asunto penal relacionó dos radicados, esto son, 63 001 31 01 001 2003 00039 y 05 887 31 04 001 2003 00039, *(ii)* el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Calarcá, Quindío, se refirió al asunto con CUI 63 001 31 01 001 2003 00039, y en (iii) los registros de la policía se relacionó el radicado 2004-00681.

No obstante, se tiene que tanto el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, como el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Calarcá, Quindío, coinciden en que el accionante fue condenado el 10 de noviembre de 2003 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, por el punible de homicidio.

De tal manera, se concederá el amparo a los derechos fundamentales de petición y debido proceso conculcados al ciudadano, JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ, y, en consecuencia, se ordenará:

(i) al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia que, en el término de seis días contados a partir de la notificación del fallo, proporcione al señor JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ respuesta a la petición incoada por él, el 15 de agosto de 2023.

(ii) a la Fiscalía Décima Seccional de Calarcá, Quindío, que, en el término de seis días contados a partir de la notificación del fallo, realice lo pertinente y comunique a la Policía Nacional lo correspondiente, para que ésta pueda actualizar la información consignada en sus bases de datos con ocasión a la orden de captura que aún allí se registra vigente, respecto de las diligencias con CUI 63 13060 00081 2007 00363, y a nombre del señor JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ.

Una vez recibida la referida información, la Policía Nacional, en el término de tres días deberá realizar la correspondiente actualización.

(iii) al Juzgado Primero Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Calarcá, Quindío, y al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia, para que, en el término de diez días contados a partir de la notificación del fallo, de manera coordinada con la Policía Nacional, clarifiquen si la anotación que reposa en la base de datos de esta entidad corresponde a la extinción de la pena por prescripción, y que le fuere impuesta al señor JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ.

De ser así, dado el caso, los referidos Juzgados y Centro de Servicios deberán remitir los oficios correspondientes a la Policía Nacional, para que esta entidad en ese mismo término realice la correspondiente actualización.

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 de petición y debido proceso del señor JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ.

SEGUNDO: ORDENAR al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia que, en el término de seis días contados a partir de la notificación del fallo, proporcione al señor JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ respuesta a la petición incoada por él, el 15 de agosto de 2023.

TERCERO: ORDENAR a la Fiscalía Décima Seccional de Calarcá, Quindío, que, en el término de seis días contados a partir de la notificación del fallo,

realice lo pertinente y comunique a la Policía Nacional lo correspondiente, para que ésta pueda actualizar la información consignada en sus bases de datos con ocasión a la orden de captura que aún allí se registra vigente, respecto de las diligencias con CUI 63 13060 00081 2007 00363, y a nombre del señor JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ.

Una vez recibida la referida información, la Policía Nacional, en el término de tres días deberá realizar la correspondiente actualización.

CUARTO: al Juzgado Primero Penal del Circuito de Yarumal, Antioquia, al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Calarcá, Quindío, y al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia, para que, en el término de diez días contados a partir de la notificación del fallo, de manera coordinada con la Policía Nacional, clarifiquen si la anotación que reposa en la base de datos de esta entidad corresponde a la extinción de la pena por prescripción, y que le fuere impuesta al señor JAIRO ARTURO EUSSE MUÑOZ.

De ser así, dado el caso, los referidos Juzgados y Centro de Servicios deberán remitir los oficios correspondientes a la Policía Nacional, para que esta entidad en ese mismo término realice la correspondiente actualización.

QUNTO: 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
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: **7bdd67561e95fa3d854911c2f3d01fa74970911d0c5f49e18154ffb5291c0d66**
Documento generado en 19/10/2023 01:26:20 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

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

Radicación:	05000-22-04-000-2023-00597-00 (2023-1847-3)
Accionante:	JUAN RAFAEL RIVAS JARAMILLO
Accionando:	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia.
Motivo:	Tutela 1ª instancia.
Decisión:	Declara hecho superado.
Acta y Fecha:	352 de octubre 17 de 2023

Medellín, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

1.- Asunto

El propósito de esta providencia es decidir la acción de tutela promovida por JUAN RAFAEL RIVAS JARAMILLO contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, autoridad a la que atribuye la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de Justicia.

2.- Antecedentes

El actor, quien actualmente se encuentra privado de la libertad en el Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Apartadó, Antioquia, purgando una pena de prisión de 63 meses impuesta por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín, Antioquia, por el delito de tráfico, elaboración y tenencia de elementos destinados para la falsificación de moneda y otros, interpone acción de tutela en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, en tanto: (i) hace más de dos meses postuló la prisión domiciliaria como padre de familia y aún no ha recibido respuesta alguna; (ii) Tampoco ha resuelto la redención de pena a partir de septiembre de 2022 y (iii) no se ha

pronunciado respecto de la prisión domiciliaria -Art. 38G del código penal- solicitada por él hace más de un mes, a pesar de cumplir los requisitos de ley. Peticiones enviadas al juzgado mediante correo electrónico desde la cuenta del centro penitenciario.

3.- Actuación procesal

3.1.- Recibida la acción constitucional esta Corporación avocó su conocimiento, el cuatro de octubre de 2023, mediante el cual vinculó al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, y al EPMSC de Apartadó a fin de garantizar su derecho de contradicción.

3.2.- Dentro del término el Juzgado Primero Promiscuo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia, informó lo siguiente:

JUAN RAFAEL RIVAS JARAMILLO fue condenado por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín, Antioquia, a la pena principal de 63 meses de prisión, tras ser declarado penalmente responsable del delitos de Tráfico, elaboración y tenencia de elementos destinados a la falsificación de moneda; tráfico de moneda falsificada; falsedad material en documento público y concierto para delinquir y en la actualidad descuenta la pena impuesta en el CPMS Apartadó.

El 27 de abril del presente año recibió el expediente del proceso adelantado en contra de JUAN RAFAEL RIVAS JARAMILLO, proveniente del Juzgado fallador y el ocho de junio hogaño el accionante radicó ante el Juzgado solicitud de prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

Que como consecuencia de la presente acción de tutela ha emitido en el asunto cuya pena vigila al actor la siguientes decisiones, de las cuales adjuntó a la respuesta:

1. Auto 1532 mediante el cual se avoca conocimiento.

2. Auto 1533 y 1534 mediante el cual se redime pena y se aclara la situación jurídica con certificado 18850402, por medio del cual resuelve redención de pena correspondiente al periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2022 y nueve de octubre de 2023.
3. Auto 1535 y 1536 mediante el cual se redime pena y se aclara la situación jurídica (certificado 18950254), por medio del cual reconoce redención de pena por estudio y trabajo realizado en el periodo comprendido entre el primero al nueve de abril de 2023 y 10 de abril a 30 de junio de 2023.
4. Auto 1542 y 1543 mediante el cual se redime pena y se aclara la situación jurídica (certificado18737571). Periodo de redención reconocida primero de octubre de 2023 a 31 de diciembre de 2023.
5. Auto 283 mediante el cual ordenó estarse a lo resuelto en el auto interlocutorio 438 del 7 de febrero de 2023, mediante el cual el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia negó a JUAN RAFAEL RIVAS JARAMILLO la prisión domiciliaria; del mismo modo, se le aclaró que este no es el escenario propicio para debatir la responsabilidad penal.

4.- Consideraciones de la sala

4.1.- Esta sala es competente para pronunciarse de la presente acción de tutela de conformidad con lo reglado en el artículo 1º, numeral 1º del Decreto 1382 de 2000[1].

4.2.- Según el artículo 86 de la Constitución Política toda persona puede, mediante este mecanismo, reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad, a condición de que no disponga de otro medio

[1] Decreto 1382 de 2000 *"Artículo 1º Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforme a las siguientes reglas:*
1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden nacional, salvo lo dispuesto en el siguiente inciso, serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, a los tribunales superiores de distrito judicial, administrativos y consejos seccionales de la judicatura. …". (subrayado del tribunal)

de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El objetivo de este trámite preferente no es otro diferente a que el juez constitucional, en uso de sus facultades, mediante sentencia, haga cesar la vulneración de prerrogativas fundamentales alegada en el libelo. No obstante, ha ilustrado la jurisprudencia constitucional, que existen eventos en los que el pronunciamiento del juez carece de objeto, bien sea porque ha cesado la afectación al derecho o, también, porque la misma se ha materializado de forma irreversible.

Los anteriores eventos fueron rotulados por la Corte Constitucional como hecho superado y daño consumado, respectivamente. Así los desarrolló el alto Tribunal:

> *"El **hecho superado** se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que "carece" de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela. Es decir, el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor. El **daño consumado** tiene lugar cuando "la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela. La configuración de este supuesto ha sido declarada por la Corte, por ejemplo, en los casos en que el solicitante de un tratamiento médico fallece durante el trámite de la acción como consecuencia del obrar negligente de su E.P.S., o cuando quien invocaba el derecho a la vivienda digna fue desalojado en el curso del proceso del inmueble que habitaba".*[2]

4.3.- Al descender al caso concreto, tenemos que la solicitud de amparo se elevó para que el accionado resolviera al actor JUAN RAFAEL RIVAS JARAMILLO la prisión domiciliaria y la redención de pena, dada su condición de sentenciado por los delitos de tráfico, elaboración y tenencia de elementos destinados a la falsificación de moneda; tráfico de moneda falsificada; falsedad material en documento público y concierto para delinquir y en la actualidad descuenta la pena impuesta de 63 meses de prisión en el CPMS Apartadó.

[2] Corte Constitucional, Sentencia T-011 de 2016.

Que la causa fue asignada, el 27 de abril del presente año, para la vigilancia de la pena al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia y durante su trámite obra constancia de las siguientes peticiones en favor del procesado como también de la respuesta dada a las mismas.

PETICIÓN	**DECISIÓN**
Solicitud domiciliaria padre cabeza de familia. PDF 06.	Mediante auto de nueve de octubre de 2023 el Juzgado resolvió la petición.
Redención certificado 18850402	Se resuelve mediante providencia del nueve de octubre de 2023.
Redención certificado 18950254	Se resuelve mediante providencia del nueve de octubre de 2023.
Redención certificado 18737571.	Se resuelve mediante providencia del nueve de octubre de 2023.
Redención certificado 18737571.	Se resuelve mediante providencia del nueve de octubre de 2023.
Redención certificado 18656634	Se resuelve mediante providencia del 15 de diciembre de 2022 por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

Revisada la actuación se constató que no se allegó la petición de prisión domiciliaria al tenor del artículo 38G del código penal postulada por el actor y por ese motivo el juzgado accionado no ha omitido deber alguno.

De otra parte, obra constancia en el expediente de la notificación de las anteriores providencias.

Como viene de verse, emerge diáfano que la autoridad accionada superó la inconformidad que originó la interposición de la acción de tutela, por lo que en el presente asunto se ha generado el fenómeno conocido como “hecho superado”, cuyo contenido se explicó anteriormente.

Por lo tanto, ante la carencia actual de objeto, la Sala declarará la ocurrencia del hecho superado, frente a la pretensión elevada por el actor en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó, Antioquia.

Corolario de lo anterior, 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:

1°.- Declarar la carencia actual de objeto por hecho superado al interior del presente trámite**,** por las razones contenidas en la anterior motivación.

2º.- Notificar esta sentencia según lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3º.- Advertir que contra esta decisión procede impugnación ante la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia.

4°.- Remitir las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnado este fallo.

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: **9ab7edd20e7e10a8bc519f53f83678a01f664c8b1ee52771d2d1817352accace**
Documento generado en 18/10/2023 05:00:12 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

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

N.I.	2023-1752-4
Radicado	05 837 31 04 002 2023-00123 00
Accionante	Gustavo Largo Ladino
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Decreta nulidad

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 359

M.P. Isabel Álvarez Fernández

ASUNTO

Sería del caso pronunciarse sobre la impugnación presentada por el accionante, contra el fallo de tutela del 19 de septiembre de 2023, emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo – Antioquia mediante el cual negó el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados, pero se advierte que en el presente trámite se incurrió en irregularidad sustancial que afecta con nulidad la actuación surtida en primera instancia.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Indicó el accionante que, se encuentra afiliado a Nueva EPS en el régimen subsidiado y a Colpensiones. Ésta última entidad, lo calificó en primera instancia con una pérdida de capacidad laboral del 16.40%, con las patologías de espondilolistesis, trastorno de los discos intervertebrales no

especificado, síndrome del túnel carpiano y gonartrosis no especificada. Presentó inconformidad a dicha calificación, por lo que fue enviado su expediente a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, donde el 22 de enero de 2020, fue calificado con un porcentaje de PCL de 43.35%, teniendo en cuenta otras enfermedades más.

Frente a esa determinación interpuso recurso de apelación y el 25 de octubre de 2021, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez – JNCI, confirmó la pérdida de capacidad laboral en un 43.35%, de origen común, quedando con fecha de estructuración el 08 de enero de 2019.

Por considerar que las entidades se equivocaron en la calificación de PCL, contrató los servicios de un médico cirujano especialista en Gerencia de Salud y Medicina del Trabajo y Laboral, doctor Luis Antonio Albarracín, quien el 26 de octubre de 2022, luego de revisar su historia clínica y tener en cuenta todas sus patologías, estimó que su pérdida de capacidad laboral era del 81.36%.

Elevó petición a Colpensiones el día 7 de marzo de 2023, solicitando una nueva calificación de PCL, en la cual aportó la historia clínica y la calificación entregada por el doctor Albarracín. El 5 de mayo de 2023, la accionada le solicitó entre otros documentos, la realización de varios exámenes médicos sin embargo refiere que, no ha podido realizárselos ante la ausencia de recursos económicos *"no tengo ingresos para sufragar los costos que me implican el traslado para solicitar la atención por los especialistas y la realización de los exámenes ordenados, dado que vivo en una zona veredal, lejana al municipio de Apartadó…"*

Señala que, desde el momento del origen de sus enfermedades, su estado de salud se ha deteriorado gravemente y se encuentra sumido en un estado

de invalidez, no puede ver por problema de glaucoma, no puede caminar sin la ayuda de las muletas, no puede trabajar, ni dormir dignamente, por lo que su rol laboral es nulo, y prueba de ello es que su última cotización en pensión fue el 30 de septiembre de 2019.

Aseguró que, no tiene cómo solventar sus gastos básicos de vivienda, alimentación y vestuario, ni los de su familia que se compone por su esposa y dos hijos de 1 y 4 años, los pocos ingresos que recibe son proporcionados por algunos amigos, vecinos y ayudas del Estado. En virtud de ello, requiere acceder de manera urgente a la pensión de invalidez a la cual estima, tiene derecho.

Solicita el amparo fundamental de debido proceso, seguridad social y mínimo vital ordenando a COLPENSIONES reconocer su estado de invalidez aprobando el dictamen rendido por el doctor Albarracín, desde el momento en que se estructuró la invalidez; realizar el pago de sus mesadas pensiónales y, de manera subsidiaria, en caso de no acceder a lo pedido, otorgar un subsidio suministrado por Colpensiones, para sufragar los gastos necesarios para realizar los exámenes y solventar los gastos que garanticen su mínimo vital.

DE LA DECISIÓN

Luego de atender los razonamientos expuestos por las partes, el 19 de septiembre de 2023, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo – Antioquia declaró la improcedencia de la acción de tutela al no haberse acreditado el requisito de inmediatez ni de subsidiariedad.

Indicó que, el dictamen de la pérdida de capacidad laboral fue entregado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 21 de octubre de 2021

lo que significa que ha trascurrido 1 año y 10 aproximadamente desde la generación de ese acto que, estima vulneró sus garantías fundamentales.

Adicionalmente, el accionante aportó una calificación suscrita por el médico Luis Antonio Albarracín Aguillón que fue contratado de manera particular, pero la misma se realizó el 26 de octubre de 2022, es decir, un año y un día después de la calificación realizada por la Junta de Calificación, en virtud de ello entiende desdibujado el requisito de inmediatez de la acción constitucional.

Tampoco se acreditó el requisito de subsidiariedad toda vez que, el apoderado judicial del señor Largo Ladino, elevó solicitud de recalificación de la pérdida de capacidad laboral, el 05 de mayo de 2023, brindándose respuesta por parte de la accionada a través de la cual requirió al afiliado a fin de que allegara una serie de exámenes para completar el estudio; para lo cual le otorgó 30 días contados a partir de la notificación del comunicado, advirtiendo que, en caso de ser necesario, dicho término era prorrogable por 30 días más.

El 07 de junio de 2023, mediante escrito con radicado 2023_9914477, el señor Gustavo Largo, a través de su apoderada judicial, solicitó dicha prórroga. Pero no se evidencia que luego de la extensión de término, se haya allegado la información requerida o constancia del trámite que se están imprimiendo lo que significa que, se está desconociendo el principio de subsidiariedad de la acción constitucional.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, el accionante interpuso recurso de apelación indicando que, ha estado esperando por mucho tiempo una

respuesta acorde a sus enfermedades, una calificación que le permita acceder a su pensión de invalidez, situación de discapacidad que es evidente, tal y como fue certificado recientemente por el Ministerio de Salud.

El despacho alude a un supuesto requisito de inmediatez y él ha estado obrando en el marco de sus capacidades. Recuerda que se encuentra en una situación desesperada junto con su núcleo familiar, situación que ha expuesto de forma reiterada.

Además, no es cierto que no haya actuado con diligencia pues ha tratado de conseguir ante la EPS los exámenes requeridos y la respuesta de los médicos es que yo tienen más tratamientos, ni más exámenes que le puedan realizar.

Aunado a ello, respecto al examen que le solicitan para verificar el estado de su visión, la IPS encargada de brindarle la atención, a pesar de su insistencia no le ha asignado cita.

Solicita se amparen los derechos fundamentales que, estiman están siendo vulnerados por el fondo de pensiones y el sistema de salud al cual se encuentra afiliado.

CONSIDERACIONES

De la indebida integración del contradictorio

El Juez constitucional tiene la obligación de garantizar el debido proceso tanto a las partes involucradas en el trámite como a los terceros con interés legítimo en la decisión que se profiera en la presente acción constitucional, pues la indebida integración del contradictorio en el procedimiento de

amparo comporta su nulidad, según establecen las normas procesales y la jurisprudencia constitucional[1].

Lo anterior, por cuanto sólo de este modo resulta viable satisfacer el principio de efectividad de los derechos fundamentales, como también, garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa de quienes resultarían comprometidos por razón del pronunciamiento, así como el de doble instancia.

De tal suerte, al juez de tutela le compete, la debida y completa integración del legítimo contradictorio. En lo específico, en aquellos casos en los cuales *"según el análisis de los hechos y de la relación entre las funciones que se cumplen o las actividades que se desarrollan y la invocada vulneración o amenaza de derechos fundamentales (nexo causal) encuentre que la demanda ha debido dirigirse contra varias entidades, autoridades o personas, alguna o algunas de las cuales no fueron demandadas (…)"* [2]. Esto último, desde luego, sin perder de vista que *"en muchas ocasiones el particular que impetra la acción ignora o no sabe identificar a las autoridades que considera han violado o amenazado sus derechos fundamentales…"* [3].

Por tal motivo, la convocatoria de la parte que por legitimación pasiva debe concurrir al proceso constituye presupuesto indefectible *"para una decisión de fondo y responder así a la protección eficaz de los derechos fundamentales"* [4]. Lo anterior al punto que, echada de menos, se configura una causal de nulidad, situación, que anticipa el Tribunal, se estructuró en el presente asunto.

[1] Sentencia C–543 de 1992, reiterada en A-065 de 2013 y en A-071 A de 2016
[2] En este sentido, el auto 055 de 1997; criterio reiterado en autos 025 de 2002 y 011 de 2002, entre otros.
[3] Auto 055 de 1997, citado ut – supra.
[4] Ver entre otros, el auto 107 de 2002.

En efecto, para el caso que nos ocupa el accionante como petición principal solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez de conformidad con el concepto médico que le fue realizado de manera particular y como petición subsidaria requirió a la Judicatura para que, se ordenara la realización de los exámenes médicos que requiere Colpensiones para continuar adelantando su trámite ante esa entidad.

Aludió que, la accionada en el marco de la contestación a su petición, le indicó que requiere:

> "Valoración por fisiatría/ortopedia no mayor a seis meses en donde se especifique, con respecto a la patología Síndrome de Manguito Rotador derecho, Lumbalgia, Estenosis, del supraespinoso, espolón calcáneo: Estado actual, tratamiento instaurados y pendientes, goniometría de la extremidad / articulaciones afectadas, imágenes diagnosticas realizadas durante el último año. Radiografías comparativas a. Campimetría 30-2 ambos ojos con estimulo blanco. Se solicita valoración por oftalmología de EPS no mayor a seis meses, en donde se especifique, con respecto a la patología glaucoma –Presbic"

Sin embargo, aseguró que, a la extremada pobreza en la cual se encuentra subsumido y, su precaria situación física se le ha imposibilitado la realización de esos procedimientos médicos pues recuerda que, se residencia en una zona vereda, lejana del municipio de Apartadó y no cuenta con dinero para trasladarse hasta Nueva EPS para solicitar la asignación de las citas.

Reiteró en su escrito de amparo constitucional que, no tiene como sufragar los exámenes requeridos y que el fondo de pensiones tampoco le suministra ayuda para poder realizarlos, para tales efectos aportó una constancia de la Junta de Acción Comunal del corregimiento Alto de Mulatos a través de la cual, la Presidenta plasma que, actualmente adeuda $3.391.100 por

concepto de arriendo y servicios públicos, aunado a ello se indica que, actualmente vive de la caridad.

Teniendo en cuenta que, uno de los temas objeto de solicitud de amparo constitucional versaba sobre la imposibilidad de realizarse los exámenes médicos requeridos por Colpensiones para resolver su solicitud de pérdida de capacidad laboral y que, el mismo accionante refirió que se encuentra afiliado a Nueva Eps sin que haya logrado la asignación de las citas ante la imposibilidad para desplazarse hasta la sede central, es claro que, el Despacho de primera instancia debía vincular a la empresa promotora de salud para verificar si ésta está incurriendo en la vulneración de las garantías fundamentales del accionante.

Es claro que, de la realización de esas pesquisas médicas que debe realizar NUEVA EPS depende el impulso al trámite pensional, por lo tanto, se hacía indispensable integrarlo al contradictorio.

De tal suerte, en estas diligencias fue omitido el deber de integrar en forma debida y completa el contradictorio, impuesto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991. Por consiguiente, con fundamento además en los artículos 61 y 133 del Código General del Proceso aplicables en este trámite por virtud de la remisión efectuada en el artículo 3o del Decreto 306 de 1992, decretará la nulidad a partir del auto que admitió la demanda de tutela adiado el 08 de septiembre de 2023, con la finalidad de que en la reposición del trámite se subsanen las irregularidades advertidas, dejando incólume las pruebas y respuestas obtenidas en el trámite tutelar.

Por tanto, así se declarará y se devolverá la actuación al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, a fin de que proceda a subsanar la irregularidad

advertida, esto es, integre debidamente el contradictorio, vinculando a la Nueva EPS al trámite constitucional.

De ese modo, con la vinculación y el informe que brinde la entidad prestadora de salud, analizará si se estructura una afectación a los derechos del accionante y, se podrá dar respuesta a la petición subsidiaria que plasmó en su escrito de amparo constitucional, la cual no es otra que, la realización de los exámenes médicos solicitados por la compañía de pensiones.

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 de auto que admitió la demanda de tutela, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo el 08 de septiembre de 2023, dejando incólume las pruebas y respuestas obtenidas en el trámite tutelar.

SEGUNDO: REMITIR la actuación al Juzgado de origen, para que proceda con la vinculación al extremo pasivo de la litis, a la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD NUEVA EPS.

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

CÚMPLASE.

N.I. 2023-1752-4
Radicado 05 837 31 04 002 2023-00123 00
Accionante Gustavo Largo Ladino
Asunto Impugnación de fallo de tutela
Decisión Decreta nulidad

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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: **4aa0070c2b462d7bc3c0f32044788ef9f17a3ef838f8df172383b091983cb4b8**
Documento generado en 18/10/2023 04:29:46 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

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

Nº Interno	**:**	2023-1568-4 Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.	**:**	05 697 61 00120 2016 80496
Acusado	**:**	Heider de Jesús Gallego Morales
Delito	**:**	Actos sexuales con menor de 14 años.
Decisión	**:**	Confirma sentencia condenatoria.

El 18 de octubre de 2023 se aprobó por la Sala decisión de segunda instancia dentro del proceso identificado con el CUI 05 697 61 00120 2016 80496 que se adelanta contra Heider de Jesús Gallego Morales.

Se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **VEINTICUATRO (24) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS DIEZ DE LA MAÑANA (10:00 A.M.).**

Se ordena a la Secretaría común, por el medio más expedito, se cite a las partes e intervinientes procesales a través de sus correos oficiales, confirmando su asistencia a la diligencia.

CÚMPLASE

(firma digital)
Isabel Álvarez Fernández
Magistrada

Firmado Por:
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: **a3752dca32041683df935e7c7fba8b99af802e97e7eef1a7b5e2321df85a0b19**

Documento generado en 18/10/2023 12:00:14 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL
SEDE CONSTITUCIONAL

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

N° Interno	**:**	2023-1728-4 Sentencia de Tutela - 2ª instancia.
Radicado	**:**	05-250-31-89-001-2023-00097-00
Accionante	**:**	Argemiro Augusto Busto Arenilla
Accionadas	**:**	Colpensiones y Coosalud EPS
Decisión	**:**	Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha. Acta No. 357

M.P. ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal (Ant.), por medio de la cual se concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por Argemiro Augusto Busto Arenilla; diligencias en las que figuran en calidad de accionadas Colpensiones y Coosalud EPS.

ANTECEDENTES

Los hechos objeto de la presente acción fueron resumidos por el *A quo* de la siguiente forma**:**

> "Expresó el actor que se encuentra incapacitado de manera ininterrumpida desde el 31 de marzo de 2020 (sic), hasta la fecha

de la presentación de la presente acción de tutela con diagnóstico de glaucoma bilateral y glaucoma terminal con pérdida total de la visión y concepto medico desfavorable por parte de la EPS desde el 15 de julio de 2022.

Adujo, último pago recibido de incapacidad por parte de la EPS lo fue en el mes de abril de 2022 y desde esa fecha no he recibido pagos de ninguna índole. Tanto la EPS como el fondo de Pensiones – COLPENSIONES se han abstenido de efectuar el pago atribuyendo la obligación el uno al otro.

Manifestó, que el día 9 de diciembre de 2022, radicó solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral ante COLPENSIONES con el fin de que se le reconozca pensión de invalidez el cual rechazó si caso sin enviarle notificación a su domicilio y no hizo reconocimiento de su incapacidad.

Expresó, que a través del oficio de fecha 27 de junio de 2023 COOSALUD EPS, le informó que realizó el trámite ante COLPENSIONES de poner en su conocimiento el concepto de rehabilitación desfavorable de fecha 15 de julio de 2022.

Afirmó, que en fecha 07 de julio de 2023 y a pesar de sus limitaciones e impedimentos físicos radicó ante COLPENSIONES de nuevo toda la documentación para acreditar su condición de incapacidad, sin que a la fecha haya obtenido respuesta sobre el pago las mismas. En esa misma fecha también solicitó que se calificara su pérdida de capacidad laboral sin que obtener respuesta…”

En ese orden de ideas, solicitó al despacho que se protejan sus derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, seguridad social y vida digna y consecuente con ello, se ordene a COOSALUD EPS y a COLPENSIONES, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, se sirva reconocer y cancelar las incapacidades a partir del día 180 y hasta que se haga efectiva la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Se ordene a COLPENSIONES que realice la calificación integral de su caso y emita un dictamen de fondo que le permita acceder a

su pensión de invalidez y que le sean canceladas las mesadas correspondientes al retroactivo de incapacidades dejadas de percibir desde el mes de abril de 2022.

DEL FALLO IMPUGNADO

El juzgado de instancia, concedió el amparo solicitado y, en efecto, dispuso lo siguiente:

> *"PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales del señor ARGEMIRO AUGUSTO BUSTO ARENILLA a la salud, al mínimo vital invocado ya la vida digna vulnerados por la AFP COLPENSIONES, representada legalmente por el señor JAIME DUSSAN CALDERON, o quien haga sus veces al momento de la notificación de la presente providencia por lo brevemente expuesto en la parte motiva del presente proveído.*
>
> *SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se ordena a la AFP COLPENSIONES, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia proceda reconocer y realizar el pago de las incapacidades del accionante causadas a partir del día ciento ochenta y uno (181) de incapacidad y que a la fecha se encuentren insolutas.*
>
> *Además de lo anterior, se ordena a la AFP COLPENSIONES, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia proceda dar inicio al proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral del ARGEMIRO AUGUSTO BUSTO ARENILLA, sin dilaciones injustificadas y sin imposición de cargas excesivas y/o barreras injustificadas, optando por la aplicación de las vías más favorables al actor en consideración a su estado de vulnerabilidad…"*

DE LA IMPUGNACIÓN

Señala Colpensiones que, revisadas las consideraciones del fallo, se concluye que el accionante radicó la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral, el 07 de julio de 2023. Una vez recibida la solicitud, se inicia un proceso de validación documental, esto con el fin de verificar si la documentación aportada es suficiente para fundamentar correctamente el dictamen. En todo proceso de calificación se hace necesario una historia clínica integral y actualizada, donde se indique estado funcional, sintomatología referida, dependencia o independencia en actividades de la vida diaria o actividades básicas cotidianas, régimen de consumo de los medicamentos, percepción del trabajador sobre su condición médica y funcional. Adicional a lo anterior, es importante que se evalué la suficiencia diagnóstica y la pertinencia de solicitar exámenes complementarios o interconsultas con otras especialidades.

En virtud de ello, mediante oficio de BZ 2023_11080280-1921494 de fecha 18 de julio de 2023 se le solicitó al accionante, se aportara la historia clínica de forma completa o, el resumen de la misma.

Frente al tema de las incapacidades refirió que, la Entidad Promotora COOSALUD EPS, mediante radicado 2022_13492548 de 20/09/2022 remitió Concepto de Rehabilitación (CRE) con pronóstico de rehabilitación DESFAVORABLE. Por lo anterior no procede reconociendo de incapacidades, sino que debe dar continuidad al trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral.

Solicita se declare improcedente la solicitud de amparo constitucional puesto que, o de primera instancia, como quiera que

la tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, específicamente el de subsidiariedad, así como tampoco se demostró que Colpensiones haya vulnerado los derechos reclamados por el accionante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 19911, la Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

De otro lado, esta Corporación tiene la competencia para pronunciarse conforme a lo previsto por el artículo 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991, al tener la condición de superior funcional del despacho de primera instancia.

Del caso concreto

En el presente caso, la accionada **COLPENSIONES** cuestionó dos tópicos del fallo de tutela: la orden concerniente al pago de incapacidades y en segundo lugar, la orden proferida para adelantar el trámite de pérdida de capacidad laboral.

Respecto a la orden de pago de auxilio de incapacidades

Inicialmente se hace necesario precisar que la acción de tutela es un mecanismo legal que tiene la calidad de subsidiario, es decir, que

[1] Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017

a ella solo habrá lugar cuando no se conste con mecanismos judiciales alternos, o si bien existiendo, sea acreditado por el interesado la existencia de un perjuicio irremediable que requiera una intervención inmediata. Por tanto, no es procedente la implementación de este mecanismo para pretender el reconocimiento o pago de derechos de índole económico tales como los surgidos dentro de procesos laborales, o auxilios por incapacidad, toda vez que su protección es perseguible a través de procesos laborales ordinarios.

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

> *"(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es* ***idóneo y eficaz*** *conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un* ***perjuicio irremediable****, caso en el cual la acción de tutela procede como* ***mecanismo transitorio.***
>
> *Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos"2*

En lo que refiere al pago del auxilio por incapacidad, la alta Corte ha sostenido que, si bien existen mecanismos judiciales para la adquisición de lo pretendido, el tiempo que lleva dirimir un conflicto

2 Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 2017.

de esta naturaleza desdibuja la eficacia de la vía, en razón a que podría atentar directamente frente al mínimo vital del accionante, quien adicionalmente se encuentra en condiciones de vulneración en atención a su salud.

Por lo anterior, ante la afirmación de la accionante respecto del pago de incapacidades como su única fuente de ingresos y no desvirtuada por las entidades accionadas, se torna excepcionalmente procedente la acción de tutela.

Ahora bien, el pago de incapacidades y la entidad con obligación legal de reconocerlas y pagarlas, no es un campo desconocido para la normatividad colombiana, pues el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo establece un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral, en el que se determinó que los mismos se ofrecerían *"en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional"* y se estableció tanto la cantidad por la que serían reconocidos como los sujetos obligados a otorgarlos.

Igualmente, el Decreto 2351 de 1965, aún vigente, prevé en su artículo 16 la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común.

Así, el Decreto 770 de 1975 limitó la órbita de responsabilidad del empleador al pago del precitado concepto, refiriendo en su artículo 9 que el Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de *"un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes del salario*

de base, subsidio que (…) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días".

Posteriormente, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, plasmó que los afiliados al Régimen Contributivo en Salud tienen derecho al reconocimiento y pago de incapacidades generadas por enfermedad común.

En ese orden, según el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, se encuentra a cargo de los respectivos empleadores "*las prestaciones económicas correspondientes* ***a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general"***, asimismo, las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud[3], y aquellas que se prolonguen más allá de ese terminó, deberán ser asumidas por la AFP con la que el trabajador sostenga vínculo de afiliación[4].

Sin embargo, en virtud del Decreto 2463 de 2001, se han generado controversias referente a si la obligación de la AFP de pagar las incapacidades se encuentra de algún modo condicionada a la emisión de un concepto favorable de rehabilitación, tesis que la Corte Constitucional, en uso de sus funciones como órgano de cierre dentro de la jurisdicción constitucional, ha descartado de plano, para en su lugar postular que *"las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren* ***a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones*** *a la que está afiliado el*

3 Decreto 2943 de 2013, articulo 1, parágrafo 1.
4 Artículo 142, Decreto 019 de 2012.

trabajador, ***ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación”[5].***

En palabras de dicha Corporación:

> “el *concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador[92].*
>
> *La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.*
>
> *Desde esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.*
>
> *Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso”6*

Es conforme a este punto, que el Tribunal considera que no es acertada la postura planteada por el recurrente respecto a su ausencia de responsabilidad en el caso concreto por no existir concepto favorable de rehabilitación, pues las normas citadas, en

5 Corte Constitucional, T-401 de 2017.
6 Ibídem.

suma con la jurisprudencia relacionada, han sido claras al establecer que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, situación que ni siquiera ha sido postulada por la accionada.

Recuérdese que, no fue objeto de discusión entre las partes que, las incapacidades continuas iniciaron el 31 de marzo de 2022, y no en el año 2020 como refiere en el numeral primero de la demanda constitucional.

COOSALUD emitió concepto de rehabilitación desfavorable el 7 de septiembre de 2022 y realizó el pago de las incapacidades que le correspondía hasta el día 180 esto es, hasta el 4 de octubre del año 2022.

Lo anterior significa que, el pago de las incapacidades correspondientes a los siguientes periodos y hasta la fecha, deberá pagarlos LA AFP Colpensiones, lo anterior teniendo en cuenta que, a la fecha han trascurrido 528 días de incapacidades continuas.

En el presente evento teniendo en cuenta que, el accionante informó que, el concepto de rehabilitación fue desfavorable y, el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral se encuentra en trámite, resulta evidente que a la fecha no puede acceder al reconocimiento pensional y, por lo tanto, lo que procede en el momento es continuar con el reconocimiento y pago de sus

incapacidades médicas hasta tanto se defina su situación pensional[7].

Así las cosas, y al contar con incapacidades causadas que superan los 180 días continuos, que tanto el accionante como la accionada han reconocido como insolutas, es que la Colegiatura procederá a confirmar la decisión de primer grado en la cual se concede el amparo constitucional deprecado.

Respecto de la orden de iniciar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral.

En el asunto sub-judice, la discusión que se propone gira en torno a la tradanza en el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral pretendida por el señor Argemiro Augusto Busto Arenilla.

En el contexto del reconocimiento de una pensión de invalidez, cualquiera que sea su origen (común o laboral), el ordenamiento jurídico impone que el estado de invalidez se determina a través de una valoración médica que conlleva a una calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual es realizada por las entidades autorizadas por la ley. Con dicha calificación se dictamina el porcentaje de afectación, el origen de la pérdida de y la fecha en la que se estructuró. Como ya fue señalado, se considera inválida la persona que haya sido calificada con el 50% o más de pérdida capacidad laboral.

7 Corte Constitucional T-7.692.912.

Para definir el estado de invalidez y, por lo tanto, el derecho al reconocimiento de la respectiva pensión, el legislador ha establecido el procedimiento que se debe cumplir, el cual impone la participación activa del afiliado, de las entidades que intervienen en el proceso de calificación y de los sujetos responsables del reconocimiento y pago de dicha prestación.[8]

Ahora, si bien es cierto la calificación de pérdida de capacidad laboral constituye una garantía a la cual tienen derecho todas las personas que padecen de una enfermedad de origen común o profesional lo cierto es que, tal y como lo reseña la cita en comento requiere una participación activa del afiliado, lo que significa que, debe ser la persona interesada la cual esté al tanto no solamente de su situación médica sino también de los trámites legales y administrativos en el marco de su pretensión pensional.

En el presente evento, de los elementos obrantes en el expediente y de las respuestas obtenidas se logra establecer que, desde el mes de septiembre de 2022, la EPS remitió concepto desfavorable a Colpensiones y el 07 de julio de 2023 el accionante ante la tardanza en la emisión del concepto impulsó la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral.

La accionada en el escrito de impugnación indicó que, una vez radicada dicha solicitud por parte del afiliado, de manera pronta, esto es, desde el 18 de julio de 2023 elaboró respuesta requiriéndolo para que, allegara copia de la historia clínica con miras a continuar

8 T-093 de 2016,

con el trámite pertinente sin embargo que, la misma no ha sido allegada.

Sobre ese aspecto es menester indicar que, en el informe de tutela refirió que, ha tenido problemas para notificar al accionante frente a esa determinación, pues la dirección indicada en su solicitud se reporta como "errada" debiendo recurrir al área de medicina laboral para que se procediera a remitir la comunicación a los correos mencionados en el escrito de tutela laboralesgcg@gmail.com y elisjohana198723@gmail.com, datos que se desconocían.

Sin embargo, ello no obedece a la realidad pues, en el requerimiento elevado por parte del accionante desde el mes de julio se dejó plasmada no solamente su dirección de residencia sino también los correos electrónicos antes citados y dos abonados telefónicos, lo que significa que, la entidad contaba con otros medios para poner en conocimiento del afiliado la determinación adoptada y a pesar de ello les bastó con la devolución efectuada por la empresa de envíos para sustentar la imposibilidad de notificación y endilgar la mora a la parte interesada.

A diferencia de lo manifestado por Colpensiones estima la Sala que, el señor Busto Arenilla ha estado al tanto de trámite que le compete, ha elevado requerimientos ha intentado impulsar el trámite, pero, la accionada a pesar de contar con el concepto desfavorable desde hace más de un año, ha actuado con negligencia, atentado de esa manera contra el derecho fundamental al debido proceso administrativo del accionante.

El debido proceso es un conjunto de garantías que brindan protección a las personas dentro de una actuación judicial o administrativa para que sus derechos sean respetados. De esta forma, dentro del contenido de dicho derecho fundamental, el desarrollo de los trámites judiciales o administrativos en un tiempo razonable, conforme lo prescribe el ordenamiento jurídico, es uno de los elementos constitutivos para que la justicia sea una realidad. De manera que la tardanza injustificada en las actuaciones judiciales o administrativas, "*constituye una barrera para el goce efectivo del derecho de acceso a la administración de justicia"*[9] cuyo fundamento sienta su base en el debido proceso.

El debido proceso administrativo se materializa cuando se garantizan los derechos a:

> "*(i) ser oído durante toda la actuación; (ii)* ***la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas****; (iv) que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) gozar de la presunción de inocencia; (vii) el ejercicio del derecho de defensa y contradicción; (viii) solicitar, aportar y controvertir pruebas; y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso".* (Negrita propia)

En el presente asunto se ha evidenciado que, la entidad accionada no ha actuado con diligencia pues desde hace doce meses cuenta con el concepto desfavorable para iniciar el trámite de pérdida de capacidad laboral y, a pesar de la insistencia del accionante, no se ha llevado a cabo. Aunado a ello, cuenta con los datos de notificación del afiliado entre ellos, dos correos electrónicos y dos abonados celulares y se escuda en manifestar que, la dirección de

[9] T-286 de 2020 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

domicilio reportada fue señalada como errónea por parte de la empresa de envíos.

En virtud de lo anterior, considera la Sala que, la decisión adoptada por la primera instancia se tornó correcta al evidenciar una afectación al derecho fundamental del señor Busto Arenilla y en virtud de ello, se **CONFIRMARÁ** íntegramente la sentencia de tutela objeto de impugnación.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia de tutela objeto de impugnación, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva**.**

SEGUNDO: **DISPONER** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de según grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la H. Corte Constitucional, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el artículo 32, Decreto 2591 de 1991.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

N° Interno	**:**	2023-1728-4
Radicado	**:**	05-250-31-89-001-2023-00097-00
Accionante	**:**	Argemiro Augusto Busto Arenilla
Accionadas	**:**	Colpensiones y Coosalud EPS
Decisión	**:**	Confirma

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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: **0ec2c47bb6fbdba91ea577b7f80be43d3cc07c556f7449872ae6a443223feadc**
Documento generado en 18/10/2023 04:29:17 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL
SEDE CONSTITUCIONAL

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

N° Interno	**:**	2023-1857-4 Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado	**:**	05000-22-04-000-2023-00599
Accionante	**:**	Carlos Andrés Restrepo Piedrahita
Accionado	**:**	Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Decisión	**:**	Niega

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 356

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano CARLOS ANDRÉS RESTREPO PIEDRAHITA, contra el JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE AMAGÁ por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

ANTECEDENTES

Manifiesta el señor CARLOS ANDRÉS RESTREPO PIEDRAHITA que, a través de la oficina de jurídica del establecimiento carcelario y penitenciario de Ciudad Bolívar se le brindó información acerca de los procesos vigentes que reposaran en su contra.

Se le indicó que, se encuentra en calidad de requerido para descontar la pena de 12 meses de prisión impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá Antioquia por el delito de que trata el artículo 376 del Código Penal. Diligencias tramitadas bajo el Radicado 05 030 31 89001 2016 0005100.

Asegura que, la condena proferida dentro de esas diligencias fueron conexadas al proceso con radicado 2015-80138, quedando una pena a descontar de 17.5 meses de prisión.

En razón a ello solicita que, por medio de un fallo de tutela se aclare su situación jurídica pues la condena a la que se hizo mención ya fue objeto de acumulación jurídica e inclusive ya fue purgada en su totalidad.

El Director del **Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Ciudad Bolívar** indicó que, en la actualidad el accionante se encuentra privado de la libertad por órdenes del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia descontando pena dentro de la causa penal con Radicado 05001 60 00000 2020 00978. Sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia por el injusto de concierto para delinquir agravado, tráfico fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de bienes muebles e inmuebles.

Afirmó que, ciertamente, en la cartilla biográfica le reposa otro proceso en calidad de requerido identificado con el CUI 05 030 31 8901 2016 00051 a través del cual se le condenó a la pena de 1

año de prisión por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, decisión proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá el 17 de marzo de 2016.

Ese requerimiento fue plasmado a petición del Juzgado que vigila su pena toda vez que, mediante oficio 472 ordenó dejarlo a disposición de esas diligencias para descontar la pena de prisión allí impuesta.

Indicó que, no ha vulnerado derechos fundamentales del accionante toda vez que, son las autoridades judiciales quienes se encargan de imponer medidas privativas de la libertad, por lo que, solicita la desvinculación del presente trámite constitucional.

El titular del **Juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá** indicó que, tramitó los procesos con radicados **05030 60 00321 2015 80138** y **05 030 31 89 001 2016 00051 00** del cual se desprendió por ruptura procesal el SPOA **05 030 60 00000 2016 0007 00,** finiquitándose ambos por vía preacuerdo mediante sentencias de fecha 19 de febrero de 2016 y 17 de marzo de 2016, respectivamente.

Indicó que, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia decretó la acumulación jurídica de penas a través de interlocutorio N° 057 del 12 de enero de 2017 fijando una pena privativa de la libertad de 17 meses y 15 días para, finalmente declarar el 29 de diciembre de 2017**, la extinción de las mismas y disponer la liberación definitiva a través de interlocutorio N° 2778.**

Bajo ese escenario, estima que, no tiene injerencia alguna en la acción constitucional impetrada pues, los procesos en los cuales emitió sentencia de condena ya se encuentran extintos.

El titular del **Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** indicó que, vigila la pena impuesta dentro del CUI 05001 60 00 000 2020 00978, a través del cual, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, condenó al accionante a la pena de 74 meses de prisión, como responsable de los delitos de concierto para delinquir agravado, tráfico de estupefacientes y destinación ilícita de inmuebles. En la actualidad está privado de la libertad por cuenta de este proceso, desde el 25 de septiembre de 2019.

Dentro del CUI 05 030 60 00321 2015 80158, ruptura **05 030 60 00000 2016 00007** fue condenado por el juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá, por el delito de tráfico de estupefacientes.

En esas diligencias el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, decretó acumulación jurídica de penas el 12 de enero de 2017 y una vez decretada la extinción de la sanción penal dispuso que, por el Centro de Servicios de estos Despachos se remitiera el expediente al Juzgado fallador.

Una vez conoció el trámite impartido a ese radicado, mediante auto 1333 del 09 de octubre de 2023, dispuso la remisión de la carpeta al Juzgado fallador.

El titular del **Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Amagá**

indicó que, revisados los libros radicadores físicos y archivos virtuales correspondientes a ese Juzgado, se halló con relación al señor Restrepo Piedrahita, el día 7 de septiembre de 2020 se realizó audiencia de control de garantías, en la que se resolvió la solicitud de medidas de protección solicitada por la defensa. Dicha carpeta se identifica con el CUI 050016000000202000073 y se siguió por los punibles concierto para delinquir y otros.

No obran más actuaciones desplegadas por el Despacho por lo que, solicita la desvinculación del trámite constitucional.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces, con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión, le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de manera expresa en la ley, ***siempre que no exista otro medio de defensa judicial*** **o,** existiendo, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar *un perjuicio de carácter irremediable*.

En el asunto que nos convoca, CARLOS ANDRÉS RESTREPO PIEDRAHITA indicó que, su derecho fundamental al debido proceso se encontraba siendo vulnerado en razón a que, en la cartilla biográfica reposa requerimiento frente a un proceso cuya pena ya había sido purgada.

De los informes rendidos, se logró establecer que, efectivamente al accionante le reposa un requerimiento para descontar pena en el marco de la sentencia de condena impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá dentro del radicado matriz 05 030 31 89001 2016 00051 00, ruptura **05 030 60 00000 2016 0007 00,** sin embargo tal y como lo anunció el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, una vez se percataron que, en dichas diligencias se había decretado una acumulación jurídica de penas y que, ya se había declarado su extinción por parte del Juzgado Tercero homologo, dispusieron la devolución del expediente al Despacho de conocimiento.

También fue claro en anunciar que, el accionante en ningún momento ha solicitado ante esa Judicatura aclaración alguna sobre ese aspecto.

Debe recordarse que, el principio de subsidiariedad, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que *“permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”.* Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

Bajo esos lineamientos, debe indicarse que, los reclamos del accionante no tienen vocación de prosperar pues, si pretende obtener la corrección de la información consignada en la cartilla biográfica, lo pertinente es que realice un derecho de petición ante el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia para que, se aclare los datos reportados meses atrás y, no utilizar la acción de tutela como una estrategia para obtener de las autoridades pronunciamientos sobre los cuales no ha agotado ese trámite ordinario.

Bajo ese escenario no encuentra la Sala que, las autoridades accionadas se encuentren atentando contra las garantías fundamentales del accionante pues, por una parte, no se demostró que se haya elevado algún requerimiento con miras a obtener claridad sobre su situación jurídica y que no hubiera obtenido algún pronunciamiento; adicionalmente los accionados fueron enfáticos al manifestar que, efectivamente por la causa que se invoca, se decretó la extinción de la sanción penal, lo que significa que, de ninguna manera deberá purgar nuevamente la sanción punitiva, sólo se requiere la actualización de la información que reposa en el INPEC y no se evidencia que, se haya elevado alguna solicitud para obtener la corrección que echa de menos.

Bueno es precisar que mientras un proceso esté en curso, cualquier solicitud de protección de derechos y garantías fundamentales debe hacerse exclusivamente en ese escenario, porque de lo contrario todas las decisiones provisionales que se tomen en el transcurso de la actuación ordinaria, estarían siempre sometidas a la eventual revisión de un juez ajeno a ella, como si se tratara de

una instancia superior adicional a las previstas para el normal desenvolvimiento de los procesos judiciales.

En sentencia T-335 de 2018, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional señaló:

> «3.1.4.1. La acción de tutela es improcedente cuando se instaura contra procesos judiciales en curso.
>
> En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que, cuando el proceso aún se encuentra en trámite, la intervención del juez constitucional está vedada toda vez que la acción de tutela no constituye -salvo que se esté ante la posible configuración de un perjuicio irremediable- un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser resueltos al interior del trámite ordinario. Incluso, cuando los procesos han culminado, se deben interponer y agotar los medios de defensa (i.e. recursos) que se encuentran previstos en el ordenamiento jurídico.»

Luego, no puede acudirse a este excepcionalísimo medio de defensa para reemplazar los procedimientos ordinarios, cuando el amparo se concibió precisamente para suplir la ausencia de éstos y no para resquebrajar los ya existentes, lo cual impide considerarlo como medio alternativo o instancia adicional al cual acudir para enderezar actuaciones judiciales supuestamente viciadas.

En este caso, se itera, la vigilancia de la privación de la libertad del accionante se encuentra bajo el conocimiento del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia encontrándose en el deber de elevar las solicitudes atientes a su situación jurídica ante ese despacho.

Finalmente, tampoco se advierte la existencia de una situación

excepcional que habilite el amparo para evitar la configuración de un perjuicio irremediable a la parte accionante.

En mérito de lo brevemente expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISION PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: **DENEGAR EL AMPARO** solicitado por el señor CARLOS ANDRÉS RESTREPO PIEDRAHITA de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

SEGUNDO: De no impugnarse la presente decisión, **SE DISPONE** remitir el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *Decreto 2591 de 1991, artículo 31*.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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: **4bf39cdb95fa02cb45f4f8155d0ddd76b1afd36326f4ce21100024b56b2ec6db**
Documento generado en 18/10/2023 04:29:11 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 DE
ADOLESCENTES

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

Nº Interno	**:**	2023-0788-4 Sentencia (Ley 1098) - 2ª Instancia.
C.U.I.	**:**	05034610141220208000 4
Acusado	**:**	Wilfran F.F. y Jael Edilson F.F.
Delito	**:**	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.
Decisión	**:**	Confirma.

El 19 de octubre de 2023 se aprobó por la Sala decisión de segunda instancia dentro del proceso identificado con el CUI 05034610141220208000 4 que se adelanta contra Wilfran F.F. y Jael Edilson F.F.

En tal sentido, se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **MIERCÓLES VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS NUEVE DE LA MAÑANA (9:00 A.M.).**

Se ordena a la Secretaría común, por el medio más expedito, se cite a las partes e intervinientes procesales a través de sus correos oficiales, confirmando su asistencia a la diligencia.

CÚMPLASE

Isabel Álvarez Fernández
Magistrada

Firmado Por:

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: **f53349f9ad0ac3d44953614972f806ec999c96479e95d584b7fc2f8826afc501**

Documento generado en 19/10/2023 04:16:19 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA

[1]

RADICADO:	05686600034720220023O
INTERNO:	2023-1032-2
DELITO:	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
PROCESADOS:	JUAN CARLOS QUIROZ OSSA Y DANIELA DÍAZ ZAPATA
DECISIÓN:	SE CONFIRMA

Medellín, nueve (09) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 105

1. ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa dentro del asunto, contra el auto fechado del 08 de junio de 2023 emitido por el Juzgado Promiscuo del Circuito Santa Rosa de Osos, Antioquia, por medio del cual se improbó el preacuerdo presentado por el ente acusador y la defensa del señor Juan Carlos Quiroz Ossa.

[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.

2. HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Así fueron consignados por la Fiscalía:

"En la mañana del 14 de noviembre de 2022, atendiendo al llamado de la comunidad de la vereda la piedra, municipio de santa rosa de osos, quienes pedían la presencia urgente de la Policía Nacional, ya que habían observado a dos personas sospechosas que se habían bajado de un bus en ese sector y eran totalmente desconocidos, la Policía Nacional acudió al lugar y abordo a los dos extraños logrando establecer que se trataba de Juan Carlos Quiroz Ossa, identificado con cédula de ciudadanía 71361672 y Daniela Diaz Zapata, titular de la cedula 1000874045, a quienes los policiales les pidieron que les permitieran una requisa a lo cual estos accedieron y en ejecución de la misma, los policiales encontraron que en un bolso color gris marca tule que llevaba el mencionado varón, una arma de fuego tipo revolver color cromado, y seis cartuchos calibre 38 indumil special, así mismo, una arma traumática tipo pistola retay mod 92, color negro calibre 9 mm p.a.k,, un proveedor metálico para esta y nueve cartuchos traumáticos calibre 9 mm.

Estos ciudadanos no tenían permiso para porte o tenencias de armas de fuego, accesorios o municiones para la misma, motivo por el cual fueron privados de la libertad, se les leyeron e hicieron efectivos sus derechos como personas capturadas y se les notifico que quedaban detenidos por el delito de porte ilegal de armas y fueron trasladados al comando de policía para realizar los actos urgentes de investigación tendientes a su judicialización.

Juan Carlos Quiroz Ossa y Daniela Diaz Zapata, fueron presentados ante el juzgado de control de garantías, para legalizar su captura, formular imputación y solicitar medida de aseguramiento en su contra.
Ninguno de ellos, ni Juan Carlos Quiroz Ossa, ni Daniela Diaz Zapata tenían permiso de autoridad competente para portar o tener armas de fuego de defensa personal o munición para las mismas según se estableció.
El arma y la munición incautadas estaban en buen estado de funcionamiento y conservación según se determinó por el perito, por lo

tanto, con las mismas se puso en riesgo el bien jurídicamente protegido de la seguridad pública."

3. ACTUACION RELEVANTE

El día 15 de noviembre de 2022 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Rosa de Osos(Antioquia), se surtieron las correspondientes audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

En dicha oportunidad se declaró la legalidad de la captura en situación de flagrancia y se imputó al señor Juan Carlos Quiroz Ossa a título de dolo el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en calidad de autor -artículo 365 del C.P.- y a la señora Daniela Díaz Zapata el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en calidad de cómplice-artículo 365 del C.P.- cargos que, ambos no aceptaron, declarando así la legalidad de la imputación formulada por el ente persecutor. Así mismo, se le impuso al señor Juan Carlos Quiroz Ossa medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión y a la señora Daniela Díaz Zapata se le impone medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

El 06 de diciembre de 2022 la Fiscalía vía correo electrónico radicó escrito de acusación ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos (Antioquia), llevándose a cabo

la audiencia de formulación de acusación el día 08 de junio de 2023, data en la cual la fiscalía, advierte la variación del objeto de la diligencia para presentar un preacuerdo con el procesado Juan Carlos Quiroz Ossa y la posterior preclusión a favor de la señora Daniela Díaz Zapata.

La Fiscalía expuso los términos del preacuerdo consistente en la aceptación de los cargos indilgados por el ente acusador en contra del señor Juan Carlos Quiroz Ossa, esto es, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones —artículo 365 del C.P.—, y cambio, se partiría del quantum mínimo de la pena, concediéndose una rebaja de la 1/3 parte de la pena, fijándose una pena definitiva de seis (6) años de prisión.

La Defensa advierte que lo narrado por el Delegado de la Fiscalía son los términos del preacuerdo pactado. En igual sentido lo manifiesta el procesado Quiroz Ossa.

Por su parte el delegado del **Ministerio Público**, se opone al preacuerdo presentado y, en consecuencia solicita que este sea improbado, pues considera que viola el principio de legalidad y proporcionalidad, en razón a que desconoce que hubo una captura en flagrancia declarada legal por un juez y, en ese sentido, la rebaja corresponde al 12.5%; aduce que la etapa de juicio oral comienza con la presentación del escrito de acusación y por lo tanto la rebaja no corresponde al estadio procesal en el que se encuentra el proceso; expone que, no se evidencia un real arrepentimiento por parte del procesado y

tampoco una colaboración eficaz y, además, de acuerdo a oficio N°20220547641 fechado 14 de noviembre de 2022, se evidencia que el procesado cuenta con antecedentes penales y en ese sentido el preacuerdo es demasiado benevolente.

El Titular del Despacho, inicia su intervención señalando que, tal como lo indicara el delegado del Ministerio Publico, si se trata de un preacuerdo cuando hay una situación de flagrancia, se debe ceñir a los parámetros del artículo 301 del C.P.P, esto es la rebaja en situación de flagrancia.

Destaca que, si bien la tesis que sostenía ese despacho es que la acusación es un acto complejo, solo se puede hablar de inicio de juicio o acusación completa, cuando se hubiese verbalizado ante juez de conocimiento y se hubiera declarado legal la actuación, sin embargo, el Tribunal Superior de Antioquia, ha indicado que efectivamente una vez se radica el escrito de acusación se habla del inicio del juicio oral y esa radicación ya vincula a las partes.

Corolario de lo anterior, ese despacho acogió la oposición del Ministerio Público y, en consecuencia, improbó el preacuerdo, por violación al principio de legalidad, dado que la rebaja excede la dispuesta para el momento procesal en que se está suscribiendo.

El Delegado de la Fiscalía y la defensa, inconformes con la decisión interponen el recurso de apelación.

4. DE LA IMPUGNACIÓN

La Fiscalía discrepó de la decisión emitida por el juez de primera instancia, en tanto considera que, sobre la existencia de presuntos antecedentes en contra de este ciudadano, un oficio no puede ser motivo suficiente para entender acreditada la existencia de antecedentes penales, sí la fiscalía no presentó ante el juzgado de conocimiento certificación o prueba de la existencia de esos antecedentes, no se puede tener en cuenta simplemente porque un policía diga que alguien tiene antecedentes penales, como un hecho probado, señalando además que, no remitió al despacho las constancias de los antecedentes, porque ya habían transcurrido más de 5 años.

En lo que atañe a la colaboración con la administración de justicia, indica que fue efectiva, puesto que el indiciado ha rendido un interrogatorio, donde aceptó ser responsable del delito que se le imputa y manifestó que la señora Daniela Díaz, no tenía ninguna responsabilidad en el hecho, toda vez que el simplemente la invitó para que lo acompañara a hacer una diligencia en el lugar de los hechos, sin que ella tuviera conocimiento de la existencia del arma y la munición.

Ahora, en punto del momento procesal en que se presenta el preacuerdo, señala que el Código de Procedimiento Penal en su artículo 356 Numeral 5º, indica que en el de desarrollo de la audiencia preparatoria, el juez le solicitara al acusado que manifieste si acepta o no los cargos, y dice que en el primer caso se procederá a dictar sentencia, reduciendo hasta en 1/3

parte la pena a imponer, en el segundo caso se continuara con el trámite ordinario, en ese orden el artículo 356 faculta una rebaja en la pena de 1/3 parte para la persona que en audiencia preparatoria acepta su responsabilidad en ese hecho, y para nada establece un porcentaje proporcional si la persona es capturada en flagrancia, y el articulo 351 tampoco hace ninguna referencia a la situación de ese momento procesal en que se estarían aceptando los cargos, por lo que si en la audiencia preparatoria se puede optar a una rebaja en la pena de 1/3 parte simplemente por aceptar los cargos, entonces porqué razón previo a esa diligencia no se puede otorgar el mismo beneficio.

Por su parte la defensa, advierte que el juez de primer grado no tuvo en cuenta el preceptuado en el numeral 5° del 356 del C.P.P. evidenciándose que el preacuerdo presentado no se aparta del principio de legalidad.

Señala que, la A quo tomó una decisión de cara los antecedentes penales de su prohijado, sin tener en cuenta que, si bien Juan Carlos Quiroz Ossa tiene antecedentes penales, han transcurrido más de 5 años luego de cumplida la sentencia, encontrándose en un proceso de reinserción o rehabilitación social.

Aduce que, si hubo colaboración con la administración de justicia, puesto que se realizó un interrogatorio anticipado para desvirtuar la inocencia de una ciudadana que no tenía conocimiento de los hechos y se hace un preacuerdo para

evitarle un desgaste a la administración de justicia; obteniéndose como único beneficio la rebaja de 1/3 parte, encontrándose la actuación antes dela audiencia de formulación de acusación, cumpliéndose el principio de legalidad.

Intervención de los sujetos no recurrentes:

El Ministerio Público, solicita se confirme la decisión del A quo, en tanto considera que, primer lugar, no hay una colaboración eficaz para la administración de justicia, pues el interrogatorio al que alude el delegado de la Fiscalía está orientado a desvincular a la señora Daniela Díaz Zapata, luego, no le están colaborando a la justicia, a las víctimas del delito o a los ciudadanos, le están colaborando a esa ciudadana, por lo que sería un error considerar ello como una gran colaboración, en tanto ésta va encaminada no a exculpar al otro participe, sino al esclarecimiento de los hechos, porqué se tenía el arma, para qué se tenía el arma, qué estaban haciendo allí, que se pretendía hacer, si se pertenece o no a un grupo irregular, esa es la real colaboración, de tal suerte que los argumentos de la fiscalía y defensa caen por su propio peso y no hay colaboración;

En segundo lugar, advierte que hablar de una rebaja de una 1/3 parte es una interpretación errada tanto de la fiscalía como de la defensa, si se tiene en cuenta el artículo 351que dice que la aceptación de los cargos en la audiencia de formulación de imputación, comporta una rebaja de hasta de

la mitad de la pena imponible, y la imputación se hace una vez verificada la legalidad o no de la captura, debiéndose hacer un análisis integral de la norma, pues cuando se presenta flagrancia, aquella permea toda la actuación y cara a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 301 la rebaja es de una 1/4 parte del beneficio, y es ahí donde está la ilegalidad del preacuerdo, porque ese beneficio no es de la 1/3 parte, sino una ¼ parte de esa1/3 parte.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por el Delegado de la Fiscalía 39 Seccional de Santa Rosa de Osos y la defensa técnica del señor Juan Carlos Quiroz Ossa, contra el auto del 08 de junio de 2023, dictado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos (Antioquia), conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

5.2. Problema jurídico

La alzada tiene como derrotero global responder si el preacuerdo que radicaran Fiscalía y defensa es respetuoso de los parámetros legales y constitucionales que rigen en la materia, como para revocar la decisión de primera instancia de

improbarlo, al considerar que no vulnera el principio de legalidad.

De antaño se ha esbozado que el instituto de los preacuerdos en la sistemática procesal penal adversarial que bajo la égida de la Ley 906 de 2004 nos gobierna, corresponde a un modelo de justicia premial como una forma de terminación anticipada, pero con absoluto respeto por los derechos y garantías de las partes.

Para el efecto, el artículo 348 de la Ley 906 del 2004 dispone las finalidades de dicha figura, indica:

> "Con el fin de 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. El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento." (Subrayado por la Sala).

Ahora, existen diversas modalidades de preacuerdo que se pueden concertar entre Fiscalía y Defensa, definidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[2] así:

(…)

4. Modalidades de preacuerdos.

[2] CSJ SP16933-2016 Rdo.47.732 del 23 de noviembre de 2016

El artículo 350 del C de P.P. establece como modalidades de preacuerdos:

4.1. Preacuerdo simple.

Este preacuerdo se caracteriza porque es conforme a los términos de la imputación, el indiciado se declara culpable del delito imputado (Artículo 350, inciso 1° del C.P.P).

Las partes admiten la existencia material del delito, la autoría y la responsabilidad en las condiciones precisadas en la formulación de la imputación, se respeta la imputación fáctica y jurídica que atribuye la Fiscalía en el proceso al incriminado.
Las partes pueden o no acordar las consecuencias de la conducta punible, a decir del artículo 351-2 del C de P.P.

Si no hay acuerdo expreso sobre la rebaja de pena, el monto corresponde al autorizado por la ley según la fase procesal en la que se produzca aquel. Pero, también, pueden las partes convenir la rebaja de sanción que debe otorgar el juez si aprueba el negocio jurídico.

La rebaja, por límites legales, será hasta del 50% si el convenio se realiza entre la formulación de imputación y antes de la presentación del escrito de acusación (artículo 350-1 y 351-1 del C de P.P.); de la tercera parte si es posterior a la presentación del escrito de acusación y hasta antes del inicio del juicio oral (artículo 352 ídem), o de la sexta parte si es en el juicio oral, pacto éste que debe ser expresado cuando se conceda la palabra al procesado para que se declare inocente o culpable (artículo 358 ibídem).

El acuerdo abarca no solamente la pena privativa de la libertad, también otros con consecuencias como la multa, las penas accesorias y los sustitutos o subrogados penales.

En este caso el juez deberá condenar por el delito aceptado por el procesado, que se reitera, no es otro que el formulado en la audiencia de imputación por la fiscalía o en la audiencia de formulación de acusación, según el caso.

4.2. Preacuerdo con degradación.

Hay preacuerdo con degradación cuando el indiciado o procesado se declara "culpable del delito imputado" o de "uno relacionado de pena menor", a "cambio" que se elimine una causal de agravación punitiva o un cargo específico.

Esta forma de preacordar está fijada en el inciso segundo y el numeral primero del artículo 350 ídem, con las siguientes expresiones: "el imputado se declarara culpable del delito imputado" o de "uno relacionado de pena menor"; si esta condición ocurre se genera como consecuencia el beneficio, pues se establece seguidamente "a cambio", autorizándose que el fiscal "1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico".

El precepto que regula el preacuerdo con degradación, en el inciso de marras, solamente admite que el incriminado se declare responsable por el "delito imputado" o de uno relacionado de pena menor" y esta adecuación en cualquiera de esos casos no puede apartarse de la estricta tipicidad porque así se dispuso en la sentencia C 1260 de 2005 y no puede darse un entendimiento diferente al ya fijado en dicha sentencia de la Corte Constitucional.

El numeral primero alude a la eliminación de una agravante o un cargo específico, dos supuestos a los que haremos referencia seguidamente.

Las lecturas que la jurisprudencia ha hecho del susodicho numeral presentan el texto legal con el siguiente alcance: i) que se debe declarar la responsabilidad por el delito acordado, que resulte luego de eliminar un cargo específico o una agravante; ii) que la condena o la culpabilidad debe corresponder al delito imputado y cometido, pero imponiéndose la pena que surja al disminuir el monto que represente una agravante o un cargo atribuido.

Se parte de la regla que establece el inciso 1° del artículo 350 del C de P.P., que el Fiscal y el procesado aceptan que éste último se declara culpable del delito o los ilícitos que se le atribuyeron en la audiencia preliminar o uno

relacionado de pena menor porque es la calificación que corresponde a los hechos, o en su caso y de haber ocurrido, por el o los reatos señalados en la audiencia en la que se adicionó los formulados en la imputación, en otros términos, "el imputado se declarará culpable" del delito imputado o relacionado que resulte de la estricta tipicidad del caso.

El inciso segundo del artículo 350 del C de P.P., dada su construcción, en los preacuerdos le da el carácter de presupuesto al hecho que el indiciado o procesado admita culpabilidad ("se declarará culpable") por el "delito imputado", pues, solamente después de este anuncio que hace el legislador es que señala el beneficio, al expresar "a cambio de que el Fiscal".

Así las cosas, la aceptación de responsabilidad es presupuesto del beneficio que puede otorgarse, esto es, que sin declararse culpable del delito (s) atribuido por la Fiscalía en la imputación o acusación no se puede obtener el premio, éste está en el monto de sanción que corresponda a una causal de agravación punitiva, o algún "cargo específico".

No cabe duda, que el legislador exige que en el preacuerdo degradado el procesado debe aceptar la culpabilidad por el delito imputado o relacionado, que no puede ser otro que el cometido, tiene que obedecer a los hechos demostrados y a su adecuación típica (legalidad y estricta tipicidad).

Registrada la situación en los términos explicados en el párrafo anterior, en el preacuerdo debe consignarse luego el beneficio, la disminución de la pena calculada en los términos ya indicados para cuando se acude a alguno de los supuestos del numeral 1ª del artículo 350 del C de P.P.

En párrafos anteriores se han ofrecido las razones por las que no hay lugar a modificar la estricta tipicidad que corresponde a los hechos juzgados en los preacuerdos, por tanto el beneficio que resulta del negocio jurídico en la modalidad de eliminación de una agravante no conlleva la modificación de la responsabilidad penal y representa exclusamente la deducción de lo que equivale punitivamente en la tasación de la pena los conceptos referidos de eliminar una agravante o cargo especifico.

La circunstancia que facilita la degradación punitiva equivale a una fracción de la sanción por una circunstancia fáctica, personal, modal, de tiempo, lugar o cantidad, grado de participación o forma de culpabilidad que incide en la pena, tal sería el caso en el que al responsable por un hurto agravado se le responsabiliza de éste pero se le impone la pena de un hurto simple, o al autor culpable se le sanciona con la pena del cómplice, o al que ejecuta conducta dolosa se le tasa la prisión y las penas accesorias conforme a la modalidad culposa, cuando la naturaleza del reato típicamente lo admite, entre otras eventualidades.

Cuando el negocio jurídico consiste en la eliminación de un cargo, se parte de la base que se acepta culpabilidad por los reatos que fueron registrados en la audiencia de imputación o en la acusación, la eliminación únicamente afecta la imposición de la pena, hay que repetir hasta la saciedad que a través de los preacuerdos no se puede renunciar al ejercicio de la acción pernal, como se explicó anteriormente.

*El juez deberá condenar por el delito imputado, el texto legal así lo indica, "el imputado **se declarará culpable** del delito **imputado**", o el relacionado que corresponda a la estricta tipicidad, pero se debe imponer por razón del preacuerdo la pena que corresponda al cambio aceptado por la fiscalía, la que equivalga a una agravante o cargo específico, que es representativa de una degradación.*

4.3. Preacuerdo con readecuación típica.

Esta modalidad de negociación está prevista en el inciso segundo del artículo 350 del C.P.

La norma pareciera que debe entenderse como si la ilicitud por la que acepta responsabilidad el procesado no es exactamente la misma que se le atribuyó en la imputación conforme a la estricta tipicidad, sino una que no puede ser sustancialmente diferente o ajena al núcleo fáctico (como mutar una imputación de homicidio por hurto), tiene que estar necesariamente "relacionada" con el supuesto de hecho esencial o la conducta óntica y que tenga "pena menor" (ante un cargo por tentativa

de homicidio aceptar lesiones personales, o frente a un peculado por apropiación admitir un abuso de confianza calificado), caso en el cual la readecuación consiste en que la acción o la omisión se "tipifique" de "una forma específica con miras a disminuir la pena", lo que supuestamente implicaría una tipicidad básica o especial diferente a la estimada en la imputación.

El juez según el texto legal examinado debe condenar por el delito que corresponda a la tipicidad readecuada y no por la imputada o acusada, pues se indica que "el imputado se declarará culpable..., de uno relacionado de pena menor", debiendo imponer la pena que corresponde a la ilicitud acordada.

La solución, que el imputado se declare culpable del delito "relacionado de pena menor", por las razones ofrecidas en los acápites anteriores, no debe ser de recibo y la redacción de la disposición demanda de la jurisprudencia una precisión sistemática y armónica con el mecanismo del preacuerdo y con el orden jurídico, para que no se afecten garantías de la víctima, ni los fines específicos de la institución en examen.

Gramaticalmente el legislador con la redacción del inciso 2° del artículo 350 del C.P.P. pareciera que autoriza condenar por un delito negociado y no por el reato cometido, ese entendimiento no debe ser aceptado, pues ello implica modificar la responsabilidad del delito ejecutado, lo que es imposible en cualquier preacuerdo, porque con ello se afecta el debido proceso, los principios de tipicidad, las garantías de verdad, justicia y reparación, la justicia material y el precedente jurisprudencia de carácter constitucional vigente.

La sentencia C-1260 de 2005, solamente permite al fiscal ajustar la conducta a la estricta tipicidad que le corresponde, por tanto no puede dicho funcionario cambiar la modalidad delictiva consumada para readecuarla por una de menor gravedad, porque esta última raya con la susodicha sentencia que es de obligatorio acatamiento conforme al artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

El delito relacionado lo condicionó la sentencia C-1260 de 2005 a que se ajuste a la estricta tipicidad o a la calificación jurídica que le corresponda a los hechos.

Para el preacuerdo con readecuación típica, debe decirse que el inciso segundo del artículo 350 del C de P.P., al referirse a las formas de aceptación de responsabilidad por el delito imputado o aceptación de culpabilidad por el delito preacordado típicamente, indica el beneficio con la frase "a cambio de que el fiscal" y enuncia seguidamente las posibilidades i) la eliminación de una agravante o cargo específico y ii) la tipificación de la conducta que implique una pena menor, hipótesis para las cuales ya se explicó que solamente son un mecanismo que debe convertirse en un monto de pena para definir el guaranismo a tener en cuenta para rebajarla.

La redacción del inciso segundo del artículo 350 del C de P.P. pareciera permitir que los supuestos de los numerales 1 y 2 del inciso segundo se pueden aplicar a las dos modalidades de preacuerdo que allí se refieren (preacuerdo con degradación y preacuerdo con readecuación), pero un examen sistemático de este texto con el ordenamiento jurídico, la dogmática penal y sus principios, nos llevan a precisar que la naturaleza del preacuerdo con degradación solo admite el supuesto del numeral segundo del artículo 350 ejusdem.

La expresión "Uno relacionado" de pena menor es solamente el factor de referencia para la conversión a un guaranismo que representa la rebaja de pena a otorgar y no como criterio modificador de la responsabilidad del delito cometido.

4.2.4. Preacuerdo sin rebaja de pena.

El legislador no prohibió le celebración de preacuerdos entre la presentación de la teoría del caso por la Fiscalía y antes de proferirse el anuncio del sentido del fallo.

El legislador limitó los beneficios en los preacuerdos, otorgando el derecho a ellos si se celebran en determinado momento procesal, no fueron

previstos si el negocio jurídico se realiza con posterioridad al inicio del juicio oral pero antes de la presentación del caso en el juicio oral y también los excluyó para determinadas conductas punibles por su gravedad o la condición de la víctima (minoría de edad o femenicidio).

El procesado asesorado por su defensor puede aceptar los cargos formulados en la acusación de manera consensuada con el Fiscal en la fase procesal indicada anteriormente, caso en el cual el legislador no previó beneficio, lo que no obsta para que el negocio jurídico en estas condiciones surta sus efectos, si de tal situación se la ha suficientemente al procesado.

4.2.5. Preacuerdo con culpabilidad preacordada.

El artículo 369 del C.P.P. autoriza al Fiscal a fijar la pretensión punitiva ("no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía" –art. 370 ejusdem-) si se conviene la culpabilidad con la defensa y el procesado, "en los términos previstos en este código", lo que debe hacerse conocer del juez para su aprobación en el inicio del juicio oral.

Las manifestaciones de culpabilidad preacordada deben hacerse conocer antes de que se presente la teoría del caso por la Fiscalía.

El inciso segundo del artículo 367 del C de P.P. otorga una rebaja de pena de la sexta parte si el incriminado unilateralmente acepta culpabilidad. Los textos que integran el capítulo de la instalación del juicio oral no refieren en concreto cuanta pena se debe disminuir como premio por lo que el legislador denomina manifestaciones de culpabilidad preacordada, solo se anuncia que el Fiscal debe expresar la "pretensión punitiva" y que "no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía" (artículos 369 y 370 del C de P.P.).

El irrespeto a las garantías y derechos, de los que se ha dado cuenta en este estudio, sería la razón atendible para que el juez improbara las manifestaciones de culpabilidad preacordada, por lo que su celebración ajustada a derecho le otorga al fiscal la potestad de fijar la punibilidad, en la que ha de tener en cuenta el estado de a actuación, el principio de

legalidad de las penas, la proporcionalidad, el aporte a la justicia, las realización de las finalidades a que se refiere el artículo 348 del C de P.P. " NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

De otra parte, doctrinariamente también se han indicado las modalidades: Preacuerdo sin rebaja de pena, preacuerdo simple, preacuerdo con eliminación de causal de agravación punitiva específica, preacuerdo con eliminación de un cargo específico, preacuerdo con degradación, preacuerdo por readecuación típica o aceptación de un delito "relacionado con pena menor"[3]

Frente a los controles judiciales a esta específica modalidad de preacuerdo que ahora convoca el análisis de la Sala, esto es, que conlleva cambios en la calificación jurídica inicial de la Fiscalía, resultan aplicables como precedentes las sentencias SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional, como las de Casación Penal en los radicados 52227 del 24 de junio de 2020 y 54039 del 19 de agosto de 2020. La sistematización de estos fallos ha permitido trazar una primera línea conceptual, orientada a que se debe distinguir si la figura penal que resulta del convenio tiene una base factual de soporte, o si, al no tenerla, simplemente la referencia a normas penales o institutos jurídicos no aplicables al caso tiene como único propósito establecer el monto del beneficio o rebaja compensatoria que ha de otorgarse en virtud del acuerdo, esto último por no tener relación alguna con el asunto. Esta labor resulta fundamental para establecer las cargas que deben asumir Fiscalía y Defensa

[3] Obra: Preacuerdos y Negociaciones. Nelson Saray Botero y Sonia Patricia Uribe. Ed Leyer. 2017. Páginas 187 a 191

en la presentación del preacuerdo; pero también fija las pautas o límites de competencia del Juez de Conocimiento en los controles aplicables a cada modalidad de pacto.

Dígase entonces que, de manera específica en cuanto a los efectos en el procedimiento penal, es posible identificar un cambio relevante a partir del fallo SU 479 de 2019, con una etapa inicial de discusiones hasta la emisión de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia 52227 y 54039 de 2020 que acogieron varios de los planteamientos de dicho fallo.

Ahora, si bien se conoce que varias fueron las repercusiones, las discusiones en torno a las decisiones antes mencionadas y las razones que se han venido ventilando tanto en escenarios académicos como en las decisiones judiciales, ya que como es sabido los fallos de tutela si bien surten efectos Inter partes crean subreglas que se convierten en precedente de obligatorio acatamiento.

Conforme con lo anterior, proferida la decisión de nuestras Altas Cortes resulta obligatoria su aplicación para los operadores judiciales y como lo señala con la posibilidad de apartarse de tal criterio, pero para ello debe ofrecer la argumentación que permita entender su separación de los derroteros fijados como formas de interpretación de nuestra normatividad. Así se exterioriza en SP1575 del 17 de junio de 2020 radicado 50312:

> "En esa misma línea de pensamiento, la Sala de manera reciente en la decisión CSJ SP953-2020, Rad. 56957, indicó lo siguiente: "La Corte Constitucional ha señalado que la jurisprudencia «fijada por los órganos de cierre se convierte en aplicable de manera

general e inmediata, en sentido horizontal y vertical. A partir de ello, la lectura de la normatividad debe hacerse a la luz de los lineamientos y definiciones establecidas por el tribunal de cierre, sin perjuicio de las reglas establecidas para efectos de que de manera excepcional una autoridad judicial pueda apartarse del precedente judicial" (SU-406/16). También ha precisado que es posible que los órganos de cierre cambien el precedente, siempre y cuando cumplan con la carga argumentativa de demostrar las razones de pesoque justifican dicha modificación, y que "el cambio de una determinada posición jurisprudencial por el respectivo órgano de cierre, implica una modificación en la interpretación jurídica, es decir, del contenido normativo de determinada disposición y que, en atención al carácter vinculante general e inmediato del precedente, determina la aplicación judicial -en el orden horizontal y vertical- del derecho sustancial o procesal, según sea el caso"

En lo tocante con las oportunidades para que el procesado manifieste directamente ante el juez, por decisión unilateral, su voluntad de allanarse a los cargos, se encuentran taxativamente señaladas en la Ley 906 de 2004: (i) en la audiencia de formulación de imputación (artículo 351); (ii) en la audiencia preparatoria (artículo 356, numeral 5°); y (iii) al inicio del juicio oral (artículo 367, inciso 2). Dependiendo de esos tres momentos, la rebaja progresiva que comporta el allanamiento a cargos es (i) hasta la mitad, (ii) hasta 1/3 parte, y (iii) de 1/6 parte. Lo anterior es así, tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[4]:

De la lectura de los artículos 288, 351 y 356 de la Ley 906 de 2004 emerge con claridad que el porcentaje de disminución de la sanción penal en los casos en que el imputado acepte los cargos, no corresponde a una rebaja fija sino progresiva dependiendo del estadio procesal en que se realice. Así, si el allanamiento ocurre en la audiencia de formulación de imputación, la rebaja será hasta de la mitad; ***en el evento que la aceptación se produzca desde el momento de la presentación del escrito de acusación hasta la audiencia preparatoria será de hasta la tercera parte****.*

Ahora si la aceptación de cargos se produce al inicio del juicio oral cuando el procesado sea interrogado sobre su responsabilidad, la

[4] CSJ SP, 6 feb. 2019, rad. 52852

rebaja que contempla la ley sí corresponde a un monto fijo que es de la sexta parte.

La jurisprudencia de la Sala[5] ha indicado que la aceptación de cargos en la audiencia de formulación de imputación no comporta en forma automática la rebaja de la mitad de la pena. Dicho de otro modo, el reconocimiento del 50% como cantidad única, fija e inamovible de rebaja no está prevista como imperativo legal sino como potestad reglada del juzgador a quien le corresponde decidir si otorga dicha cantidad o si dadas las particularidades del caso, el procesado es merecedor de un porcentaje inferior.

El porcentaje de la rebaja de pena por aceptación de los cargos que ha de aplicar el juez, debe ser el resultado de la ponderación de circunstancias como a modo de ejemplo son: la oportunidad en que ocurrió; el grado o aporte al esclarecimiento de la verdad favoreciendo un ahorro de la actividad investigativa de la fiscalía; la contribución en la identificación de otros partícipes o de otras conductas punibles, la reparación a las víctimas o el reintegro de lo ilícitamente apropiado.

Tal rebaja solamente deviene legal en la medida en que la cantidad del alivio se calcule según "la fase procesal en que ese convenio se presente".

Ello unido a que existen situaciones de ocurrencia del delito que ofrecen mayor claridad como la flagrancia y la necesidad de proteger bienes jurídicos especiales, donde el legislador penal ha limitado con drasticidad la rebaja de la pena cuando opera la aceptación de cargos sea por vía de allanamiento o de preacuerdo.

Debe esta Corporación indicar que, es la ley 1453 de 2011 en su artículo 57 que determinó que la rebaja de pena cuando se presentaba la captura en flagrancia sea menor, norma que tuvo la revisión de constitucional por la Corte Constitucional y mediante sentencias 645 de 2012 y 240 de 2014 fue encontrada ajustada a la normatividad.

[5] CSJ, 7 feb 2007, rad. 26448; 1 nov 2007, rad. 28384; 2 dic 2008, rad. 30684

El artículo 301 del código de procedimiento penal nos define las situaciones que deben considerarse como captura en flagrancia con la Ley citada se introduce un parágrafo que indica: La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, es el mismo legislador penal quien en su potestad de configuración en tal materia quien establece cómo deben operar las rebajas de pena cuando se está ante un caso de flagrancia, cantidad de rebaja que comprende todos los momentos procesales en que procede la aceptación de cargos.

Sobre este tópico recordemos la sentencia C-645 de 2012 emanada por la Corte Constitucional, que generó la modificación realizada al parágrafo del Artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, con estos argumentos:

> "La Corte Constitucional entonces declara exequible el parágrafo 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. Al respecto, es imperativo resaltar que la aplicación en sentido amplio de la norma demandada, respete los parámetros originalmente establecidos en la Ley 906 de 2004, cuando la terminación anticipada del proceso ocurra en una etapa distinta a la formulación de la imputación, y reconozca el margen que le es propio tanto a la Fiscalía para poder negociar, como al juez para fijar discrecional pero razonadamente la pena acorde con la efectividad que para la investigación y la economía procesal brinde el imputado o acusado"

Y en otro de sus párrafos la providencia concretó los porcentajes de diminución punitiva acorde al estadio procesal, puntualizando que deben ser aplicados también a la suscripción de preacuerdos:

> "De ese modo, en la decisión de julio 11 de 2012, la Sala de Casación Penal explicó la forma como deben realizarse las rebajas punitivas por aceptación de cargos: ¨Conforme con lo anterior, la persona que haya sido capturada en flagrancia tendrá derecho a las siguientes rebajas de penas progresivas según el momento en que se allane a los cargos formulados:
>
> Rebajas punitivas por aceptación de cargos.

Audiencia de formulación Art. 351	Rebaja original ½ (50%)	Rebaja actual 12.5 % (1/4 de la mitad)
Audiencia preparatoria de juicio oral. Art. 365 N° 5	1/3 (33.3%)	8.33 % (1/4 parte de la tercera)
Audiencia juicio oral Art. 367	1/6 (16.6%)	4.16 (1/4 parte de la sexta)

> A continuación, tratándose de la forma de presentarse la rebaja de penas en caso de preacuerdos y negociaciones, en el fallo citado se indicó:
>
> En lo atinente a los preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación, dado que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 prevé una rebaja de la pena imponible en una tercera parte, ésta quedará únicamente en un 8.33 por ciento, conforme a la operación aritmética hecha en precedencia.
>
> Y en lo que atañe a los preacuerdos celebrados antes de la presentación del escrito de acusación, la rebaja de pena no podrá exceder del 12.5%, que es la cuarta parte de la mitad. Huelga señalar que dichas rebajas se harán efectivas luego de individualizarse la respectiva sanción¨.

Queda claro que cuando se está ante la figura de la flagrancia los montos de la rebaja no pueden ser iguales a los procesos donde no opera este fenómeno y el ente investigador ha debido desplegar un mayor esfuerzo por identificar al autor del comportamiento, para los eventos de flagrancia las pesquisas

tendientes a determinar al autor o participes resulta más fácil por ende quiso el legislador que ante dicha evidencia la rebaja no sea significativa.

Tal criterio de la Corte Constitucional no es aislado, sino convergente con el pensamiento pacífico de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal. Se puede citar otro extracto jurisprudencial, que resume en esencia la posición ya claramente decantada por esta Magistratura en el presente pronunciamiento y en decisiones anteriores[6], de conformidad con el cual tratándose de consensos en los que las partes procesales pactan una negociación sin base factual, a cambio de la llana aceptación de responsabilidad por parte del encartado con los fines exclusivos de baja punitiva, se debe respetar los topes establecidos por el legislador para la degradación punitiva acorde con específico escenario en que se halle el proceso; veamos:

> "Dentro de las modalidades de preacuerdo, contempladas en el Libro III, Título II, Capítulo Único del Código de Procedimiento Penal de 2004, una es la que modula el delito imputado o por el cual se acusa, y otra la que ofrece al incriminado una rebaja de pena por aceptación de responsabilidad en la conducta endilgada. Por consiguiente, si el pacto se hace sobre la base de la aceptación de los cargos formulados en la imputación y la negociación se concreta en la cantidad de pena a imponer, habrá de examinarse el momento en el que ese convenio tuvo lugar para efectos de hacer la rebaja de pena, ya sea conforme a los parámetros del primer inciso del artículo 351 o del 352 ibídem. En estos eventos, si la captura fue en flagrancia, es claro que la rebaja deberá observar los límites allí previstos, de cara a lo demarcado en el parágrafo del precepto 301 de la Ley 906 de 2004, con la modificación del 57 de la Ley 1453 de 2011[7].

[6] Auto del 12 de noviembre de 2021, aprobado según acta N° 100; Auto del 2 de marzo de 2022, aprobado según acta N° 019; Auto del 11 de noviembre de 2022, aprobado según acta del 11 de noviembre de 2022.
[7]Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, M.P. Margarita Cabello Blanco, STC15059-2017 Radicación N.° 11001-02-04-000-2017-01126-01, 21 de septiembre de 2017, en igual se sentido la sentencia del M.P. José Luís Barceló Camacho, Radicación N° 47588, 20 de septiembre de 2016.

Asimismo, en punto de **esas concesiones vía preacuerdo** como esencia de la denominada justicia premial, dejó claro el Alto Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria que las mismas **no pueden ser desproporcionadas, y esa proporción precisamente, está delimitada, entre otras circunstancias**, **por el momento procesal** en el que se realiza el preacuerdo[8]:

> *"…La Sala, con criterio mayoritario, en la providencia a la que se ha hecho referencia (52.227), al referirse al beneficio punitivo que la Fiscalía debe otorgar en lo preacuerdos por la aceptación de responsabilidad del procesado por el delito cometido**, señaló que debe ser proporcional, esto es, no debe conceder descuentos desmesurados, para ello, se debe tener en cuenta el momento procesal en el que se hace la negociación por las partes, de tal forma que la gracia por readecuación típica, la eliminación de una agravante o la consideración de una disminuyente de punibilidad, no puede resultar superior a ese máximo que se permite dado el estado del proceso en que se hace la negación, pues se haría desproporcionado**…"*
> NEGRILLAS Y SUBRAYAS NUESTRAS

A manera de recuento diremos entonces que a pesar de la discrecionalidad con la que cuenta la Fiscalía para suscribir acuerdos con el imputado o acusado, dicho ente instructor deberá someterse sin excusa a los parámetros legales establecidos para el efecto. Que si acaso se optó por negociar la manera como se participó en el reato, esto es, degradar de autor a cómplice, a cambio de la aceptación de cargos, cuandoquiera que el asunto penal revele la ocurrencia del estado de flagrancia delictual, los montos de pena pasibles de negociar dependerán del momento procesal en que transite la actuación.

[8] CSJ SP4225-2020, rad. 51478.

Bajo este marco normativo y jurisprudencial resulta claro que el instituto de los preacuerdos no puede ser usado para llegar a desbordados descuentos punitivos o entregar doble beneficio producto de un apartamiento de los fácticos establecidos con el cuestionamiento siguiente ante infundadas rebajas.

Del presente caso, tenemos claro que como consecuencia de este de "**preacuerdo simple",** debe la Sala dedicar sus esfuerzos a establecer si realmente la Fiscalía ha acompañado al pacto evidencias físicas, elementos materiales de prueba u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004 - mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad-, direccionado a salvaguardar la irrenunciable garantía fundamental de presunción de inocencia del procesado.

De esta forma, se ha de constatar que el beneficio otorgado no sea excesivo o desproporcionado, a efecto que no sea contrario a la necesidad de aprestigiar la administración de justicia o de los demás principios y finalidades que rigen las terminaciones abreviadas del proceso, como también que no se esconda en el acuerdo beneficios ilegales o expresamente prohibidos.

Para el caso que nos atañe, partimos de la base incuestionable que el señor Juan Carlos Quiroz Ossa fue capturado en situación de flagrancia delictual, en la vereda la Piedra del municipio de Santa Rosa de Osos, Antioquia por parte de funcionarios

uniformados de la Policía Nacional, cuando le solicitaron un registro personal y en ejecución de este, le hallan dentro de un bolso gris marca Tule, un arma de fuego tipo revolver color cromado, y seis cartuchos calibre 38 Indumil Special, así mismo, una arma traumática tipo pistola RETAY MOD 92, color negro calibre 9 mm P.A.K,, un proveedor metálico para ésta y nueve cartuchos traumáticos calibre 9 mm; elementos en buen estado de conservación y aptos para producir disparos.

Para la Magistratura, los elementos de convicción aportados por la Fiscalía como apoyo del pacto de responsabilidad al que llegó con la defensa de los procesados, constituyen una base probatoria eficaz que permite establecer la inferencia razonable de autoría y participación que se requiere para la validación de un preacuerdo, ya que supera el estándar mínimo de conocimiento previsto en el artículo 327 del Código Adjetivo Penal, frente al delito que fue objeto de imputación.

Acorde con las características que posee uno de los elementos incautados, esto es, el arma de fuego tipo revolver, conforme lo consignado en el estudio Hoplológico[9], es claro que el citado artefacto se aviene con las denominadas Armas de Defensa Personal, según lo establecido en el artículo 11 literal a) del Decreto 2535 de 1993[10].

[9] Ver pagina 39 y ss del archivo denominado: 014Elementos materiales.pdf" de la carpeta C01PrimeraInstancia del expediente electrónico

[10] Decreto 2535 de 2003: **Artículo 11: ARMAS DE DEFENSA PERSONAL.** Son aquellas diseñadas para defensa individual a corta distancia. Se clasifican en esta categoría:
a) Revólveres y pistolas que reúnan la totalidad de las siguientes características:
- Calibre máximo 9.652mm. (.38 pulgadas).
- Longitud máxima de cañón 15.24 cm. (6 pulgadas).
- En pistolas, funcionamiento por repetición o semiautomática.
- Capacidad en el proveedor de la pistola no superior a 9 cartuchos, a excepción de las que originalmente sean de calibre 22, caso en el cual se amplía a 10 cartuchos.

En lo que toca con el elemento normativo consignado en la disposición violentada, para efectos de perfeccionar la ilicitud, se sabe que para portar o tener un arma de fuego, los particulares deben contar con el permiso expedido con base en la potestad discrecional de las autoridades competentes, no obstante, en este caso el procesado carecía del citado salvoconducto, circunstancia más que suficiente para perfeccionar el tipo penal que le fue imputado.

La antijuridicidad material de la ilicitud en trato, surge expedita de considerar cómo la capacidad dañina de este tipo de instrumentos, genera un riesgo potencial para los asociados, dada la variedad de ilicitudes que -prevalidos del mismo- se pueden ejecutar. En esta medida resulta evidente el peligro que corre la seguridad pública, así como otros bienes jurídicos, cuando, sin conocerse el origen del arma o la manera en que fraudulentamente llegó a manos del acusado, dicho artefacto se constituye en un medio para perpetrar cualquier conducta punible que atente contra la vida y la integridad física de los ciudadanos.

En lo que concierne a la autoría material y la consecuente responsabilidad penal pregonable del procesado, en la foliatura se reporta suficiente, para los efectos del instituto de los preacuerdos y negociaciones, lo informado por los agentes captores, que dieron cuenta de la situación de flagrancia en que se sorprendió al señor Juan Carlos Quiroz Ossa portando en vía pública un arma de fuego, desarrollando así el verbo rector que nutre la conducta punible objeto de estudio, es decir

portar; tal y como lo precisó la fiscalía en sede de las audiencias preliminares.

Superado el primer requisito exigido por la jurisprudencia[11] para la aprobación del preacuerdo, solo resta constatar que la rebaja punitiva pactada no resulte exorbitante o excesiva; que sea de aquellos beneficios no prohibidos por la ley; que no esconda la concesión de beneficios múltiples; que atienda los principios legales que orientan esta modalidad de terminación anticipada del proceso, basada en el consenso; que se aclare si el acuerdo abarca algún subrogado, sustituto punitivo o cualquier situación relevante sobre la forma de ejecución de la pena; y en definitiva que se salvaguarden los derechos del procesado y de la víctima.

Necesario es advertir que frente al punible legalmente imputado, atentatorio de la seguridad pública de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, no existe norma sustantiva o procesal del ordenamiento jurídico que prohíba la celebración de pactos para la terminación anticipada del trámite, como que anule o limite la concesión de los beneficios jurídicos para los procesados que aceptan responsabilidad y renuncian al juicio. A la par, no se avizora conculcación de garantías al procesado comprometido en el pacto, ni aparecen víctimas reconocidas en el trámite, cuyos derechos haya la necesidad de proteger de manera directa.

[11] Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de agosto de 2020. MP. Patricia Salazar Cuéllar

Ahora bien, **para establecer la proporcionalidad y racionalidad del acuerdo de rebaja punitiva, que se concretó en el pacto de rebajar una 1/3 parte de la pena fijando la misma en seis (6) años de prisión,** por el delito atribuido por la Fiscalía y admitido por el procesado, resulta menester precisar que nos encontramos ante un evento en el cual el preacuerdo se ha presentado antes de que se hubiera formulado debidamente la acusación.

Como quiera que las partes han convenido la aplicación de las penas mínimas del marco legal, lo cual es posible porque al tenor del inciso final del artículo 61 del Código Penal "*El sistema de cuarto no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos entre la Fiscalía y la Defensa*".

En esa dimensión, anotado lo anterior y que la actuación reporta la ocurrencia de la captura en flagrancia del señor Juan Carlos Quiroz Ossa, el porcentaje de la disminución de la sanción jurídicamente posible de convenir no podía superar el 12.5%, lo que no ocurrió en el presente caso, pues al pactarse la rebaja punitiva, aquella se pactó en un 33,3%, de suerte que por ser claramente violatorio en este aspecto del principio de legalidad de la sanción (artículo 29 de la Constitución Nacional), como quiera que, a través de un preacuerdo no puede entregarse rebajas desbordadas por cuanto atentan contra el aprestigiamiento de la administración de justicia y al no ajustarse a los criterios establecidos por la jurisprudencia nacional hoy aplicables el remedio es la improbación del mismo, tal como .

Sin desdibujar la esencia de la justicia premial, también debe decirse que una de sus notas es entregar tratamientos punitivos menos severos conforme el ahorro del tiempo y el esfuerzo del Estado en la persecución del delito y la contribución del procesado en la solución del caso, esto es, la reducción de pena se soporta entre uno de sus baluartes en el mérito procesal. No quiere decirse con esto que la pena deba ser alta o siempre mayor, sino que es perentorio que se llegue a un punto medio o de equilibrio donde el beneficio guarde una cierta correspondencia con el aporte y ahorro del esfuerzo jurisdiccional. Es así que dicha proporcionalidad no se obtiene cuando las rebajas concedidas se entregan obviando la existencia de investigaciones en las que se encuentran supremamente decantados los aspectos que interesan a la persecución penal.

En suma, por las cuestiones anotadas, para la entidad tribunalicia la atenuación punitiva y la pena final pactada no se exhiben proporcionales, porque las cantidades cuantitativamente relucen inferiores, porque no se tiene en cuenta la flagrancia y porque no son conformes con el desarrollo estatal dado al asunto, y siendo que la decisión recurrida procura salvaguardar la expresión del debido proceso y principio de legalidad respecto del preacuerdo sometido a consideración, lo propio será confirmar en su integridad el auto recurrido, y devolver la actuación para que continúe el trámite correspondiente.

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

8. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos (Antioquia), durante la audiencia de verificación de preacuerdo, llevada a cabo el 08 de junio de 2023, en la que se improbó el preacuerdo celebrado entre las partes.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica por estrados y contra ella procede no procede recurso alguno.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA

(con Salvamento de voto)
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
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: **8d4e55ce6b4ccbc0d604060b45152e84c35e81971b50af3f6eac9f92630fe938**
Documento generado en 09/10/2023 06:06:42 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 parcial de voto: **Magistrada María Stella Jara Gutiérrez**

Radicación: 05 686 60 00347 2022 00230 (20221032-2)
Procedencia: Juzgado 3º Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia
Procesado: JUAN CARLOS QUIRÓZ OSSA
Delito: Porte ilegal de arma de fuego

Con el mayor respeto, la suscrita magistrada expone las razones que la llevan a salvar el voto respecto de la decisión de la Sala mayoritaria.

En el presente asunto las partes celebraron un preacuerdo del siguiente tenor: El procesado Juan Carlos Quiroz Ossa aceptó cargos en calidad de autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones —artículo 365 del código penal-, a cambio la fiscalía le otorgó una rebaja de la 1/3 parte de la pena de prisión prevista para este punible, pero partiendo del mínimo; así, pactaron como pena a imponer seis (6) años de prisión.

Tanto el juzgado de primera instancia como la Sala Mayoritaria consideran que la negociación debe improbarse, principalmente en tanto la captura del procesado ocurrió en flagrancia, en razón a ello la rebaja de pena no puede ser superior a ¼ del beneficio, según las previsiones del parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004.

En mi sentir, el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 no conjuga con la justicia premial que caracteriza al sistema de enjuiciamiento de 2004 y deja sin fundamento de política criminal el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, esto es, desconoce que el proceso penal diseñado por la Ley 906 de 2004 atañe 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 característica 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, colaborare eficazmente con las autoridades en el esclarecimientos 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, la rebaja punitiva por allanamiento a cargos o celebración de un preacuerdo está definida 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 del 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 en una tercera parte hasta 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 ½ 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 inicialmente previstas en la Ley 599 de 2000, hubiese llevado a la imposición de condenas excesivamente leves, lo cual pondría en peligro principios para la organización social.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-108 de 2017, sobre el análisis 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 el 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****."*(Negrillas fuera del texto).

De lo anterior deviene que las exiguas reducciones de pena resultantes de la aplicación del parágrafo del aludido artículo 301 para los procesados capturados en flagrancia que decidan aceptar cargos en las diferentes etapas del proceso desconoce los beneficios de la justicia premial, de la que se indicó eran excesivamente generosas y por esa razón las penas de la parte especial del código penal debían ser incrementadas, con el fin de armonizar el procedimiento penal con las normas sustantivas penales, en tanto las sanciones penales a imponer se volverían exorbitantemente leves.

De esta manera, como lo indicó la Corte Suprema de Justicia, con respecto al 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, tal como lo ha venido señalando respecto de la prohibición prevista en el artículo 26 de la ley 1121 de 2006, pues en estos caso, dice la Alta Corporación, no se debe tener en cuenta ese artículo 14 porque se desconocerían las bases del sistema premial que fundamenta la Ley 906 de 2004. Véase, entre otros, los radicados: 44281, 41657,42071 y 41994 de 2017; 58899 y 59434 de 2022 y 61382 y 61109 de 2023.

Corolario de lo anterior, considero que en el caso en particular el procesado debe ser beneficiado con esta medida, es decir, la de retirar el incremento de las penas de la 1/3 parte a la ½ de que trata el art. 14 de la Ley 890 de 2004 y como el beneficio pactado en la 1/3 parte de la pena mínima la pena sería idéntica a la pactada, esto es, seis (6) años o setenta y dos (72) meses de prisión.

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: **535604e3a4f55053df6f7e6f33ffc48769699fbf905386acdb5f2d5a3d93ace0**
Documento generado en 12/10/2023 04:53:53 PM

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