

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



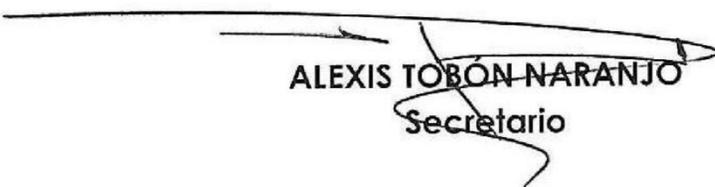
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 076

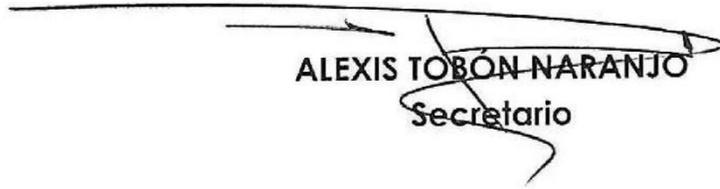
La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del párrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2021-0607-2	Tutela 2° instancia	HERNÁN DARÍO RESTREPO ZULUAGA	NUEVA EPS y otros	Declara NULIDAD	Mayo 11 de 2021
2021-0183-2	Sentencia 2° instancia	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego	ALEXANDER ANTONIO HOLGUÍN AREIZA	Confirma fallo de 1° instancia	Mayo 11 de 2021
2020-0934-2	Sentencia 2° instancia	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego	JOSÉ ALBERTO RODRIGUEZ ESCOBAR	Confirma fallo de 1° instancia	Mayo 11 de 2021
2021-0571-3	Tutela 2° instancia	Luz Marina Gomina de Mejía	COLPENSIONES	Modifica fallo de 1° instancia	Mayo 10 de 2021
2021-0519-3	Tutela 2° instancia	José Luis Tabares Ramírez	NUEVA EPS y otros	Modifica fallo de 1° instancia	Mayo 10 de 2021
2021-0645-3	Tutela 1° instancia	Miguel Ángel Durango Rodríguez	Juzgado 2° de E.P.M.S. de El Santuario Ant, y otros	Niega por improcedente	Mayo 10 de 2021
2021-0520-3	Tutela 2° instancia	Carlos Enrique Zapata García	COLPENSIONES	Modifica fallo de 1° instancia	Mayo 11 de 2021
2021-0651-5	Tutela 1° instancia	: Oscar Eduardo Rojas Rodríguez	Juzgado 1° de E.P.M.S. de El Santuario Ant, y otros	Niega por hecho superado	Mayo 11 de 2021
2021-0581-5	Tutela 2° instancia	Gildardo de Jesús Franco Franco	COLPENSIONES	Revoca fallo de 1° instancia	Mayo 10 de 2021
2021-0553-6	Tutela 2° instancia	Maria Mariela Gallego Marín	UNIDAD ESPECIAL PARA LA ATENCION A LAS VICTIMAS	Revoca fallo de 1° instancia	Mayo 11 de 2021
2021-0531-6	Sentencia 2° instancia	violencia intrafamiliar	Linda Vanessa Restrepo Rincón	Confirma fallo de 1° instancia	Mayo 11 de 2021

FIJADO, HOY 12 DE MAYO DE 2021, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL



1

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Ref.: Acción de tutela de 2ª instancia **No. 011**
Radicado: 056153104003202100020
No. Interno: 2021-0607-2
Accionante: HERNÁN DARÍO RESTREPO ZULUAGA
Accionadas: NUEVA EPS y EPS SURA
Asunto: SE DECRETA NULIDAD

Medellín, once (11) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado en sesión de la fecha según acta No.039

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver recurso de apelación interpuesto por el señor HERNÁN DARÍO RESTREPO ZULUAGA, contra el fallo de tutela proferido el 24 de marzo de 2021, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia, por medio del cual solicita que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, petición

2. DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

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.

Indicó el accionante el señor HERNÁN DARÍO RESTREPO ZULUAGA que el día 10 de diciembre de 2020, su esposa ANA MARÍA SÁNCHEZ BETANCUR, realizó una llamada a la EPS SURA con la finalidad de trasladar su afiliación de la NUEVA EPS a la EPS SURA, comunicándose con la asesora MARIA JULIANA ARAQUE JARAMILLO.

Refiere el accionante que, su esposa le indicó a la asesora que solamente deseaba realizar el traslado de su afiliación, no el de su núcleo familiar, ya que su esposo, hoy accionante, tenía pendiente una cirugía de rodilla y además se encontraba incapacitado hace aproximadamente 09 meses. Sin embargo, por un error de la asesora, el traslado también incluyó al accionante y pese a que trataron de reversar el traslado ello no fue posible.

Aduce que, para el día 16 de febrero de 2021 tenía programado una cirugía de prótesis total de rodilla derecha y el día 15 de febrero a las 11:00 recibe una llamada cancelando la cirugía, ya que aparecía en SURA EPS y no en la NUEVA EPS, destacando que a él nunca le consultaron en qué EPS quería estar, y si bien esta en el mismo núcleo familiar, su esposa como independiente y el accionante como dependiente, nunca se le consultó, ni fue su lugar de trabajo el que solicitó el traslado.

Finalmente advierte que, el día 13 de enero realizó derecho de petición a la NUEVA EPS, con copia al MINISTERIO DE SALUD, a la EPS SURA y a la SUPERSALUD, manifestando lo hechos narrados en la presente acción y solicitando permanecer en la NUEVA EPS, a fin de continuar con los trámites de salud que ya tenía adelantados.

DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro- Antioquia, mediante fallo del 24 de marzo de 2021, declaró improcedente la tutela interpuesta por el señor HERNÁN DARÍO RESTREPO ZULUAGA bajo el siguiente argumento:

“PRIMERO: DECLARAR improcedente la acción constitucional interpuesta por el señor HERNAN DARIO RESTREPO ZULUAGA, en

contra de la NUEVA EPS y la EPS SUR, al vislumbrarse la inexistencia de vulneración, conforme a lo expuesto a la parte motiva de esta providencia (...)."

3. DE LA APELACIÓN Y SU SUSTENTO

El señor HERNÁN DARÍO RESTREPO ZULUAGA, accionante de esta herramienta constitucional, al estar en desacuerdo con la decisión de primera instancia, interpone el recurso de apelación y lo sustenta en los siguientes términos:

Reitera el accionante su descontento con el traslado a la EPS SURA, ello por cuanto lo informado a su esposa por parte de la asesora de la EPS SURA no lo incluía en la solicitud de traslado que ella elevó, en el entendido que tenía pendiente una cirugía, pero la misma fue cancelada por el retiro de la EPS, aclarando que, su esposa solo solicitó asesoría, no el cambio de EPS, aunado al hecho de que no le fue consultado si quería trasladarse de EPS.

Recalca que, el correo electrónico utilizado es el que aparece en la página, y el mismo no rebotó, así mismo que el día 11 de marzo no obtuvo respuesta por parte de la EPS.

Con fundamento en lo anterior, solicita que se revoque el fallo emitido en primera instancia.

4. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACIÓN

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

Ahora bien, de cara a lo informado por el accionante en su escrito de tutela, cuando hace alusión a la respuesta brindada por el **Ministerio de Salud**, en la que le informan la imposibilidad de retractar o cancelar el traslado, al haberlo realizado el usuario de manera libre y voluntaria y, de lo anunciado por la NUEVA EPS, en la respuesta al presente amparo, en la que señala que el traslado a la EPS SURA se hizo mediante el proceso SAT, esto es, a través de aplicativo “mi seguridad social”, plataforma administrada por el **Ministerio De Salud**, afirmación refrendada en la respuesta brindada por la EPS SURA; Se hace necesario integrar al contradictorio con el Ministerio de Salud, la razón, el traslado de EPS, se hizo a través de la plataforma SAT -sistema de afiliación transaccional-administrado por esta entidad.

De igual modo, es pertinente acotar que, en el presente amparo no solo discute el traslado del accionante a la EPS SURA, también, **la ausencia de respuesta a una petición** que con ocasión del traslado, hizo el accionante en conjunto con su esposa **el día 13 de enero del año que avanza**, a la que, indicó el señor Restrepo Zuluaga, también le dio traslado al **MINISTERIO DE SALUD** y a la **SUPERINTENDENCIA DE SALUD**, de suerte que, se requiere la integración por pasiva de estas dos entidades, en tanto pueden verse afectadas con la resultados del presente proceso constitucional.

Sobre este tópico, la Corte Constitucional en auto 036 de 2017, señaló:

“El rito procesal de la acción de tutela se encuentra establecido en los Decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000, 306 de 1992 y 1834 de 2015. Ello significa que a pesar de la informalidad de la acción de tutela, no puede desconocerse el principio del debido proceso que debe irradiar todas las actuaciones judiciales y administrativas, en los términos descritos por el artículo 29 superior. De ahí la necesidad de integrar, como primera medida, el contradictorio con quienes pueden resultar involucrados. De hecho la Sala Segunda de Revisión consideró:

“La integración del contradictorio supone establecer los extremos de la relación procesal para asegurar que la acción

se entabla frente a quienes puede deducirse la pretensión formulada y por quienes pueden válidamente reclamar la pretensión en sentencia de mérito, es decir, cuando la participación de quienes intervienen en el proceso se legitima en virtud de la causa jurídica que las vincula. Estar legitimado en la causa es tanto como tener derecho, por una de las partes, a que se resuelvan las pretensiones formuladas en la demanda y a que, por la otra parte, se le admita como legítimo contradictor de tales pretensiones. Al no integrarse debidamente tales extremos de la relación procesal, no puede resolverse sobre el fondo del litigio y el juez debe declararse inhibido para fallar de mérito".

En ese orden de ideas, el juez constitucional tiene la carga de notificar a las partes y terceros interesados en la demanda, con el fin de garantizarles su intervención activa en el desarrollo de la misma, mediante la presentación de pruebas o refutando las aportadas y, en fin, utilizar los medios legales para su defensa. En efecto, en la decisión que se cita, se expuso:

"el juez del conocimiento debe integrar el contradictorio cuando descubra que no se encuentran reunidos los sujetos que deban constituir cualquiera de las partes, y especialmente los organismos y autoridades contra los cuales se adelanta la acción, pero no admite la solución del proceso civil, según el cual una falta de legitimación para obrar conduce fatalmente a un fallo inhibitorio. En efecto, el parágrafo único del artículo 29 del decreto 2591/91, establece de manera terminante que "el contenido del fallo no podrá ser inhibitorio"

3.2. La omisión de la notificación de la acción de tutela a una de las partes o un tercero con interés, genera nulidad por violación al debido proceso, toda vez que no se le permite conocer su trámite y lo que allí se decida. En ese sentido, se ha pronunciado esta Corporación:

"5.- De lo expuesto, fuerza es concluir entonces que la falta u omisión de la notificación de las decisiones proferidas en un proceso de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo, es una irregularidad que vulnera el debido proceso. De allí que por ejemplo la falta de notificación de la providencia de admisión de una acción de tutela, no permite que quien tenga interés en el asunto, pueda enterarse de la existencia de esa actuación y de la consecuente vinculación de una decisión judicial sin haber sido oído previamente.

6.- Cuando la situación anotada se presenta, se dan los fundamentos suficientes para declarar la nulidad de lo actuado y retrotraer de tal manera la actuación que permita la configuración en debida forma del contradictorio, o se vincule

al proceso al tercero con interés legítimo, pues sólo de esta manera se permite, de una parte el conocimiento de la demanda y la posibilidad del ejercicio del derecho al debido proceso y defensa, así como la emisión de un pronunciamiento de fondo sobre la protección o no de los derechos fundamentales invocados”.

De ahí que, para esta Corporación es claro que para asegurar una respuesta al problema jurídico en el sub júdice, que resulte coherente, adecuada y respetuosa del debido proceso, reclama una correcta integración del contradictorio con el **MINISTERIO DE SALUD y la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** en tanto que, se reitera, pueden verse afectados con las resultas del presente proceso constitucional.

En este orden de ideas, sin entrar en más consideraciones, la Sala habrá de decretar la nulidad de lo actuado a partir **inclusive del auto por medio del cual se avocara conocimiento (auto admisorio de la demanda)**, y como consecuencia de ello, se ordena al Juez de primera instancia, que vincule al trámite de tutela al **MINISTERIO DE SALUD y a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**. No obstante, se tendrán como válidas las pruebas allegadas al proceso.

Sin que se precise de 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: DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, a partir **inclusive del auto por medio del cual avocó conocimiento (auto admisorio de la demanda)**, y como consecuencia de ello, se le ordena al Juez de primera instancia, que integre el contradictorio al **MINISTERIO DE SALUD y a la**

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. No obstante, se tendrán como válidas las pruebas allegadas al proceso.

SEGUNDO: Una vez adquiera ejecutoria el proveído, remítase el expediente a su lugar de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

Firmado Por:

**NANCY AVILA DE MIRANDA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 002 PENAL DE ANTIOQUIA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA
MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD 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:

80b4932025225d99be56266c5469c4537c9ae5c1d79f834d833fe2ee03df65a6

Documento generado en 11/05/2021 01:58:00 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL



1

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA

RADICADO	058876000002020000140(2021-0183-2)
DELITO	FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
PROCESADO	ALEXANDER ANTONIO HOLGUÍN AREIZA
DECISIÓN	CONFIRMA DECISIÓN

Medellín, once (11) de mayo de dos mil veintiuno
Aprobado según acta Nro. 039

1. ASUNTO

Se pronuncia la Corporación sobre el recurso de alzada interpuesto por la defensa, contra el fallo proferido el 09 de diciembre de 2020, por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal- Antioquia, en virtud del cual se condenó al señor ALEXANDER ANTONIO HOLGUÍN AREIZA, en calidad de cómplice en la comisión de la conducta

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.

punible de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE DE ARMA DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, sin derecho al subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

2. HECHOS

De acuerdo con los hechos declarados como demostrados en el fallo recurrido, El 23 de septiembre del año 2020, ALEXANDER ANTONIO HOLGUÍN AREIZA fue capturado por miembros del Ejército Nacional mientras portaba, sin la respectiva autorización, una pistola marca Jericho 941FB, calibre 9 mm, apta para disparar, así como tres proveedores y veintisiete cartuchos para la misma. Los hechos ocurrieron en el corregimiento “La Loma de Ochalí” del municipio de Yarumal – Antioquia.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El día 25 de septiembre de 2020, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal del Municipio de Yarumal – Antioquia, con Función de Control de Garantías, efectuó la audiencia concentrada de legalización de la captura en contra de los señores Alexander Antonio Holguín Areiza y Pablo Emilio Monsalve Tuberquía, a quienes se le formuló imputación, en la calidad de cómplices, por la comisión de la conducta punible de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES AGRAVADO según el artículo 365 N° 5.

El imputado Alexander Antonio Holguín Areiza, se allana por el punible endilgado de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA

DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES AGRAVADO – obrar en coparticipación criminal- en calidad de cómplice. Produciéndose consecuentemente, la ruptura de la unidad procesal en lo que respecta al procesado Pablo Emilio Monsalve Tuberquía.

Posteriormente, a solicitud de la Fiscalía procede la Judicatura a imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad a los coimputados en su lugar de residencia.

El Juzgado Penal del Circuito de Yarumal – Antioquia, asumió el conocimiento del proceso, programando para el día 09 de diciembre de 2020 diligencia de que trata el artículo 447 del C.P.P., fecha en la cual condenó a Alexander Antonio Holguín Areiza en correspondencia con los cargos formulados y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la prisión intramuros por domiciliaria.

En uso de la palabra, la representante del ente persecutor, y el defensor del procesado, manifiestan que interpondrán el recurso de apelación, el cual sustentarán en el término de ley.

4. IMPUGNACIÓN DEL FALLO

La defensa solicita que se revoque el numeral quinto de la decisión del 09 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, en lo atinente a la no concesión de prisión domiciliaria y en su lugar se conceda bajo los siguientes argumentos:

Parte inicialmente sosteniendo que la pena a imponer en favor de su defendido es de 94.5 meses de prisión, incurriendo el a-quo en un error in iudicando por violación directa de la ley sustancial, al partir de la pena de 9 años que impone la conducta imputada a su defendido, y no, el tiempo al que fuera condenado, tesis afinada en decisión SP 7100 del 2016, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

Además, en su impreciso escrito expone “el a-quo pese a tener conocimiento de cuál es la doctrina probable en materia de CONCESIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES, en casos de allanamiento y preacuerdos, se apartó del precedente jurisprudencial; no obstante, omite exponer de manera clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión; desconoce a su vez las reglas argumentativas señaladas en la sentencia hito C-836 del 2 de febrero de 2001, donde se estableció el carácter vinculante del precedente y las condiciones para apartarse del mismo”

Para finiquitar su razonamiento, esgrime “por último el allanamiento de la conducta inicialmente imputada (fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones), no se pueden considerar circunstancias post delictuales que no guardan relación con la conducta punible, y precisamente la conducta aceptada en el allanamiento que fuera aprobado por el a-quo y que quedó ejecutoriada el 9 de diciembre de 2020, con una pena de 94.5 meses de prisión, es la que debe determinar la pena mínima establecida en la ley por el legislador para establecer el requisito objetivo de la prisión domiciliaria al ser inferior a 8 años. De otra parte, quedo plenamente demostrado el arraigo del indiciado individualizado el domicilio donde cumpliría el sustituto de la prisión”

La Fiscalía General de la Nación, en cabeza de su delegado, no allegó escrito, soportando su inconformidad con la decisión emitida pro el censor de primer grado.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, esta Colegiatura es competente para desatar el recurso de alzada, por lo que procederá al examen del mismo.

5.2 Problema Jurídico

En punto de la sustitución de la prisión intramuros por domiciliaria por cumplirse los requisitos del artículo 38B, que fue la única causal invocada por el togado, la normativa sustancial penal que regula lo atinente a la concesión del sustituto penal de la prisión domiciliaria para el caso que nos ocupa, se encuentra contenida en el artículo 38 del C.P. que fue modificado por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014, y consiste en que la privación de la libertad opere en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine. En cuanto a los requisitos fueron regulados en el artículo 38 B del mismo Código, norma que fue adicionada por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, y son los siguientes:

"1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado. En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;

b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;

c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad".

Además de modificar el monto de la pena mínima establecida para el hecho punible –pasó de no exceder de 5 años a 8—, y consignar la exclusión del mecanismo para los delitos señalados en el inciso 2º del artículo 68 del mismo estatuto punitivo, se eliminó el factor subjetivo relacionado con la valoración que hacía el juez respecto del desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado, orientado a establecer que no colocaría en peligro la comunidad ni evadiría el cumplimiento de la pena. En su reemplazo, se estableció, como nuevo factor objetivo, determinar el arraigo

familiar y social del condenado, para lo cual resultan válidos "*todos los elementos de prueba allegados a la actuación*".

La eliminación del factor subjetivo fue orientada por una política criminal derivada del principio del derecho penal como ultima ratio, y tiene como propósito que el mecanismo sustitutivo de la prisión se fundamente sólo en factores objetivos, contribuyendo a la descongestión carcelaria y evitando la discrecionalidad de los jueces que los había llevado a privilegiar la detención intramural del condenado sobre la concesión de los beneficios y sustitutos consagrados en el Código Penal.

Siendo así, los factores objetivos determinados en la norma para otorgar el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, en síntesis, se centran en que el monto de la pena establecido para el hecho punible no exceda los 8 años, que el delito no sea de aquellos señalados en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal como excluidos del instituto y que se demuestre el arraigo personal, familiar o social. De igual manera, debe tenerse en cuenta la prohibición establecida en el inciso primero del artículo 68A de no conceder el beneficio a personas que hayan sido condenados por delito doloso dentro de los cinco años anteriores. De cumplirse los requerimientos anteriores, el sentenciado deberá garantizar mediante caución que cumplirá las obligaciones expresamente establecidas en el numeral 4° del artículo 38B.

No obstante, la deficiencia de los argumentos del recurrente, que conducirían a declarar desierto el recurso de apelación por indebida sustentación, en aras de proteger los derechos del procesado, se estudiara la decisión asumida por el fallador de primer grado, adentrándose esta Magistratura en

establecer si se cumplen los requisitos objetivos exigidos en el artículo 38B del Código Penal.

De allí que frente a la Ley 906 de 2004 y en lo que toca con la manifestación de culpabilidad bajo la figura del allanamiento a cargos con una tipificación más favorable, el concepto “*conducta punible*”, para efectos de establecer la pena que se debe tener en cuenta cuando se analiza la concesión de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, es la que se enrostre en la diligencia de formulación de imputación.

Así las cosas, como en el caso de la especie se procedió por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravada, el cual tiene una pena mínima de 9 años de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 365 N° 5 de la Ley 599 de 2000 (modificado por los artículos 38 y 19 de las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011) y el mismo se imputó bajo la forma de participación de la complicidad, y en el artículo 30 *ibídem*, dicho amplificador del tipo conlleva a que se disminuya la pena de una sexta parte a la mitad, de esto se sigue que la sanción que impuso el a-quo fue de 94.5 meses de prisión, la cual es inferior a la establecida en el numeral 1° del artículo 38B de la ley 906 de 2004 para acceder a la prisión domiciliaria, por consiguiente, en este asunto se cumple esa exigencia.

De otra parte, el numeral 2° del artículo 38B prevé que la conducta punible respecto de la cual se pretende conceder la prisión domiciliaria, no debe estar dentro de aquellas que se prohíbe la concesión de la pena sustitutiva en mención, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 68A del Código Penal.

Cabe señalar que dicha norma (art. 68A) contiene dos condiciones que dan lugar a impedir el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

De un lado, el inciso 1º del artículo 68A³ del Estatuto Punitivo exige que la persona no haya sido condenada penalmente dentro de los 5 años anteriores a la comisión del delito por el que se le juzga, circunstancia que se satisface en este asunto, por cuanto conforme se dejó señalado por la Fiscalía en la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2000, a través del oficio No. 20200395513 del 24 de septiembre de 2020 de la Policía Nacional, se conoció que el procesado Alexander Antonio Holguín Areiza no registra sentencias vigentes de carácter penal en su contra⁴.

Ahora, el artículo 38B del Código Penal por igual exige, en concordancia con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 68 A⁵ *ibídem*, que el delito por el cual procede la condena no esté dentro del listado allí previsto, de manera que, realizada la confrontación

³ “No se concederá... la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión... cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores”.

⁴ Audiencia del 09 de diciembre de 2020 de aprobación de preacuerdo y artículo 447 de la Ley 906 de 2004, minuto 07:00 del registro.

⁵ “Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.” (No se tiene en cuenta la reforma introducida a través del artículo 4º de la Ley 1773 de 2016, toda vez que no estaba vigente para la época de los hechos).

correspondiente, se concluye que la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, no se encuentra incluida dentro de las que allí se señalan.

De otra parte, el numeral 3º del artículo 38B de la Ley 599 de 2000 consagra que, para efectos de conceder la prisión domiciliaria, el procesado debe contar con arraigo familiar y social.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶, en relación con ese concepto, ha señalado que debe entenderse *“como el establecimiento de una persona de manera permanente en un lugar, con ocasión de sus vínculos sociales, determinados, por ejemplo, por la pertenencia a una familia, a un grupo, a una comunidad, a un trabajo o actividad, así como por la posesión de bienes...”*.

En este sentido, se introduce un concepto despojado de toda subjetividad del juez encargado de decidir acerca del beneficio, relacionado con la permanencia del sujeto en un lugar determinado. Basta que las pruebas indiquen su existencia para el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

Ahora bien, el arraigo se demuestra con cualquier medio de prueba, sin que necesariamente sea de aquellos practicados y debatidos en el juicio oral; basta que haya sido allegado a la actuación. Puede ser alguno de los mencionados en el artículo 382 de la Ley 906 de 2004 o cualquiera otro que permita establecerlo.

⁶ CSJ SP, 3 feb. 2016, rad. 46647

Aparejado a lo anterior es bueno clarificar que conforme el inciso 2º del numeral 3 del artículo 38B de la Ley 599 del 2000, el análisis del arraigo se debe efectuar con fundamento en todos los elementos materiales de prueba aportados al proceso, y no únicamente los medios de convicción develados en la audiencia del 447.

Siendo así, se pregunta esta Corporación ¿Sirve la declaración recepcionada por el recurrente a la señora Daira Patricia Martínez Mercado, a quien distinguió como esposa de Holguín Areiza⁷, como único elemento para demostrar el arraigo del procesado? Para la Sala la respuesta es negativa, pues son insalvables las contradicciones que se arriman al plenario, que dan cuenta primero, que la señora Martínez Mercado no es la compañera permanente - esposa como lo esboza la defensa - del procesado Holguín Areiza, así como tampoco existe homogeneidad en su lugar de residencia. Al efecto, se traslitará lo dicho por el petente, al solicitar la concesión del beneficio que hoy se reclama:

Este defensor le tocó desplazarse el día de ayer a la ciudad de Medellín para realizar una entrevista a la esposa del señor Alexander con el fin de demostrar el arraigo de mi prohijado, le leo la entrevista a la cual ya le hice traslado al despacho por medio de su correo electrónico y a la señora fiscal por medio del WhatsApp. Le leo la entrevista Daira Patricia Martínez Mercado identificado con cédula 42.292.458 de Chigorodó – Antioquia, la cual es la compañera permanente del señor Alexander, entonces la entrevista dice “convivo con mi esposo Alexander Antonio Holguín Areiza identificado con cédula de ciudadanía número 71.411.767 y su hijo menor Alexis Holguín Bedoya, en la dirección carrera 43 calle 53 número 73 de la ciudad de Bello – Antioquia,

⁷ Audiencia de individualización de pena de fecha 9 de diciembre de 2020. Récord 09:18

en caso de que se le conceda la prisión domiciliaria a Alexander por el proceso judicial que afronta, yo me haré cargo de todos los gastos, los cuales incluyen vivienda donde permutamos, la cual es arrendada, vestuario, comida, salud y otros. Además de eso, también se hizo el traslado de la cuenta de servicios de este inmueble y dos fotos del contador”

No obstante, lo esbozado por el togado de la defensa, del acopio probatorio se extracta que, Alexander Antonio Holguín Areiza vive en unión libre con Claudia Patricia Luján Agudelo^{8,-} y no con Daira Patricia Domínguez Mercado – residente la ciudad de Medellín en el barrio San José la Cima⁹ – contrario a lo afirmado por la defensa en su petición- no estableciéndose la residencia habitual del condenado afirmación esta última, clarificada desde la audiencia de legalización de captura¹⁰; no se cuenta con la ubicación o información de su lugar de trabajo, pues solo se hizo alusión a que labora en oficios varios, y mucho menos se estableció sus vínculos sociales al interior de la comunidad, motivo por el cual lo que se puede concluir es que no se constata el cumplimiento del numeral 3 que exige la norma para la concesión de este mecanismo sustitutivo de ejecución de la pena, lo que exime a la Sala de estudiar los requisitos exigidos por el numeral 4 del mismo precepto.

En esa medida, es claro que no se satisfacen los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, conforme lo solicitó la defensa ante esta Corporación, potísima razón que conlleva a la confirmación de la decisión adoptada.

⁸ De esa manera quedó plasmado en el informe de arraigo FPJ-34, en el informe de confrontación dactiloscópica – tarjeta decadactilar.

⁹ Esta afirmación lo corroboran los elementos materiales de prueba informe ejecutivo FPJ-3 formato único de noticia criminal, acta de derechos del capturado FPJ-6, acta de consentimiento FPJ-28, tarjeta decadactilar, informe de arraigo FPJ-34.

¹⁰ Audiencia de legalización de captura de fecha 24 de septiembre de 2020. Récord 23:30 minutos.

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

6. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal (Antioquia) el pasado nueve (9) de diciembre de 2020, en contra de Alexander Antonio Holguín Areiza en lo que fue materia de apelación.

SEGUNDO: Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación.

TERCERO: A su ejecutoria, regrese la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

Firmado Por:

**NANCY AVILA DE MIRANDA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 002 PENAL DE ANTIOQUIA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA
MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD 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:

8da06874872cb889a44810f4240979fd78608379a6431b7055cbc84b9ff53564

Documento generado en 11/05/2021 01:57:51 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL



¹

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA

RADICADO	0504560000002019 00042
INTERNO	2020-0934-2
DELITO	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
PROCESADO	JOSÉ ALBERTO RODRIGUEZ ESCOBAR
DECISIÓN	CONFIRMA DECISIÓN

Medellín, once (11) de mayo de dos mil veintiuno

Aprobado según acta Nro. 039

1. ASUNTO

Se pronuncia la Corporación sobre el recurso de alzada interpuesto por la defensa, contra el fallo proferido el 22 de septiembre de 2020, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en virtud del cual se condenó al señor JOSÉ ALBERTO RODRIGUEZ ESCOBAR, en calidad de autor en la comisión de la conducta punible de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, sin derecho al subrogado penal de la

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.

suspensión condicional de la ejecución de la pena. Asimismo, Se NEGÓ el COMISO del vehículo Renault Sandero con matrícula FHK-882.

2. HECHOS

De acuerdo con los hechos declarados como demostrados en el fallo recurrido, se tiene que el día 30 de octubre de 2019, JOSÉ ALBERTO RODRÍGUEZ ESCOBAR fue capturado en situación de flagrancia en el municipio de Apartadó, Antioquia, cuando -en compañía de otra persona- transportaba 100 kilogramos netos de cocaína camuflada en un vehículo de uso particular tipo automóvil.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El día 31 de octubre de 2019, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Apartadó - Antioquia, con Función de Control de Garantías, efectuó la audiencia concentrada de legalización de la captura en contra del señor José Alberto Rodríguez Escobar, posterior solicitud de incautación con fines de comiso del vehículo automotor de placas FHK 882, para seguidamente formular imputación, en la calidad de autor al mentado ciudadano, por la comisión de la conducta punible de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO según el artículo 376 INC 1 Y 384 N° 3.

El imputado Rodríguez Escobar no se allana a los cargos enrostrados por el delegado de la Fiscalía General de la Nación. Posteriormente, a solicitud elevada por el representante del ente instructor se le impone medida de aseguramiento privativa de la libertad al imputado en su lugar de residencia.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, asumió el conocimiento del proceso, programando para el día 29 de mayo de 2020, la cual debió ser suspendida por imposibilidad de ubicación del procesado. Seguidamente las diligencias debieron ser programadas para el día 29 de julio, fecha en la cual se anunció negociación por vía de preacuerdo entre el procesado y la Fiscalía General de la Nación, términos que fueron expuestos en audiencia del 10 de agosto para finalmente impartírsele aprobación el día 22 de septiembre de 2020, diligencia en la cual se dio lectura a la sentencia condenatoria.

En el escrito de condena se le impuso al señor Rodríguez Escobar la pena de prisión de 128 meses y multa de 1334 SMMLV para el año 2019. Se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, así como el comiso del vehículo Renault sandero de placas FHK-882, no obstante, dejarse a disposición de la Unidad Nacional de Extinción de Dominio de la Fiscalía General de la Nación.

La defensa al no estar de acuerdo con la emisión de la decisión, interpone recurso de alzada.

4. IMPUGNACIÓN DEL FALLO

La defensa enfila sus argumentos de disenso, bajo los siguientes cuestionamientos:

Primero, el a-quo fundamentó la decisión bajo el verbo rector comercializar o distribuir, a pesar de que el delito imputado y preacordado fue bajo el verbo rector "Transportar", tornándose así la

conducta en atípica. Dado lo anterior este recurrente se hace los siguientes cuestionamientos: ¿en el proceso fue probado que la droga que había sido encontrada en el vehículo que era manejado por mi representado, tenía como finalidad la comercialización o distribución?; ¿Cuál es el sustentáculo legal, realizado por el ad quo, para sustentar la finalidad (comercializar o distribuir)?

Dable es colegir la inexistencia de elementos de juicio a efectos de soportar dicha premisa (comercializar o distribuir), dado que: 1. De la lectura del escrito de acusación, la finalidad no está como hecho jurídicamente relevante, ni si quiera como hecho (indicado – indicador). 2. De la EF, que fue aducida, como prueba tampoco. Lo anterior implica que el a-quo incurrió en un falso juicio de existencia por suposición, dado que, en ninguna parte de la actuación la fiscalía probó el elemento subjetivo aludido, debiendo el juzgador de primer grado evitar realizar pronunciamiento frente a ese tópico de manera oficiosa.

Como segundo punto a controvertir, discrepa del actuar del a-quo al no permitir la reprogramación de la diligencia de individualización de pena y lectura de sentencia, en aras de recolectar elementos materiales de prueba que sustentaran la condición de padre cabeza de familia de su prohijado. Al respecto en su escrito esgrimió *“La decisión del despacho frente a la petición de reprogramar la audiencia fue despachada de manera desfavorable, sin tener en cuenta que: 1. La situación actual de estado de emergencia a nivel nacional 2. La situación actual en el Municipio de Chigorodó lugar donde reside mi representado (prisión domiciliaria), dado que la comisaria de familia no pudo prestar su servicio frente la solicitud de estudio sociofamiliar y arraigo. 3. La situación actual de mi cliente, dado que este estaba enfermo de*

covid 19, debido a la situación actual del municipio de Chigorodó, ya no están tomando muestras, solo los mandan aislar hasta que ya no tenga síntomas, situación, que impidió que posterior, la comisaria logra acudir hasta el hogar para hacer dicha visita. 4. A la fecha todavía presenta los síntomas de covid 19. Lo anterior no fue admitido por el despacho en la solicitud de aplazamiento, aduciendo que desde que se inició la pandemia la audiencia había sido reprogramada en varias ocasiones. Es por ello, que solo fue posible correr traslado del registro civil de nacimiento que era el único elemento con el que contaba este defensor y que dado la situación de marginalidad actual que ostenta mi representado la comunicación solo se daba a través de llamada telefónica. Ahora, dado la situación actual y los argumentos esgrimidos, le imploro a su despacho sea admitido y valorado los siguientes elementos, que son los únicos con los que se cuenta, dado que se está a la espera de que la comisaria de familia habilite sus servicios en el Municipio de Chigorodó en aras de que pueda hacer la visita psicosocial y valoración a la menor: 1. Declaraciones de extra juicio de personas que conocen a mi representado y saben la calidad actual que ostenta con su menor hija 2. Registro civil de nacimiento. Esta solicitud, se realiza con mucho respeto, en aras que de manera excepcional y flexible sean admitidas y valorados dichos elementos".

Continúa el reclamante con sus inconformidades, disintiendo del pronunciamiento oficioso que realiza el a-quo, al remitir el vehículo a la unidad de extinción de dominio de la Fiscalía General de la Nación, solicitud contraria a la formulada por el ente acusador, pues lo procedente era la entrega material del vehículo automotor a quien acreditase la calidad de propietario, y no profiriendo orden distinta. Puntualizando el petente así: "Este profesional encuentra reparos en dicha orden, dado que, 1. La

norma solo faculta al fiscal del caso, que es quien tiene interés 2. El fiscal nunca solicitud dicha remisión 3. El juez debe de velar por una imparcialidad antes, durante y emitida la respectiva sentencia 4. Se requiere que se establezca que se cumple alguna de las exigencias para poder remitir dicho bien a la unidad de extinción de dominio 5. Ni el fiscal ni mucho el juez lograron acreditar dicho requisito”.

Para finalizar, considera que debe decretarse la nulidad de lo actuado, pues hubo violación a los derechos fundamentales, al debido proceso, acceso a la administración de justicia y el derecho de defensa, en favor de su prohijado, al negarse a reprogramar la audiencia establecida en el art. 447 del C.P.P. a pesar de que la solicitud fue fundamentada jurídica y no caprichosamente.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, esta Colegiatura es competente para desatar el recurso de alzada, por lo que procederá al examen del mismo.

5.2 Problema Jurídico

La Corporación se limitará en esta oportunidad, a decidir sobre los pedimentos elevados por el recurrente, y aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de impugnación, asimismo, los

atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de las partes, sin que sea posible desmejorar la situación jurídica del procesado, pues la defensa es apelante única.

Como quiera que dentro del recurso de apelación propuesto por la defensa, como petición subsidiaria se invoca la nulidad de la actuación desde la audiencia de individualización de pena con idénticos argumentos con los que solicita se le conceda la prisión domiciliaria a su defendido por ser padre cabeza de familia, por razones metodológicas se habrán de resolver estos problemas jurídicos en forma conjunta; para luego determinar la procedencia en caso de que no prosperen los anteriores reclamos, verificar si se acredita el cumplimiento de los requisitos para reconocer la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, y seguidamente continuar resolviendo los otros puntos de disenso.

- **DE LA NULIDAD DE LA AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA POR VULNERACIÓN DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL PROCESADO**

El artículo 457 de la Ley 906 de 2004, prevé que “Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales. Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento”.

Ahora bien, los principios que orientan la declaración de nulidad, a pesar de no estar previstos en una determinada norma del Código de Procedimiento Penal, por vía jurisprudencial³ siguen

³ Entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 18 de noviembre de 2008 Rad. 30539 y sentencia de 18 de marzo de 2009 Rad. 30710.

siendo criterios de inexcusable observancia al resolver sobre la eventualidad de su declaración.

Tales axiomas se concretan, entre otros, a que solo es posible ordenar la nulidad del proceso por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad); que quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino cómo afecta, de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia); y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a su reconocimiento (principio de residualidad)⁴.

Conforme con ello, es necesario que el funcionario judicial, ante quien se proponga una posible nulidad, verifique cada uno de dichos parámetros, a fin de establecer la verdadera afectación de las garantías procesales, contempladas en la norma como causales de nulidad –artículo 457 C.P.P.–, lo cual se realiza con base en la demostración tanto de la irregularidad, como de su trascendencia.

Dicho lo anterior, ha de recordarse que el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, señala que “si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación, La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al juez de conocimiento.

Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 30 de noviembre de 2011. Rad. 37298.

alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia", previsión normativa que debe interpretarse en consonancia con el artículo 351 ejusdem, en el cual se indica que "los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales. Aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente".

Ahora bien, recordemos que tanto fiscalía como defensa reconocidos en el presente asunto, desde el día 27 de julio de 2020, manifestaron su intención de llegar a un preacuerdo, diligencia que debió ser aplazada por la inasistencia del procesado. Seguidamente las partes fueron convocadas para el 22 de septiembre de la misma anualidad, a la audiencia de verificación de preacuerdo, individualización de la pena y sentencia, acto en el cual el Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia anunció que, en virtud del preacuerdo que antecedió, debía emitir sentencia condenatoria.

A partir de lo anterior otorgó la palabra a las partes e intervinientes reconocidos para que se manifestaran sobre las condiciones sociales, personales y familiares del señor José Alberto Rodríguez Escobar, que había sido declarado culpable, y/o para que se refirieran a la probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado o sustituto penal. Este traslado fue descorrido adecuadamente por el Delegado de la Fiscalía; también lo descorrió el apoderado de la Defensa, y consciente del objeto de la audiencia, decidió utilizar la oportunidad para solicitar el aplazamiento a efectos de recaudar elementos materiales de prueba para probar la condición de padre de cabeza de familia en

cabeza de su defendido, pedimento que no fue aceptado por el fallador primigenio, al considerar que se había contado con mucho tiempo para así recolectar la evidencia contentiva de su pretensión.

Ahora nuevamente pretende el censor, se retrotraiga el proceso y se deje sin efectos la sentencia, a través de la nulidad, para poder petitionar en favor de su defendido la prisión domiciliaria a que dice tener derecho su representado como padre cabeza de familia, aduciendo que el fallador vulneró el derecho fundamental al debido proceso, acceso a la administración de justicia y derecho de defensa al no brindársele otra oportunidad en audiencia para referirse a las condiciones personales, sociales y familiares de su defendido y deprecar en su beneficio el sustituto referido.

Lastimosamente este petitorio de nulidad no está llamado a prosperar, debido a que –en primer lugar- la audiencia fue anunciada y se llevó acabo con el lleno de los requisitos del artículo 447 procesal penal, otorgándose la palabra a todos los sujetos partes e intervinientes reconocidos en la instancia y que hicieron presencia en ella, para que recorrieran el traslado y argumentaran sobre lo relacionado con la cantidad y calidad de las penas a imponerle al acusado y al probable otorgamiento de subrogados o sustitutos punitivos en su favor, entre ellos al defensor, pero éste se distrajo petitionando otras decisiones (Programación de una nueva fecha), lo cual le resultó adverso.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación penal ha establecido que la fundamentación del ataque se debe hacer a la luz de los postulados que rigen la declaración de las nulidades, esto es, los de convalidación⁵, protección⁶, instrumentalidad de las

⁵ Las irregularidades pueden convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado.

formas⁷, trascendencia⁸ y residualidad⁹, según el cual solo puede decretarse cuando no existe otro mecanismo procesal para subsanar la irregularidad; en el presente caso no hay necesidad de disponer la ineficacia del proceso porque ante el Juez que le corresponda la ejecución de la pena impuesta puede aún promoverse el trámite respectivo, según lo consagra expresamente el artículo 461 procesal penal, cuando indica: “El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva”.

Dígase además que en el libelo examinado, el censor no acató ninguno de los presupuestos argumentativos establecidos en precedencia, empezando porque, en su ataque, omitió especificar, conforme al principio de taxatividad, la causal de nulidad en que se apoya, de aquellas descritas en los cánones 455 a 457 de la Ley 906 de 2004. En efecto, para desarrollar un cargo por nulidad, de manera imprescindible, corresponde señalar el motivo que determina e identifica las vulneraciones al debido proceso (en su estructura) o al derecho de defensa (de garantía).

Únicamente, al finalizar el recurso de alzada, es decir, al término de los tres cargos, anuncia el libelista que pretende la declaración de nulidad por violación al derecho de defensa, sin que hubiese desarrollado y edificado argumentativamente la causal de invalidación en que funda su disenso.

⁶ El sujeto procesal que con su conducta no haya dado lugar a la configuración del vicio, es el único que lo puede alegar, salvo que se trate de ausencia de defensa técnica.

⁷ Como las formas no son un fin en sí mismo, siempre que se cumpla con el propósito que la regla de procedimiento pretendía proteger, no habrá lugar a la declaración de la nulidad.

⁸ La magnitud del defecto debe tener incidencia en el sentido de justicia incorporado a la sentencia.

⁹ La declaratoria de nulidad debe ser el único remedio procesal para superar el yerro detectado.

Por estas potísimas razones, ha de despacharse negativamente este pedimento de nulidad.

- **LA PRISIÓN DOMICILIARIA COMO PADRE CABEZA DE FAMILIA**

La noción de “cabeza de familia” se encuentra consagrada en el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, en los siguientes términos:

“Es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”.

Condición esta que por vía jurisprudencial se hizo extensiva a los padres cabeza de familia. Aclarado lo anterior se tiene que para la concesión de este beneficio no existe una plena discrecionalidad por parte del juzgador, siendo necesario ponderar distintos aspectos como así lo precisó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al indicar:

Es decir, el debido respeto al interés superior del menor no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos. Y dejar como único requisito de la detención o prisión domiciliaria para los padres o madres cabeza de familia la constatación de la simple condición de tal convierte en absoluto el derecho del menor a no estar separado de su familia, y además lo hace en detrimento de unos institutos (la detención preventiva en centro de reclusión y la ejecución de la pena en establecimiento carcelario) que no sólo atienden a

principios y valores constitucionales (como la paz, la responsabilidad de los particulares y el acceso a la administración de justicia de todos los asociados), sino que deben ser determinados por las circunstancias personales del agente, motivo por el cual tienen que ser ponderadas en todos los casos.

(...)

Lo anterior significa que no está prohibida la confrontación, en cada caso, de las circunstancias constitutivas del interés superior del menor con las condiciones personales en el imputado o autor del injusto que justifiquen la procedencia de la detención preventiva o de la ejecución de la pena privativa de la libertad, en la medida en que estas últimas manifiestan valores constitucionales opuestos que, por el solo hecho de contar con un peso abstracto menor, no pueden ser excluidos de la *sindéresis* judicial.

2.2.7. Si no fuera de esta forma, habría consecuencias jurídico-penalmente indeseables. Piénsese, por ejemplo, en el hecho de concederle a un miembro de una estructura organizada de poder, responsable de graves violaciones a los derechos humanos o con un considerable registro de antecedentes penales, la posibilidad de continuar en su casa con actividades criminales de alta repercusión social, o de impedir con eficiencia la reiteración de las mismas, tan sólo por el hecho de ser padre o madre cabeza de familia de un menor a quien tal decisión apenas en un cierto grado beneficiaría"¹⁰.

Conforme lo enunciado es claro que la prisión o detención domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia no depende de manera exclusiva de su condición de tal, pues además deben confluir conjuntamente los requisitos citados en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 que la Corte Constitucional así puntualizó:

“(i) que el delito que se le imputa no esté excluido expresamente; vale decir, que no se trate de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, extorsión, secuestro, o desaparición forzada; (ii) que no

¹⁰ Sentencia de 22 de junio de 2011, rad. 35.993

registre antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos; (iii) que sea una mujer o un hombre cabeza de familia; (iv) que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente."¹¹ .

En el caso concreto en la diligencia ante el a-quo se allegó un registro civil en el que se anuncia que J.M.R.G es hija de JOSÉ ALBERTO RODRIGUEZ ESCOBAR, sin embargo, en esta oportunidad el jurista pretende que esta Corporación valore cuatro declaraciones extra juicio rendidas el 25 de septiembre de 2020 por los señores Gildardo Antonio Vargas Trujillo, Ana Delia Bolívar Cano, Luz Elena Giraldo Sierra y Yorleidis Castillo Berrio, vecinos del procesado, y quienes al unísono señalan que el procesado es quien vela económicamente por los cuidados y manutención de su hija, enfatizando que no existe otra persona distinta a él, que se encargue de la menor.

A pesar de lo acentuado en las mencionadas declaraciones, en el acta de derechos del capturado, el procesado indicó que era casado con Yina Marcela Gordon Barrera, persona esta a quien le comunicó de su captura. Igualmente, en el formato de arraigo FPJ-34 se establecen los mismos datos ya referenciados, indicándose además que quien brinda la información consignada en dicho formato es la madre de Rodríguez Escobar, la señora Betty Escobar.

Como consecuencia de lo discurrido, la Sala deduce que el procesado no ostenta la calidad de padre cabeza de familia, pues se evidencia que, dentro de la composición familiar del procesado,

¹¹ Sentencia T-696 de 2010 Corte Constitucional, y de la Corte Suprema de justicia el radicado 17089 del 16 de julio de 2003.

se encuentra su esposa Yina Marcela Gordon Barrera y su madre Betty Escobar.

En el plenario no se observan elementos de juicio que indiquen que su esposa y madre padezcan patologías que les impidan realizar actividades por sí misma, como un trabajo para sostener a su hija y nieta, e igualmente prestar el cuidado y protección permanente, afecto, orientación, apoyo emocional y educación que requiere la menor J.M.R.G, sumado a que como ascendiente del mismo, se encuentra dentro de su deber moral y legal hacerlo.

Contrario a la forma de discernir del letrado de la defensa, la calidad de padre cabeza de hogar, que permite la concesión de la prisión domiciliaria, no se alcanza tan solo con acreditar que el acusado tiene un hijo menor de edad. Es imperioso demostrar, además, la ausencia total de la madre o de otro miembro de la familia que pueda hacerse cargo de su bienestar, o, incluso, la incapacidad de ellos para el efecto, lo que no ocurrió en esta oportunidad.

En conclusión, al no acreditarse el primero de los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 750 de 2002, no será necesario entrar a abordar el estudio de los restantes para la concesión del sustituto de prisión domiciliaria por padre cabeza de familia. En síntesis, la decisión adoptada en primera instancia deberá mantenerse incólume en lo que respecta a la negación de concesión del sustituto de prisión domiciliaria por padre cabeza de familia del señor José Alberto Rodríguez Escobar.

- **El a-quo al edificar su sentencia no debió valorar verbo rector distinto al imputado y aceptado por vía de preacuerdo**

De vieja data se ha dicho que las partes- solamente pueden cuestionar la dosificación de la pena, la concesión de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad o de los subrogados, así como la extinción del dominio que se les aplique sobre bienes, porque los demás tópicos relacionados con la prueba de la existencia de la conducta imputada, su adecuación típica, el daño al bien jurídico, la culpabilidad del autor y la ausencia de causales excluyentes de responsabilidad se encuentran amparados por la aceptación personal o “confesión simple” que implícitamente ha hecho el procesado, situación que es irrevocable por aplicación del principio de lealtad procesal.

La Corte Constitucional trazó la regla jurídica respecto que al procesado o a su defensor les está prohibido apelar aquellos aspectos que integran la aceptación de la responsabilidad penal y la legitimidad para atacar las sentencias abreviadas se encuentra restringida para ellos, porque “...les está vedado apelar aquellos aspectos que integran la aceptación de la responsabilidad penal que abre compuerta a la conclusión del trámite sin agotar la totalidad de sus fases, reserva que encuentra sustento en la imposibilidad de retractarse de lo admitido en virtud de los principios de eventualidad o preclusión y de la seguridad jurídica”¹².

En este punto observa esta Magistratura que el recurrente en su escrito, eligió la senda del falso juicio de existencia por suposición – pues así lo indicó en su recurso - , pero su discurso en este punto, ambiguo y confuso, no se orienta a discutir aspectos de

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-277 del 3 de junio de 1998. MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

derecho sino a desaprobar la valoración que el fallador hizo de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas al interior de la sentencia, tal como se desprende de su escrito, así: *“Lo anterior implica que el despacho incurrió en un falso juicio de existencia por suposición, dado que, en ninguna parte de la actuación la fiscalía ni siquiera sumariamente probó dicha finalidad subjetiva, por lo que el despacho estaba impedido de hacer pronunciamiento frente a ese tópico de manera oficiosa”*.

Frente a esta consideración, ningún argumento expuso el recurrente para rebatir el análisis del a-quo, de manera que incumplió el deber de sustentar el recurso, pues la simple manifestación de desacuerdo no satisface el deber de exponer los motivos por los cuales se debe revocar la decisión que no se comparte.

Ignoró, así, el jurista que los jueces no están facultados para desaprobar los cargos tal y como son imputados por el ente acusador y aceptados por el responsable, salvo que se advierta alguna lesión severa de las garantías fundamentales, que no es el caso, pues la aserción según la cual el juez fallador valoró un verbo rector distinto al preacordado, descontextualizando la valoración realizada al interior de la decisión, no pasa de ser una opinión personal del letrado.

En ese orden de ideas, al no encontrarse argumentos que ataquen la decisión emitida por el a-quo frente a los cuales deba emitirse pronunciamiento, la Sala se abstendrá de realizar valoración alguna sobre este tópico.

- **REMITIR EL VEHÍCULO INCAUTADO DE MANERA OFICIOSA ANTE LA UNIDAD NACIONAL DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

Es tan grande la industria criminal que el legislador penal se ha visto en la obligación de consagrar a través de la normatividad herramientas para que el ente investigador pueda afectar no solo la libertad personal de quienes se ven inmersos en aquellas actividades al margen de la legalidad debida por todos los ciudadanos en un estado social de derecho, y también pueda afectar su infraestructura económica, es por ello que a través de figuras como el comiso sobre bienes del penalmente responsable puedan servir para la reparación de las víctimas o a través de otras figuras como la incautación y la ocupación para que su dominio se traslade a poder de la Fiscalía General de la Nación.

Pero también se ha expedido la Ley 1708 de 2014 o ley de extinción de dominio que en su artículo 16 consagra 11 causales por medio de las cuales se pueden perseguir los bienes de la delincuencia cuando son fruto de aquella actividad o se da mal uso a los bienes para convertirlos en instrumentos del delito.

Comiso o confiscación es la pérdida definitiva de la titularidad que sobre un bien se tiene derivada de la relación directa que tiene con la ejecución de un comportamiento punible y que pasa a ser titular el Estado a través de la FGN, en consecuencia, el comiso es una sanción. En nuestro ordenamiento penal tiene doble consagración, en el código penal se encuentra en el artículo 100 que establece:

COMISO. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su

ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción. Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución. En las conductas culposas, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán provisionalmente al propietario, legítimo tenedor salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. En tal caso, no procederá la entrega, hasta tanto no se tome decisión definitiva respecto de ellos.

La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos, o hayan transcurrido diez y ocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien. (Negrita fuera del texto)

Y en el código de procedimiento penal en el capítulo II, con el título de Comiso, el artículo 82 define:

PROCEDENCIA. El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe. Cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, el comiso procederá hasta el valor estimado del producto ilícito, salvo que con tal conducta se configure otro delito, pues en este último evento procederá sobre la totalidad de los bienes comprometidos en ella. Sin perjuicio también de los derechos de las víctimas y terceros de buena fe, el comiso procederá sobre los bienes del penalmente responsable cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto del delito, cuando de estos no sea posible su localización, identificación o afectación material, o no resulte procedente el comiso en

los términos previstos en los incisos precedentes. Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente.

En el código adjetivo penal esta figura tiene un mayor desarrollo y es cuando permite que se tengan como medidas cautelares materiales la incautación y la ocupación para garantizar el comiso.

En un análisis que realiza sobre la figura la CSJ, al comparar las dos normas transcritas señala:

Bajo este criterio, es posible acudir al mecanismo en los casos en los que los bienes de propiedad del penalmente responsable: (i) provengan o sean producto directo o indirecto del delito; (ii) son utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución de los mismos; (iii) cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, en un valor equivalente al estimado como producto del ilícito; (iv) sobre la totalidad de los bienes comprometidos en la mezcla de bienes de ilícita y lícita procedencia, o en el encubrimiento de bienes ilícitos, cuando con tal conducta se configure otro delito; (v) cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de los bienes producto directo o indirecto del delito, en un valor equivalente de estos.

La conclusión referida a que solo los bienes del penalmente responsable son susceptibles de comiso, cuando en los delitos dolosos se utilizan como medio de comisión de los mismos, obedece tanto a lo que específicamente registra la ley, en particular, el artículo 100 del C.P., como a la finalidad inserta en una decisión de claro acento punitivo, habida cuenta que tan extrema medida únicamente puede dirigirse, a modo de sanción, contra la persona que ejecutó o participó en el delito.¹³ (Negrilla fuera de texto)

¹³ CSJ radicado 47660 del 10 de agosto de 2016

Conforme lo anterior, sería del caso que la Sala entrara a pronunciarse sobre la decisión emitida por el fallador de primer grado atinente al envío a la Unidad Nacional de Extinción de dominio de la Fiscalía General de la Nación, decretado en la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2020 respecto del automotor marca Renault sandero de placa FHK 882, sin embargo, este tema es de naturaleza inimpugnable, pues no se ha decidido de fondo la controversia respecto al vehículo en el que fue encontrado la droga incautada al señor José Alberto Rodríguez Escobar, en tanto se remitió a dicha entidad, con la finalidad de que se inicien las investigaciones pertinentes a fin de determinar si procede o no, la extinción de dominio sobre el plurimencionado bien.

En análoga situación, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, con criterio de autoridad explicó:

No sucede lo mismo con respecto a la censura que postula en el mismo cargo, en relación con la decisión del Tribunal de remitir copias de la actuación con el fin de que se analice, dependiendo del criterio de la fiscalía, la posibilidad de iniciar la acción de extinción de dominio respecto del bien inmueble que se ha identificado plenamente en esta decisión.

Lo anterior por cuanto la incitación a que se evalúe la posibilidad de adelantar la acción de extinción de dominio **es una decisión de sustanciación inimpugnable, pues no decide de fondo la controversia**, y es claro que el recurso extraordinario procede contra sentencias, es decir, contra decisiones que deciden materialmente y de fondo el objeto del proceso¹⁴.
(negritas fuera de texto)

¹⁴ CSJ radicado 56507 del 12 de diciembre de 2019

Paralelamente, el artículo 20 de la ley 906 de 2004, que consagra el principio rector de la doble instancia, advierte que: "**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."

Siendo así, se impone concluir que el reproche realizado por el petente, en el entendido que el a-quo no debió remitir el vehículo incautado ante la unidad de extinción de dominio de la Fiscalía General de la Nación no admite el recurso de apelación.

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

6. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el pasado veintidós (22) de septiembre de 2020, en contra de José Alberto Rodríguez Escobar en lo que fue materia de apelación.

SEGUNDO: Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación.

TERCERO: A su ejecutoria, regrese la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

Firmado Por:

**NANCY AVILA DE MIRANDA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 002 PENAL DE ANTIOQUIA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD 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:

8634678bd63a909110bbb9ddd157ea63922ed79d68c6b09e23e0cc3827aa7d0b

Documento generado en 11/05/2021 01:57:41 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

N.I.	2021-0571-3
Radicado	056153104003202100018
Accionante	Luz Marina Gomina de Mejía
Accionado	COLPENSIONES
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma y adiciona

Medellín, diez (10) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado mediante Acta Nº 084 de la fecha

ASUNTO

El Tribunal decidiría la impugnación interpuesta por la **Administradora Colombiana de Pensiones** -en adelante **COLPENSIONES**-, contra el fallo de tutela de 18 de marzo hogaño, emitido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia, por el cual concedió el amparo al derecho fundamental al mínimo vital.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifiesta la accionante que tiene 62 años de edad, diagnosticada con LNH folicular desde el año 2016, presentado de manera asintomática hasta el año 2020, fecha en la que aparecieron los síntomas de la enfermedad que la acongoja, lo que conllevó a que la incapacitaran por más de 180 días de manera ininterrumpida, prestación económica inicialmente cancelada por SURA E.P.S., entidad que remitió el caso a la demandada junto con el diagnóstico desfavorable de recuperación, para que continuara con el pago de las incapacidades que se siguieran causando.

Indicó la actora que, realizó solicitud de pago de incapacidades ante **COLPENSIONES**, empero, le pusieron barreras administrativas con el fin de no desembolsar el dinero que le corresponde, expone que, incluso le hicieron exámenes en el mes de febrero de los

corrientes, con el fin de examinar su pérdida de capacidad laboral, resultados que a la fecha no han sido notificados.

Por lo tanto, depreca la protección de sus derechos fundamentales a la salud, vida, seguridad social, dignidad humana y mínimo vital, y se ordene a la entidad demandada pagar las incapacidades causadas después del día 180 y de respuesta a la calificación de pérdida de capacidad laboral que le realizaron.

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. El conocimiento de la acción pública incoada correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia, quien avocó conocimiento el 3 de marzo de 2021 y decidió oficiar a la entidad accionada para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción.

2. El 5 de marzo hogaño, la directora de asuntos constitucionales de **COLPENSIONES**, respondió al requerimiento realizado por el juzgado de primera instancia e informó que, para otorgar el subsidio de incapacidad, conforme a la ley, se requiere que el afiliado (i) padezca de una enfermedad de origen común, (ii) que la incapacidad sea continua y supere 180 días, (iii) se emita un concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, (iv) que al momento de cumplirse el día 180 se encuentre afiliado al fondo de pensiones y (iv) tenga cotizaciones a pensión dentro de los 30 días anteriores a la fecha de la incapacidad reclamada; supuestos que la petente no cumple.

Adicionalmente, indicó que, en el *sub examine*, no procede el pago de incapacidades, sino la calificación de la pérdida de la capacidad aboral, por lo tanto, emitió el dictamen No. DML4088605 adiado el 11 de febrero de 2021, de otro lado, adujo, que la presente acción constitucional debe ser declarada improcedente, porque no cumple con la condición de residualidad, toda vez que el pago de incapacidades, constituye el pago de una prestación económica que escapa de la orbita del juez constitucional y la petente debe dirigirse ante la jurisdicción laboral para plantear la presente controversia, de conformidad con el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

En consecuencia, solicita se nieguen las pretensiones de la accionante y se declare improcedente el trámite tutelar.

3. El 18 de marzo de los corrientes, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia, profirió fallo de primera instancia, en el cual consideró que del examen de los documentos anexados a la demanda de tutela, avizora un concepto favorable de rehabilitación adiado el 2 de marzo de 2021, el cual fue puesto en conocimiento de la accionada el 4 de marzo hogaño, en consecuencia, amparó los derechos fundamentales de la promotora y ordenó el pago de las incapacidades generadas desde del día 181.

Frente a la solicitud de notificar el certificado de pérdida de capacidad laboral realizado por la demandada, refirió que no había lugar a pronunciarse, toda vez que, el concepto desfavorable de rehabilitación que le dio lugar, había desaparecido posteriormente con el concepto favorable emitido el 2 de marzo de 2021.

4. La accionada, inconforme con la decisión, allegó memorial impugnando la sentencia de primera instancia, reiterando que el presente trámite constitucional es improcedente, argumentando su petición repitiendo el escrito con el que con describió el traslado de la demanda en la primera instancia.

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.

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

Del caso concreto

Inicialmente, se hace necesario precisar que la acción de tutela es un mecanismo legal, cuya función es posibilitar a los colombianos la obtención de sus derechos fundamentales, mediante un procedimiento preferente y sumario que permita una pronta solución a las vulneraciones o amenazas que presenten las personas en sus derechos fundamentales. Sin embargo, este procedimiento ha sido dotado con la calidad de subsidiario. Es decir, que 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.

Ahora bien, de manera general, ha sido señalado por Corte Constitucional, como máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional, que 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. De igual manera, la misma corporación ha ahondado respecto de la necesidad probatoria que refiere este tipo de procesos, lo cual finalmente escapa a la competencia del juez de tutela.

No obstante, la jurisprudencia ha exhortado a los jueces de tutela a valorar las circunstancias particulares de cada caso, a fin de determinar o no su procedibilidad.

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 la postura de que, si bien existen mecanismos judiciales para la adquisición de lo pretendido, el tiempo que lleva dirimir un conflicto de esta naturaleza desdibuja la eficacia de la vía, en razón a que podría atender directamente frente al mínimo vital del accionante, quien adicionalmente se encuentra en condiciones de vulneración en atención a su salud.

Por lo anterior, este Tribunal se aparta de la tesis de la entidad accionada respecto de la improcedencia del trámite constitucional, toda vez que se relaciona frente a una mujer de tercera edad, que presenta problemas de salud, y cuya única fuente de ingresos proviene de su salario que actualmente fue reemplazado por el pago de incapacidades, de manera que declarar la improcedencia del mismo lesionaría su derecho al mínimo vital, salud y vida digna.

Con respecto al pago de las incapacidades adeudadas, esta dependencia judicial rememora que el Sistema General de Seguridad Social consagra una serie de figuras que propenden la protección de los derechos de los trabajadores en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, dentro de las cuales hay que hacer alusión al pago de incapacidades a fin de proceder a dar resolución al caso que nos atañe.

En palabras de la Corte Constitucional, las incapacidades han sido creadas “(...) *en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada*”³

Estas incapacidades, según distinciones realizadas por el mismo órgano colegiado, pueden ser de carácter “(i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) **permanente parcial**, cuando se presenta un disminución parcial pero

² Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 2017

³ Corte Constitucional, Sentencia T-876 de 2013

*definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) **permanente (o invalidez)**, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%”⁴*

Sin embargo, a fin de determinar el ente que procederá el pago de las mismas, es necesario tener claridad respecto del tipo de enfermedad; esto es, si ella es de origen laboral o común, lo cual será determinable a la luz de sus causas.

En el caso de la promotora, previa valoración de los documentos aportados tanto por ella como por **COLPENSIONES**, se puede abstraer que la enfermedad que da origen al pago de incapacidades es de origen común; de tal suerte, que el pago de incapacidades debería respetar las disposiciones consagradas en el Decreto 2943 de 2013, Ley 962 de 2005 y Ley 1753 de 2015. Esto es, que el pago de incapacidades de los días 1 y 2, serán asumidos por parte del empleador, por parte de la Entidad Promotora de Salud, desde el día 3 a 180, por el Fondo de Pensiones del día 181 al día 540 y por parte de la E.P.S. nuevamente desde el día 541 en adelante.

No obstante, la regla antes planteada tiene excepción respecto de la posibilidad de que la E.P.S subrogue al Fondo de Pensiones, cuando esta omite su deber de elaborar y comunicar su concepto de rehabilitación dentro de los términos indicados por ley para tal fin, lo cual fue realizado por la E.P.S. SURA con total diligencia de acuerdo a los elementos materiales probatorios presentados.

Por todo lo anterior, este Tribunal considera que para el caso de la accionante el pago de incapacidades correspondería a la Administradora de Fondo de Pensiones a la que se encuentre afiliada, en este caso **COLPENSIONES**.

En consideración a los argumentos expuestos por la accionada, respecto de la ausencia de pago de incapacidad dado el concepto desfavorable por parte de SURA, la Sala acoge la tesis del máximo órgano constitucional, respecto de la cual las incapacidades de origen común que superen los 180 días corren a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador **exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación** por parte de la Entidad Promotora de Salud.

⁴ T-920 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Ante esta situación, la Corte Constitucional, ha planteado que:

“Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad 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”⁵

Posición que fue reiterada posteriormente por la misma Corporación, en la cual además se agregó:

*“Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia **T-920 de 2009** que **las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones** hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%”⁶*

Por las razones antes expuestas, esta dependencia judicial no encuentra soporte en las razones dadas por el ente accionado para revocar la sentencia de fecha 18 de marzo de la presente anualidad, toda vez que ni el concepto de rehabilitación desfavorable, ni el dictamen de pérdida de capacidad laboral (el cual no supera el 50% de pérdida y no ha sido notificado a la accionante), a la luz de las reglas jurisprudenciales aplicables al caso, sirven de excusas para desconocer su obligación.

Ahora bien, en cuanto a la pretensión para que **COLPENSIONES** notifique a la actora del dictamen de pérdida de capacidad laboral y respecto de la cual el juzgador de primera instancia omitió pronunciarse al considerar que el concepto desfavorable que motivó su realización, había perdido todo objeto, luego de que el 2 de marzo hogaño un médico adscrito a la EPS, donde se encuentra afiliada la petente, emitiera un concepto favorable de rehabilitación, se tiene lo siguiente:

⁵ T-419 de 2015 M.p Myriam Ávila Roldan

⁶ T-401 de 2017 M.p. Gloria Stella Ortiz Delgado

En primer término, se debe recordar en que el proceso para emitir un dictamen de esta clase por parte de la Administradora de Fondos Pensionales, cuando reciba concepto desfavorable por parte de la E.P.S. debe realizarse sin ningún tipo de dilaciones, más aún cuando hayan transcurrido 180 días de incapacidad.

Para el presente asunto, fue emitido desde el 11 de febrero de 2021⁷ y la demandada no lo ha notificado a la accionante, en consecuencia, al resultar de interés para la promotora, a fin de que la actora conozca su situación y realice las diligencias a las que haya lugar, la Colegiatura adicionara al fallo de primera instancia, orden encaminada a que **COLPENSIONES**, en el término de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si no lo ha hecho, proceda a notificar el resultado de la calificación de pérdida de capacidad laboral No. 4088605, realizado a la gestora, desde el 11 de febrero hogaño.

Por lo expuesto, esta Sala de decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, 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 Tercero Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia el dieciocho (18) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

SEGUNDO: ADICIONAR, el fallo objeto de alzada, en el sentido de **ORDENAR a COLPENSIONES** que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, si no lo ha hecho, proceda a notificar el resultado de la calificación de pérdida de capacidad laboral No. 4088605, realizado a la gestora, desde el 11 de febrero hogaño.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁷ Folio 68, expediente digital de tutela primera instancia. Documento aportado por la accionada en el traslado de la demanda.

(firma electrónica)

GUERTHY ACEVEDO ROMERO

Magistrada Ponente

(firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECO

Magistrado

(firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Firmado Por:

GUERTHY ACEVEDO ROMERO

MAGISTRADA

**MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE
MEDELLIN-ANTIOQUIA**

PLINIO MENDIETA PACHECO

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 002 PENAL DE ANTIOQUIA**

RENE MOLINA CARDENAS

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD 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:

995724497bb320092441949823d5b3108fbc92029da3407301fbaa7c11ef701b

Documento generado en 10/05/2021 05:08:24 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

N.I.	2021-0519-3
Radicado	0503763104001202100042
Accionante	José Luis Tabares Ramírez
Accionado	Nueva E.P.S.
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma y revoca

Medellín, diez (10) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado mediante Acta N° 082 de la fecha

ASUNTO

El Tribunal decide la impugnación interpuesta contra el fallo de 25 de marzo de 2021¹, emitido por el Juzgado Penal del Circuito de la Ceja - Antioquia, por el cual concedió la tutela interpuesta por **José Luis Tabares Ramírez**, en favor de su interés tendiente a lograr la protección de su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Expuso el accionante, que en la actualidad tiene 76 años de edad y se encuentra afiliado al sistema integral de seguridad social en salud, por intermedio de **Nueva E.P.S.**, como cotizante pensionado.

Que fue diagnosticado con insuficiencia renal terminal, causas de morbilidad desconocidos no especificadas, hipotiroidismo, hipertensión esencial, arritmia cardiaca, hiperucemia sin signos de artritis inflamatoria y enfermedad toracea, por lo cual requiere de contacto permanente con médicos especialistas que brinden el tratamiento necesario para sus padecimientos.

¹ Folios 45 a 56, expediente digital de tutela de primera instancia.

Asimismo, afirma el actor que con ocasión al diagnóstico de insuficiencia renal crónica terminal, recibe atención en el hospital San Juan de Dios de Rionegro en el que se lleva a cabo su tratamiento de hemodiálisis, requerida para el tratamiento de su afección tres días a la semana -lunes, miércoles y viernes de 11:30 am a 4:00 pm- y al cual debe acudir en compañía, dado a la gravedad de su estado de salud.

No obstante, indica que no se encuentra en condiciones para sufragar los gastos de transporte que le son requeridos para su movilización, ya que solamente cuenta con su mesada pensional como única fuente de ingresos.

Por todo lo anterior, requiere a la judicatura tutelar su derecho a la salud, y en consecuencia, ordenar a **Nueva E.P.S.** sufragar los gastos de transporte que le son necesarios para él y su acompañante. De igual manera, requiere orden para que la empresa de salud brinde tratamiento integral a su enfermedad.

ACTUACIÓN RELEVANTE

El conocimiento de la acción pública incoada correspondió al Juzgado Penal del Circuito de la Ceja - Antioquia, despacho que avocó conocimiento el 16 de marzo de 2021 y ordenó vincular al Hospital San Juan de Dios de Rionegro, para que junto con la entidad accionada se pronunciara respecto de las afirmaciones realizadas por el accionante.

Atendiendo el requerimiento realizado por el juzgador de primera instancia, el apoderado judicial de **Nueva E.P.S.** allegó comunicado, en el cual se opuso a la totalidad de las pretensiones bajo los siguientes argumentos:

Indicó que la falta de suministro de transporte no constituye una afectación al derecho fundamental del accionante toda vez que no se trata de una prestación médica, bajo esa línea argumentativa expresó que, dicho servicio, debe asumirlo los familiares del accionante a quienes constitucionalmente le corresponde el deber de solidaridad. Concluyó manifestando que lo requerido por el actor no se encuentra de los servicios médicos que cubre el sistema de seguridad social, por no estar incluido en el plan de beneficios.

En cuanto al tratamiento integral, la entidad precisó la imposibilidad de pretender la protección de derechos futuros inciertos, lo cual a su juicio cobra especial

relevancia en el caso en cuestión, toda vez que considera no fue aportada por el accionante prescripción médica alguna.

Por consiguiente, la entidad accionada requirió declarar improcedente el trámite constitucional, así como la negación de todas las pretensiones planteadas por su contraparte. De manera subsidiaria, requirió que, de accederse a las peticiones, sea concedido el recobro por el 100% de los gastos al ente territorial correspondiente o al ADRES, según el caso.

El 25 de marzo de dos mil 2021, el Juzgado Penal del Circuito de la Ceja - Antioquia, profirió sentencia de primera instancia, en el cual accedió a lo pretendido por el ciudadano **José Luis Tabares Ramírez**, en consecuencia, ordenó a **Nueva E.P.S.** asumir los gastos de transporte del accionante y un acompañante para la realización de la hemodiálisis requerida por el promotor, así como los transportes que precise fuera del Municipio de La Ceja cuando sea requerido.

Del mismo modo, el despacho atendió las súplicas del actor, respecto del tratamiento integral, conforme al cual el *a quo* libro orden para que la promotora de salud lo garantizara al accionante conforme a sus padecimientos.

Siendo informado del fallo de primera instancia, el día 7 de abril de la presente anualidad, el apoderado de **Nueva E.P.S.** allegó memorial de impugnación de la sentencia, tras considerar que la decisión había excedido los límites legales, puesto que a su juicio el transporte no corresponde al servicio de salud, por lo tanto, el costo del mismo debería ser asumido por los familiares del paciente bajo respuesta del principio de solidaridad.

Así, la entidad accionada considera que el fallo impugnado coloca en riesgo la estabilidad del sistema de salud tras imponer a NUEVA E.P.S. cargas que no le son obligatorias.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991², 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

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, consagra que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del estado.

Asimismo, la Corte Constitucional como máximo órgano de cierre dentro de la Jurisdicción Constitucional, ha venido trazando una línea protectora del derecho a la salud, posicionándolo como derecho fundamental por conexidad y luego dotándolo del carácter de autónomo dada la gran incidencia de este en diversos ámbitos de la vida humana. Fue así como en sentencia T-361 de 2014, la alta corporación se pronunció sobre la protección del derecho a la salud de la siguiente forma:

“El derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y, que puede ser invocado a través de la acción de tutela cuando este resultare amenazado o vulnerado, para lo cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos vulnerados.”³

Del mismo modo, en sentencia T-760 de 2008, la Corte planteo el alcance del mismo, al indicar que este no encuentra sus límites en el Plan Obligatorio de Salud, pues los servicios que se requieran con necesidad y cuya ausencia podría comprometer de manera grave la vida digna de las personas, debe ser brindado por el estado.

En lo que refiere al derecho a la salud en personas de tercera edad, la actitud proteccionista de la mencionada Corporación se ha dotado de especial fuerza al indicar que *“las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y, en tal medida, el Estado y las entidades prestadoras de*

² 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

³ T-361 de 2014

salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica que requieran, de conformidad con lo prescrito por el médico tratante”⁴.

En consecuencia, su protección se da desde tres vías, siendo la primera, la intachable conexión que éste posee con respecto a la vida, la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, la segunda, con respecto a la cual este derecho puede verse pretendido en contextos en los cuales es requerido por un sujeto de especial protección constitucional (como lo es el caso de personas de tercera edad); y, por último, con ocasión a la fundamentabilidad que reviste el derecho a la salud como necesario desde una dimensión básica, pues debe guardar estrecha relación con los servicios contemplados en la Constitución Política, bloque de constitucionalidad, Planes Obligatorios de salud y de manera general todo lo que un individuo requiere para alcanzar la vida digna.⁵

Ahora bien, en lo que respecta al servicio de transporte el artículo 6, literal c, de la Ley 1751 de 2015 estableció que *“(l)os servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la **accesibilidad física**, la **asequibilidad económica** y el acceso a la información”⁶*

Con ocasión a ello, la Corte Constitucional ha sido pacífica al precisar que si bien el transporte y los viáticos no constituyen servicios médicos, los mismos son necesarios para acceder a los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes, y por ende sí constituyen elementos de acceso efectivo en condiciones dignas, puesto que de no ser así los costos que representa el sistema de transporte acabarían en algunos casos por desdibujarse para formar una barrera que impida el acceso efectivo a ellos.

Por consiguiente, indicó el órgano colegiado que *“es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando **ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS**”⁷*

⁴ T- 018 de 2008

⁵ T- 760 de 2008

⁶ Ley 1751 de 2015, artículo 6° literal c

⁷ T-259 de 2019

Así, se ha presentado la necesidad de establecer subreglas que implican la obligación de acceder a las solicitudes de transporte municipal o concederlo vía tutela, aun cuando no sean cumplidos los requisitos previstos en la Resolución 5857 de 2018, esto es, cuando:

“i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente.

ii. Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.

iii. De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.”⁸

Aunado a lo anterior, también ha sido permitido el traslado de los costos del sistema de transporte a la E.P.S. para acompañantes del paciente cuando: (i) se constate que el usuario es “totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”; (ii) requiere de atención “permanente” para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tengan la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado”.

Es decir, no es menos que un deber por parte de esta dependencia judicial valorar las circunstancias particulares de cada caso a efectos de determinar la viabilidad de transmitir la obligación del pago de los costos de transporte a manos de una promotora de salud. Especialmente, cuando resulta en una apremiante vulneración que podría devenir en un perjuicio irremediable a la salud, vida digna y mínimo vital del tutelante.

En síntesis del caso a tratar, este Tribunal encuentra que ha sido allegado por el paciente, la historia clínica en la cual se evidencia que el ciudadano **José Luis Tabares Ramírez**, supera los 70 años de edad, con diversos diagnósticos graves de salud, dentro del cual sobresale el de insuficiencia renal crónica, y para el cual su médico tratante ADSCRITO A LA PROMOTORA DE SALUD NUEVA E.P.S. ha recomendado el uso de hemodiálisis como tratamiento.

De la historia clínica allegada por él, se evidencia que el tratamiento es llevado a cabo en RTS SURCURSAL RIONEGRO, el cual dista de ser el lugar en el que el paciente tiene su domicilio. Por lo que el desplazamiento se hace necesario

⁸ Ibídem.

para acceder a su tratamiento de salud, toda vez que ni el accionante, ni la entidad promotora de salud en momento alguno han manifestado la existencia de convenios con I.P.S. alguna que permita la obtención de este tratamiento vital para su salud dentro de su lugar de residencia.

En ese orden de ideas, tras concluir que el ejercicio de transporte es requerido para dar continuidad a su tratamiento de salud, esta instancia judicial acoge la postura *a quo* por estimar que el desplazamiento resulta indispensable para el acceso a sus derechos de salud y vida digna.

En cuanto a la afirmación de la entidad accionada respecto de la cual los gastos constituyen obligación a cargo de los familiares del paciente, esta instancia cobija la postura de la Corte Constitucional, respecto de la cual para la afirmación de ausencia de capacidad financiera para sufragar sus propios gastos de transporte el accionante cuenta con todos los medios de prueba a su alcance; y, la sola afirmación del mismo respecto de la ausencia de recursos, desemboca en que sea invertida la carga de la prueba teniendo la E.P.S. que entrar a demostrar la falsedad de tal afirmación. Por ello, en caso de presentar silencio por parte de esta última la aseveración del tutelante se entiende como probada, conforme a la cual, pese a contar con una pensión como base de ingresos los costos de transporte son tan altos que lesionan su mínimo vital.

En relación con los costos del transporte para el acompañante, esta Sala pudo evidenciar, que el asunto versa sobre un hombre de tercera edad con graves afectaciones de salud, algunas en estado terminal y por ello resulta indiscutiblemente necesaria la presencia de una persona de su confianza que le asista en sus labores diarias.

Por todo lo anterior, frente a la pretensión del traslado, este Tribunal encuentra acertado, confirmar el fallo de primera instancia.

Finalmente, respecto de la solicitud de tratamiento integral, se debe traer a colación lo dispuesto en sentencia T-531 de 2019, en la cual, se plantea que para acceder a pretensión que requiere “tratamiento integral” es necesario que concurren los siguientes supuestos “(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el

reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.”⁹

No obstante, la jurisprudencia constitucional también ha indicado que para librar orden de tratamiento integral no es suficiente con que el paciente a su razonar considere que podría ser vulnerado en su derechos fundamentales; puesto que para ello deben concurrir las siguientes circunstancias “(i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio, como ocurre, por ejemplo, cuando demora la programación de procedimientos quirúrgicos o tratamientos médicos; y (ii) que existan las ordenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente”

Frente a este punto, no encuentra esta Sala elemento material probatorio alguno en el expediente que soporte la negligencia de la prestadora de salud. Por lo tanto, esta dependencia judicial no comparte la tesis del *a quo* conforme al cual la presencia de una persona de especial protección constitucional sea suficiente para librar orden de tratamiento integral, pues ello conllevaría al uso indiscriminado de la acción de tutela para decidir sobre hechos futuros e inciertos.

Por el contrario, este Tribunal encontró que al petente, le han sido diagnosticados cada uno de sus padecimientos en salud, y asimismo, se le ha brindado un plan de acción para cada uno de ellos. No evidenciándose, por lo menos afirmación alguna, que lleve a considerar que se le ha esbozado alguna barrera para su acercamiento al sistema de salud, distinta del pago de transporte para la realización de su procedimiento de hemodiálisis, situación debidamente superada con la orden que se confirmó.

De conformidad a ello, este tribunal decide revocar la orden de tratamiento integral, concedido por el Juzgado Penal del Circuito de la Ceja, Antioquia.

Por lo expuesto, esta Sala de decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley,

⁹ T- 531 de 2019

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR parcialmente la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de la Ceja - Antioquia el veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la decisión recurrida, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA

**MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD
DE MEDELLIN-ANTIOQUIA**

PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 002 PENAL DE ANTIOQUIA

RENE MOLINA CARDENAS
MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD
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:

**0e0cbbf18ae7fb92d0ca15ee42c29ddbda086e6d9013cdab6dad3dfc1c89e6
b**

Documento generado en 10/05/2021 05:00:12 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	2021-0645-3
Accionante	Miguel Ángel Durango Rodríguez y Beatriz Helena Rodríguez Gómez
Accionados	Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Niega

Medellín, diez (10) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Aprobada mediante Acta N° 083 de la fecha

ASUNTO

Resuelve la Sala, en primera instancia, la acción de tutela propuesta por **Miguel Ángel Durango Rodríguez y Beatriz Helena Rodríguez Gómez**, en contra del **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, por la presunta vulneración del derecho fundamental de petición.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relataron los accionantes¹ que, el 27 de noviembre de 2020, radicaron virtualmente, derecho de petición ante el juzgado accionado, solicitando la devolución de la caución prendaria pagada con ocasión al proceso penal CUI 050016000206201660293, por el cual **Miguel Ángel Durango Rodríguez** estuvo privado de la libertad, lo anterior, porque el juzgado executor mediante auto de sustanciación No. 1744 adiado 11 de noviembre del año pasado, les requirió anexar documentación necesaria para efectuar la devolución del dinero.

El accionante precisa que, interpone la acción constitucional en conjunto con **Beatriz Helena Rodríguez Gómez**, su progenitora, porque el juzgado demandado en el

¹ Folios 1 y 3, expediente digital de tutela.

pre nombrado auto, requirió el nombre y dirección de la persona que realizó la consignación.

Finalmente, los promotores indicaron, que a la fecha de presentación de la acción de tutela no le han dado respuesta de fondo sobre la devolución del dinero de la caución prendaria, por lo tanto, depreca la protección de su garantía fundamental contemplada en el artículo 23 superior y se ordene al juzgado accionado, que en el término de cuarenta y ocho horas, proceda a responder la solicitud impetrada desde el 27 de noviembre del año inmediatamente anterior.

TRÁMITE

Mediante auto de 28 de abril de 2021, se dispuso asumir la demanda, ordenándose la notificación de la accionada.

RESPUESTAS

El 29 de abril hogaño², la titular del **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, informó que, el promotor, mediante apoderado judicial, el 27 de noviembre de 2020, radicó petición de devolución de la caución prendaria por valor de \$1.656.232, impuesta como condición para acceder a la prisión domiciliaria concedida el 23 de diciembre de 2019, dentro del proceso radicado CUI 05001600020620166029; precisó que, por el domicilio escogido por el petente, el proceso fue remitido por competencia al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, el cual extinguió la pena y concedió libertad por cumplimiento de la sanción impuesta, el 24 de junio de 2020 del año pasado.

Indicó que, mediante el auto de sustanciación No. 1744, adiado el 11 de noviembre de 2020, le informó al petente los documentos y el trámite para lograr la devolución de la caución solicitada, anexos que allegó virtualmente al despacho, empero, por la alta carga laboral, el juzgado executor no había podido atender la petición.

Finalmente, adjuntó la certificación bancaria y una constancia realizada por la asistente jurídica del despacho accionado, en la que pone de presente que se puso en contacto telefónico con el petente, para que fuera a la oficina del Banco Agrario de Carabobo y le hicieran entrega del dinero, empero, el promotor le comunicó que al llegar al lugar, le informaron que debía ir al día siguiente, pues la entidad se

² Folios 18 y 19, ibídem.

encontraba cerrada debido al paro nacional, en ese sentido, el accionante le refirió que a penas tuviera el dinero, lo informaría al juzgado accionado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

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

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

2. Problema jurídico

En esta oportunidad, corresponde a la Sala determinar si en la presente acción constitucional se cumplen los requisitos de procedencia. En caso de que así sea, posteriormente, se deberá establecer si en el caso en revisión, el extremo pasivo, vulneró el derecho fundamental invocado por la parte actora del libelo.

3. Análisis de procedencia de la acción de tutela

En el caso concreto, **Miguel Ángel Durango Rodríguez y Beatriz Helena Rodríguez Gómez**, reclaman la protección de su derecho fundamental de petición, en tanto, manifestaron haber radicado petición ante el **Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Guarne**, solicitando la devolución de la caución prenda cancelada para obtener la sustitución de la pena por prisión domiciliaria el 23 de diciembre de 2019, empero, de los documentos aportados con la demanda de tutela, se puede comprobar que la petición fue incoada únicamente por el primero de los citados, mediante apoderado judicial, de este modo, y teniendo como característica, el derecho

fundamental de petición, ser personalismo, la Sala asegura que, **Beatriz Helena Rodríguez Gómez**, a diferencia de su hijo, no es legitimada en la causa por activa.

De otro lado, se evidencia la legitimación por pasiva del **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, comoquiera que se acreditó que desde el 27 de noviembre de 2020, le fue radicada petición de manera virtual, es el juzgado que, presuntamente vulneró la garantía alegada al no emitir respuesta al requerimiento elevado por el promotor, le asiste interés para concurrir al presente trámite por pasiva.

De otra parte, en cuanto al requisito de inmediatez, teniendo en cuenta que el accionante adujo haber radicado virtualmente, el 27 de noviembre de 2020, requerimiento para que le devolvieran el dinero cancelado como caución prendaria, y la acción de tutela fue radicada³ el 27 de abril de los corrientes, es decir, casi 4 meses, desde que se cumplió el término legal para responder de fondo la petición del promotor, dicho presupuesto se encuentra a salvo.

Ahora, frente a la subsidiariedad, en el caso bajo análisis, se tiene que la parte accionante deprecó el amparo constitucional, toda vez que alegó que, a pesar de haber elevado petición, en la actualidad no ha recibido respuesta de fondo.

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

4. Caso concreto

Sea lo primero señalar que, en punto al deber de resolver de fondo las peticiones incoadas, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar:

*“La respuesta de fondo hace referencia al deber que tienen las autoridades y los particulares de responder materialmente a las peticiones realizadas. Según esta Corte, para que no se vulnere el derecho fundamental de petición, la respuesta debe observar las siguientes condiciones: a) **claridad**, esto es que la misma sea inteligible y que contenga argumentos de fácil comprensión; b) **precisión**, de manera que la respuesta atienda directamente a lo solicitado por el ciudadano y que se excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas; c) **congruencia**, que hace referencia a que la respuesta esté conforme con lo solicitado; y por último, d) **consecuencia en relación con***

³ Folio 2, ibídem.

el trámite dentro del cual la solicitud es presentada, «de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente»⁴.

“Ahora bien, este Tribunal ha aclarado que **la resolución de la solicitud no implica otorgar lo pedido por el interesado**, en tanto, existe una diferencia entre el derecho de petición y el derecho a obtener lo pedido. En efecto, la sentencia C-510 de 2004 indicó que «**el derecho de petición se ejerce y agota en la solicitud y la respuesta**. No se decide propiamente sobre él [materia de la petición], en cambio si se decide por ejemplo sobre el reconocimiento o no del derecho subjetivo invocado ante la administración para la adjudicación de un baldío, el registro de una marca, o el pago de una obligación a cargo de la administración».⁵

De manera tal que, una cosa es el deber al que se encuentran sometidas las entidades administrativas de dar respuesta a las peticiones presentadas y, otra, que los solicitantes estén de acuerdo o no con el contenido de la contestación dada. En vista de lo anterior, y en atención al criterio jurisprudencial expuesto, la negativa a una solicitud no conlleva la violación del referido derecho, máxime cuando ésta ha sido aclarada en debida forma y se encuentra amparada en fundamentos legales.

Descendiendo al caso concreto, es menester precisar que, el amparo fue invocado por la ausencia de respuesta al requerimiento radicado el 27 de noviembre de 2020, ante el **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, en ese sentido es indispensable, hacer un estudio acerca de la petición concreta y el pronunciamiento ofrecido por la entidad demandada, observando si se cumplen con los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para determinar si efectivamente se satisfizo el contenido esencial del derecho fundamental aludido.

Así, en petición adiada de 27 de noviembre del año pasado⁶, **Miguel Ángel Durango Rodríguez**, allegó la totalidad de documentos solicitados por el juzgado accionado, para poder concluir el trámite de devolución del dinero cancelado por concepto de una caución predaría, como requisito para obtener el sustituto de la prisión domiciliaria en diciembre de 2019.

Por su parte, la titular del **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, el 29 de abril hogaño, aseguró haber adelantado todas las

⁴ Cita de la Corte Constitucional Sentencia T-610 de 2008.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2017.

⁶ Folio 4, expediente digital de tutela. Derecho de petición elevado ante le Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

gestiones necesarias para concretar la devolución de la caución prendaria, adjuntando el certificado del Banco Agrario, que indica que el dinero ya se encuentra disponible para entregar:⁷

Notificaciones Banco Agrario de Colombia

Señor funcionario, se ha realizado la autorización de pago de los títulos con la siguiente información:

- Transacción realizada: Autorización Orden de pago DJ04
- Fecha Aprobación: 29/04/2021 11:32:10
- Títulos:

Número título	Valor
413230003455159	\$ 1.656.232,00

- Valor Total: \$ 1.656.232,00

Este mensaje es informativo favor no responder, si tiene alguna duda comuníquese a la línea gratuita 01-8000-915000 o en Bogotá al teléfono 5948500.

Atentamente,

Banco Agrario de Colombia S.A.

Situación que, además, se tiene certeza, fue puesta en conocimiento del petente, satisfaciendo en su integridad el contenido y alcance del derecho fundamental de petición, pues la asistente jurídica del juzgado executor accionado, elevó constancia en la que indicó “[S]eñora Juez, respetuosamente me permito informarle que en el día de hoy se realizó por el portal del Banco Agrario la orden de pago del título judicial número 413230003455159 por valor de \$ 1.656.232 y se le comunicó vía telefónica al sentenciado MIGUEL ANGEL DURANGO RODRIGUEZ, identificado con la c.c. 1.037.648.805 para que fuera a la Oficina del Banco Agrario de Carabobo con el fin de que se le hiciera la entrega efectiva del dinero, pero según información suministrada por el citado penado al desplazarse hasta dicho lugar se le informó que debía ir el día de mañana para entregarle el dinero porque en el día de hoy estaba cerrado debido al paro que se lleva a cabo desde el día de ayer el cual continuaría hoy. MIGUEL ANGEL DURANGO RODRIGUEZ, me indicó que inmediatamente recibiera el dinero lo informaría al Despacho.”⁸

En consecuencia, debe asegurarse que en el *sub judice*, en lo que respecta al juzgado demandado, se concretó el fenómeno jurídico de carencia actual en el objeto del trámite tutelar por hecho superado, según el cual, de conformidad con la extensiva, pero pacífica interpretación que le ha otorgado la Corte Constitucional al artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, ocurre cuando “entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción

⁷ Folio 21, ibídem. Certificado Banco Agrario..

⁸ Folio 22, ibídem. Constancia asistente jurídica del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

de tutela, es decir, que **por razones ajenas a la intervención del juez constitucional**, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario”⁹.

Es menester observar el marco temporal que permite la configuración del hecho superado en el caso concreto. En primer lugar, el promotor, indicó haber elevado la petición el 27 de noviembre de 2020, ante **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, e interpuso demanda de tutela que fue admitida el 28 de abril de 2021, y la respuesta ofrecida al petente se notificó telefónicamente, el 29 de abril de los corrientes, esto fue, en el trámite de la acción constitucional, con lo que se terminó cualquier vulneración del derecho fundamental de petición.

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 tutela al derecho fundamental de petición pretendido por **Miguel Ángel Durango Rodríguez**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.037.648.805, por encontrarnos frente a un hecho superado.

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)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 2017.

Firmado Por:

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA
MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-
ANTIOQUIA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 002 PENAL DE ANTIOQUIA**

**RENE MOLINA CARDENAS
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD 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: **c0d0de4bc2f1a69370a9d252424554e63e16ef87fb14f1ab641f72451fd31190**
Documento generado en 10/05/2021 05:00:20 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

N.I.	2021-0520-3
RADICADO	056154004001202100011
ACCIONANTE	Carlos Enrique Zapata García
ACCIONADO	Colpensiones
ASUNTO	Impugnación fallo de tutela
DECISIÓN	Modifica

Medellín, diez (10) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado mediante Acta N° 085 de la fecha

ASUNTO

El Tribunal decidiría la impugnación interpuesta por **Carlos Enrique Zapata García**, contra el fallo de tutela de 2 de marzo de hogaño, emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de conocimiento de Rionegro - Antioquia, por el cual concedió el amparo al derecho fundamental a la seguridad social.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Relató el accionante que, el 15 de septiembre de 2020, por encontrarse inconforme con la calificación de invalidez reconocida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, interpuso el recurso de apelación para que su caso fuera conocido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

El petente indicó que, han transcurrido más de cinco meses sin que se de trámite a su recurso de apelación, bajo el argumento de que, la Administradora Colombiana de Pensiones -en adelante **COLPENSIONES**-, no ha cancelado el valor de los honorarios de quienes conforman la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; por lo tanto, elevó derecho de petición ante la accionada, peticionando el respectivo pago y así poder continuar con el trámite para obtener su pensión de invalidez, empero, la

demandada respondió, que lo requerido era un trámite interno con la Junta Regional de Calificación de Invalidez, entidad que no ha requerido el referido pago; respuesta que el petente considera no es de fondo y por lo tanto no satisface su derecho fundamental de petición.

Comoquiera que el promotor no ha podido dar continuidad al trámite de su pensión de invalidez, interpone la acción de tutela para que se amparen sus derechos fundamentales de petición, seguridad social y debido proceso; y depreca se ordene a la demandada que en el menor tiempo posible proceda al pago de los honorarios de la Junta Nacional de Calificación Invalidez.

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. El conocimiento de la acción pública incoada correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia, que mediante auto adiado el 18 de febrero hogaño, admitió la demanda de tutela y ordenó la vinculación de la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia**, ordenando oficiar al extremos pasivo para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción.

2. El 19 de febrero de los corrientes, la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia**, a través de su representante legal, al descorrer el traslado de la demanda indicó que, mediante el oficio JRCIA S3 N°23024, fue concedido el recurso de apelación interpuesto por el petente y solicitó a **COLPENSIONES** el pago de los respectivos honorarios.

Asimismo, la entidad expresó que no era posible efectuar la respectiva remisión a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, dada la ausencia de pago por parte del ente accionado. Conforme a ello, indica que no ha vulnerado ningún derecho fundamental del promotor, por lo tanto, solicitó denegar las peticiones planteadas en las que podría verse afectado.

3. A su turno, el 23 de febrero de 2021, la directora de asuntos constitucionales de **COLPENSIONES**, respondió al requerimiento realizado por el juzgado de primera instancia e informó que, el gestor fue calificado por la Junta Regional, quien de determinó la pérdida de capacidad laboral al gestor en un porcentaje de 48,24, con fecha de estructuración 10 de junio de 2019, por patologías de origen común.

Adicionalmente, la entidad demanda indicó que, la **Junta Regional de Calificación de Invalidez**, el 18 de enero de 2021, le requirió para el pago de honorarios de los miembros de la Junta Nacional, caso que se tramitó bajo el radicado BZ2021_1303695, que tiene como resultado la procedencia para ser incluido en validación y revisión de pago, y asevera que, la remisión del expediente a la segunda instancia, corresponde exclusivamente a la entidad vinculada en el *sub examine*.

Por lo anterior, informa no haber vulnerado derechos fundamentales del promotor y en consecuencia, deprecia la improcedencia del trámite tutelar.

4. Frente a las anteriores posturas, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, en sentencia adiada el 2 de marzo hogaño, consideró que efectivamente existe una vulneración de los derechos fundamentales del accionante. Sin embargo, lejos de la responsabilidad de **COLPENSIONES** en la diligencia, estableció que la imposición de barreras administrativas para el reconocimiento del recurso proviene de la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia**, ordenando remita el expediente y de trámite al recurso de apelación interpuesto ante Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

5. Inconforme con la decisión proferida, el 3 de marzo de la presente anualidad, el accionante presentó escrito de impugnación contra la decisión de primera instancia, tras considerar que la actitud negligente proviene de **COLPENSIONES**, y es de este último respecto del cual debería emitirse la orden de pagar los honorarios de los miembros de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para que la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia** pueda proceder a remitir el expediente en apelación.

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

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

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

La acción de tutela, es un trámite constitucional creado para que las personas puedan obtener de los jueces el efectivo amparo de los derechos fundamentales vulnerados o expuestos a vulneración.

Así, debido al carácter preferencial que ella posee, ha sido condicionada a ser un mecanismo residual por nuestra Constitución Política. Esto es, que a la libertad de los individuos para radicarla se le ha impuesto el limitante de sólo ser procedente cuando no exista medio de defensa judicial alguno para obtener la efectiva protección de sus derechos. O si bien existiendo, esta sea utilizada de manera transitoria para obtener un amparo efectivo ante un eventual perjuicio irremediable.

En ese orden de ideas, por ser requerido el dictamen de pérdida de capacidad laboral como documento imprescindible para dar inicio a los trámites de reconocimiento de pensión por invalidez, encuentra esta Sala que en él coligen gran variedad de derechos fundamentales de necesaria protección, sin que el actor cuente con medio de defensa judicial alternativo que permita de manera idónea y eficaz obtener lo pretendido.

Ahora bien, en palabras de la H. Corte Constitucional *“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”*²

Así, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Decreto 019 de 2012, ha establecido que las entidades encargadas de determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y determina el grado de invalidez, son las Administradoras de Fondos Pensionales -en este caso **COLPENSIONES**-, las Administradoras de Riesgos Laborales, las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y las Entidades Promotoras en Salud.

² Corte Constitucional, Sentencia T-427 de 2018.

Una vez emitido el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral el Decreto - Ley 019 de 2012 prevé un término de diez (10) días para que el interesado manifieste su inconformidad a la entidad, quien deberá remitirlo a la respectiva Junta Regional de Calificación de Invalidez, dentro de los cinco (05) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la **Junta Nacional de Calificación de Invalidez**, quien a su vez en un término de cinco (05) días deberá adoptar una decisión respecto al acto recurrido³.

No obstante, los integrantes de las respectivas juntas, no reciben salario, sino honorarios, de acuerdo a los casos recibidos, y los pagos de conformidad a lo esbozado en el artículo 44 de la Ley 100 de 1993 son sufragados *“por la entidad de previsión social, o quien haga sus veces, la administradora, la compañía de seguros, el pensionado por invalidez, el aspirante a beneficiario o el empleador”*⁴. Asimismo, el artículo 17 de la Ley 1562 de 2012, establece que *“(...) los honorarios que se deben cancelar a las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, de manera anticipada, serán pagados por la Administradora del Fondo de Pensiones en caso de que la calificación de origen en primera oportunidad sea común...”*

Conforme a la legislación previamente referida, este Tribunal encuentra que la orden del juzgador de primera instancia conforme a la cual requiere a la **Junta Regional de Calificación de Invalidez**, para que procesada a remitir el expediente del promotor ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, pese a que esta comunicó no haber recibido el pago de los honorarios por parte de la entidad accionada, no sólo resulta lesiva de los derechos fundamentales del accionante, sino que contraviene el ordenamiento jurídico vigente que regula la materia. Razón por la cual, si bien la Sala comparte el fondo del asunto, es deber modificar la decisión impugnada, en el sentido de ordenar el respectivo pago de honorarios, que a la fecha no ha sido comprobado, con el fin de que la entidad vinculada pueda cumplir con la orden del *a quo*.

A la anterior conclusión llega esta Colegiatura, porque de la respuesta emitida por **COLPENSIONES**, dentro del trámite constitucional y las pruebas allegadas, la entidad demandada se limitó a enunciar que el caso del promotor, era procedente incluirlo en validación y revisión de pago, empero, no demostró haber realizado la cancelación de los honorarios de quienes conforman la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, lo

³ Artículo 142, Decreto – Ley 019 de 2012

⁴ Artículo 44, Ley 100 de 1993

cual era realmente la barrera impuesta que dilatava la posibilidad del gestor de iniciar el trámite de su pensión de invalidez.

Es así, como de la valoración de los elementos materiales probatorios aportados al trámite constitucional, es perceptible que la imposición de cargas corre por cuenta de la demandada, y no por parte de la **Junta Regional de Calificación de Invalidez**, como lo planteó el *a quo*, toda vez que, pese a reconocer que el accionante cuenta con toda la documentación requerida para ser tramitado el recurso de apelación, aún a la fecha de la sentencia, **COLPENSIONES**, no aportó confirmación del respectivo pago de honorarios.

De tal suerte, que esta Sala, procederá a modificar la sentencia impugnada, ordenando a **COLPENSIONES**, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, realice el pago de honorarios de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y allegue el respectivo soporte a la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia**.

Seguidamente, se ordenará a la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia**, que acreditado el referido pago de honorarios, proceda de manera inmediata, a remitir el expediente del accionante con destino de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para desatar el recurso de apelación impetrado desde 15 de septiembre de 2020.

Por lo expuesto, esta Sala de decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia revisada por apelación, de naturaleza, contenido, procedencia y fecha antes mencionada, conforme a lo anotado en el cuerpo de la presente decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones – **COLPENSIONES**, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta decisión, proceda a efectuar el pago de honorarios de

la Junta Nacional de Calificación, y acreditar el mismo ante la **Junta Regional de Calificación de Invalidez**, a fin de darle trámite al recurso de apelación interpuesto por el accionante, frente a su dictamen de pérdida de capacidad laboral.

TERCERO: ORDENAR a la **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia**, para que acreditado el pago de honorarios de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, de manera **INMEDIATA**, proceda con la respectiva remisión del expediente del accionante, a fin de que se pueda resolver el recurso de apelación impetrado desde el 15 de septiembre de 2020.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA
MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE
MEDELLIN-ANTIOQUIA

PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 002 PENAL DE ANTIOQUIA

RENE MOLINA CARDENAS
MAGISTRADO

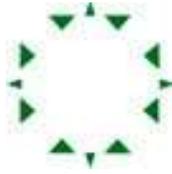
**MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE
MEDELLIN-ANTIOQUIA**

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:
6af84dd9a6f4d9a8d08c63388007639e86737fe8f1b9024bbd02042caa587b2a
Documento generado en 11/05/2021 09:24:04 AM

Tutela primera instancia

Accionante: Oscar Eduardo Rojas Rodríguez
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Radicado interno: 2021-0651-5



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, diez (10) de mayo de dos mil veintiuno

**Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

Aprobado en Acta N° 60

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	Oscar Eduardo Rojas Rodríguez
Accionado	Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Tema	Derecho de petición
Radicado	(2021-0651-5)
Decisión	Hecho superado

ASUNTO

Procede la Sala a decidir en primera instancia la acción de tutela presentada por el señor OSCAR EDUARDO ROJAS RODRÍGUEZ en contra del JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, al considerar vulnerado su derecho fundamental de petición.

Tutela primera instancia

Accionante: Oscar Eduardo Rojas Rodríguez

Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia

Radicado interno: 2021-0651-5

Se vinculó al CENTRO DE SERVICIOS DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE PENAS DE MEDELLÍN Y ANTIOQUIA y para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción en este trámite de tutela.

HECHOS

Afirma el accionante que el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia no ha resultado de fondo su solicitud de libertad condicional, a pesar que desde el 20 de enero de 2021 cuenta con toda la documentación para resolver su pretensión.

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Que se resuelva su petición de libertad condicional.

RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS

El Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, hizo una reseña de las actividades realizadas por ese Despacho de cara a resolver de fondo la petición de libertad del señor ROJAS RODRÍGUEZ y manifestó:

“Con lo anterior, se tiene que este Despacho respondió a la petición de libertad condicional del sentenciado desde el 10 de agosto del 2020, mediante auto N°2264, de forma negativa y continuó a la espera de la información COMPLETA y de acuerdo al artículo 64 del Código Penal para REANUDAR el estudio de libertad condicional que se negó al señor OSCAR EDUAR ROJAS, sin que esto en algún momento le hubiese llegado a implicar una vulneración a su derecho a la información y al debido proceso, todo lo contrario; no sólo siempre se le informó de las decisiones proferidas en su proceso, sino que este Despacho ha promovido –de oficio– las acciones pertinentes y dirigidas a obtener el material probatorio necesario para reanudar la solicitud de libertad del condenado, tal y como se relaciona y se ha acreditado en el transcurso de este escrito”.

Luego de lo cual adujo que, con auto interlocutorio del 4 de mayo de 2021, se concedió la libertad condicional al señor OSCAR EDUARDO ROJAS RODRÍGUEZ. Pide que se declare la ocurrencia de un hecho superado.

Aportó copia de la diligencia de compromiso suscrita por el accionante el 5 de mayo de 2021 a fin de gozar de la libertad condicional.

El secretario del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas de Medellín y Antioquia respondió a esta tutela informando que por parte de esa dependencia se ha brindado el trámite pertinente y oportuno a las solicitudes realizadas por el accionante, siendo remitidas al Juzgado ejecutor para el pronunciamiento correspondiente

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 5° del artículo 2.2.3.1.2.1 del decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para conocer la acción de tutela objeto de estudio.

De los hechos relatados por la parte actora se desprende que la acción de tutela tenía como objeto que el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia resolviera de fondo su petición de libertad condicional.

Sin embargo, según la respuesta dada por la autoridad accionada y las constancias aportadas al trámite, ya se respondió la solicitud del accionante.

Para el efecto, se anexó al expediente copia de la diligencia de compromiso suscrita por el accionante el 5 de mayo de 2021 a fin de gozar de la libertad condicional concedida por el Juzgado accionado.

De esta manera, es claro que se ha configurado un hecho superado respecto de la pretensión constitucional.

Acerca de la carencia de objeto de protección constitucional por hecho superado, ha dicho la Corte Constitucional que¹:

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

(...)

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

Siendo así, se declarará la carencia de objeto de protección constitucional por hecho superado.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión, se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co y su aprobación se efectúa de acuerdo a la aceptación del contenido de la sentencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

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

¹ Corte Constitucional, sentencia T-038, del 1º de febrero de 2019.

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la carencia de objeto de protección constitucional por hecho superado en la acción de tutela interpuesta por el señor OSCAR EDUARDO ROJAS RODRÍGUEZ.

SEGUNDO: INFORMAR que esta decisión se debatió y aprobó por correo electrónico, siguiendo los acuerdos PCSJA20-11517 y PCSJA-20-11518, y prórrogas, del Consejo Superior de la Judicatura.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Tutela primera instancia

Accionante: Oscar Eduardo Rojas Rodríguez
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de
Antioquia
Radicado interno: 2021-0651-5

Firmado Por:

RENE MOLINA CARDENAS

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE
MEDELLIN-ANTIOQUIA**

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE
MEDELLIN-ANTIOQUIA**

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL 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:

f8f066ff7c5df89e5363444127f5bf9d995ddef0891338949fb56703aee1e0fe

Documento generado en 11/05/2021 08:28:35 AM

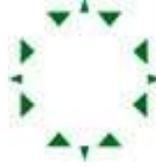
Tutela segunda instancia

Accionante: Gildardo de Jesús Franco Franco

Accionado: A.F.P. COLPENSIONES

Radicado: 056153104003202100012

(N.I. TSA 2021-0581-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, diez (10) de mayo de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 60

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Gildardo de Jesús Franco Franco
Accionado	A.F.P. COLPENSIONES
Tema	Pago de honorarios a la Junta Regional de Calificación de Invalidez
Radicado	056153104003202100012 (N.I. TSA 2021-0581-5)
Decisión	Revoca, declara hecho superado.

ASUNTO

Decidir el recurso de impugnación interpuesto por la A.F.P. COLPENSIONES, contra la decisión proferida el 2 de marzo de 2021 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), que tuteló el derecho fundamental del debido proceso a favor del accionante GILDARDO DE JESUS FRANCO FRANCO.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1. Señaló el accionante que el 25 de noviembre de 2020 presentó recurso de apelación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia contra el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la entidad el 23 de octubre de ese año. Solicitó la remisión del expediente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Pasados más de dos meses de interponer el recurso de apelación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, esa entidad no ha remitido el expediente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez ya que la A.F.P. COLPENSIONES no ha realizado el pago de los honorarios de la Junta Nacional.

En varias oportunidades se ha dirigido a la A.F.P. COLPENSIONES de Rionegro, solicitando información del pago de los honorarios a la Junta Regional de Calificación de invalidez, donde le manifestaron que no han sido notificados. Por el contrario, la Junta Regional aduce haber enviado al fondo de pensiones la citación de notificación de la calificación y la concesión del recurso y requirieron el pago de honorarios por parte de la A.F.P. COLPENSIONES.

2. El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso administrativo del señor GILDARDO DE JESÚS FRANCO FRANCO. Le ordenó a la AFP Colpensiones que, en un plazo no mayor a 48 horas, procure que el recurso de apelación interpuesto por el señor FRANCO FRANCO en contra del dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 088886-2020 sea remitido a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para lo de su competencia, acreditando el pago de los honorarios

profesionales ante la Junta Regional de calificación de invalidez de Antioquia.

DE LA IMPUGNACIÓN

El fallo proferido en primera instancia fue impugnado por la A.F.P. COLPENSIONES con los siguientes argumentos principales:

1. El 23 de octubre de 2020 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia determinó una pérdida de capacidad laboral del señor GILDARDO DE JESUS FRANCO del 27.15%.
2. El 12 de febrero de 2021, la entidad informó del recurso interpuesto por el actor al fondo de pensiones COLPENSIONES.
3. La A.F.P. COLPENSIONES realizó el estudio correspondiente de los requisitos documentales y legales, y procedió a realizar el pago de honorarios.
4. Por lo anterior, manifiesta que no se han vulnerado los derechos del accionante, y en consecuencia la acción constitucional no es procedente porque carece de objeto por hecho superado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por ser la Sala superior funcional del juzgado de primera instancia, la reviste de competencia para decidir la impugnación interpuestas por la A.F.P. COLPENSIONES.

2. Problema jurídico planteado

La Sala determinará si se ha presentado un hecho superado respecto de la pretensión constitucional del señor GILDARDO DE JESUS FRANCO FRANCO.

3. Solución del problema jurídico.

Mediante decisión de tutela del 2 de marzo del 2021 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, ordenó a la entidad accionada acreditar el pago de honorarios profesionales ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia en aras de que se de trámite al recurso de apelación que interpuso el accionante en contra del dictamen de pérdida de capacidad laboral del 23 de octubre de 2020.

La Sala estableció comunicación telefónica con el accionante, quien confirmó que efectivamente fue notificado sobre el pago de los honorarios a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia por parte de Colpensiones.

De esta manera, la orden constitucional proferida en primera instancia ha perdido vigencia ante la configuración de un hecho superado respecto de la pretensión constitucional del accionante

Acerca de la carencia de objeto de protección constitucional por hecho superado, ha dicho la Corte Constitucional que¹:

“La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la carencia actual de objeto se configura cuando frente a las pretensiones esbozadas en la acción de tutela,

¹ Corte Constitucional, sentencia T-038, del primero de febrero de 2019.

cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente “caería en el vacío.

(...)

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

Siendo así, se revocará el fallo impugnado, y en su lugar se declarará la carencia actual de objeto de protección constitucional por presentarse un hecho superado.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 prorrogado, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión, se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo a la aceptación del contenido de la sentencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia, y en su

lugar **declarar la carencia actual de objeto de protección constitucional por presentarse un hecho superado.**

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

RENE MOLINA CARDENAS

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE
MEDELLIN-ANTIOQUIA**

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE
MEDELLIN-ANTIOQUIA**

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL 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:

**8a14fd0672e97cb0ce0595a5f5f14e29fcb598a41ca9875fa2297d6ce6b
e611d**

Documento generado en 10/05/2021 04:58:50 PM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 05615310400220210002100 **NI:** 2021-0553-6
Accionante: MARÍA MARIELA GALLEGO MARÍN
Accionado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y
REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS
Decisión: Revoca
Aprobado Acta No.: 82 de mayo 11 del 2021
Sala No: 6

Magistrado Ponente
Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, mayo once del año dos mil veintiuno

VISTOS

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) en providencia del 08 de abril de la presente anualidad, negó por improcedente el amparo constitucional frente a los derechos invocados al debido proceso y de petición, presuntamente vulnerados por parte de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la señora María Mariela Gallego Marín interpuso recurso de apelación que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de esta acción Constitucional fueron sintetizados por la Judicatura de Instancia de la siguiente manera:

“Señaló la accionante que desde el veintiséis (26) de julio de 2010 presentó declaración por el hecho victimizante del homicidio de su hijo menor de edad, declaración rendida bajo radicado SIRAV 333244, y que en diciembre veinticuatro (24) de 2019 presentó petición adjuntando los documentos de padres y hermanos de la víctima, misma que fue contestada mediante radicado N° 20207202977161 donde, según afirma, por quinta vez le solicitan la documentación, siendo enviada esta en marzo cinco (5) de 2020.

También manifestó que mediante respuesta radicada N° 20207208585091 del treinta (30) de abril del 2020, la habían citado desde la UARIV a un lugar remoto a su domicilio, pero dicha diligencia fue cancelada debido al confinamiento obligatorio; y que en febrero dieciocho (18) de 2020 (sic) presentó una nueva petición en la cual solicitó a la accionada dar cumplimiento a lo ordenado en el Art. 7 de la Resolución 1049 de 2019, actualización en el RUV sobre destinatarios (madre y hermanos de la víctima directa) y constancia de la solicitud de indemnización administrativa.

Anexó copia de la petición, cédula de ciudadanía de los destinatarios, registros civiles de hermanos y de la víctima directa, certificado de la Registraduría, declaraciones juramentadas y registros de defunción del padre y de la víctima directa.

Solicitó se tutelaran sus derechos fundamentales y se ordenara a la accionada dar respuesta clara, concreta y de fondo a cada una de sus pretensiones.”

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el 23 de marzo del año 2021, se corrió traslado a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, para que se pronunciara frente a los hechos denunciados en la solicitud de amparo.

El jefe de la oficina de asesoría jurídica de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, manifestó que para el caso de la señora María Mariela Gallego Marín por medio del oficio radicado 20217206933521 del 24 de marzo de 2021, se le brindó respuesta al derecho

de petición y enviada a la dirección de correo electrónico aportada en el escrito de tutela.

Comenzó su relato destacando la falta de vulneración de derechos fundamentales, por cuanto a la fecha se encuentra validando la documentación aportada por la demandante, esto con el fin de establecer si cumple con los requisitos para acceder a la indemnización administrativa.

Afirmó que la unidad es respetuosa con el debido proceso administrativo, pues sus actuaciones están encaminadas a proteger los derechos fundamentales de las víctimas del conflicto armado, priorizando frente a la población en general, y concediendo la posibilidad de interponer los recursos de ley frente a las determinaciones de la unidad.

Pregonó configurarse la carencia de objeto por hecho superado, por cuanto los documentos que adjunta a la respuesta dan cuenta de la diligencia de la unidad en atender las solicitudes presentadas. Que, si bien lo deseable es que se entregue la indemnización a las víctimas en el menor tiempo posible, también es cierto que debe de verificar cada caso concreto bajo los principios de progresividad, gradualidad y sostenibilidad.

Finalmente solicita se nieguen las pretensiones presentadas por la señora María Mariela Gallego Marín por falta de vulneración de derechos fundamentales, toda vez que la unidad de acuerdo a sus competencias ha realizado las gestiones tendientes a cumplir los mandatos legales y constitucionales. Adjunta al escrito, repuesta al derecho de petición y la constancia de remisión de la misma a la accionante.

SENTENCIA IMPUGNADA

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

Señaló que la Unidad de Víctimas brindó a la accionante respuesta en dos oportunidades, pero la misma no fue de fondo, pues la accionante insta dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 7 del decreto 1049 de 2019, la actualización en el RUV sobre los destinatarios y la constancia de solicitud de la indemnización administrativa, tampoco informó el plazo para verificar los documentos allegados por la actora.

Consideró que en virtud del decreto 491 de 2020 los términos para dar respuesta a las peticiones han variado duplicándose, como medida de prevención de la propagación del COVID-19, estableciendo que la accionante presentó la acción de tutela de manera precipitada pues para la fecha del fallo primigenio no se había culminado el término establecido, por ende, no encontró vulneración al derecho de petición, negando por improcedente el amparo invocado.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primera instancia la señora María Mariela Gallego Marín, interpone el recurso de apelación y lo sustenta en los siguientes términos:

Denota su inconformidad con el fallo de primera instancia pues relata que han transcurrido más de 11 años desde que realizó la reclamación bajo el imperio del decreto 1290 de 2008 y se están vulnerando los derechos fundamentales a su grupo familiar.

Que pese acudir al derecho de petición y a la acción de tutela continúa presentando barreras y dilaciones injustificadas, por lo que solicita se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar tutelar sus derechos fundamentales al debido proceso, de petición y a la igualdad, y en ese sentido ordenar a la unidad le brinde respuesta de fondo teniendo en cuenta toda la documentación aportada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó la señora María Mariela Gallego Marín, el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente conculcados por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, al omitir brindarle respuesta de fondo al derecho de petición presentado desde el día 18 de febrero de 2021.

2. Problema jurídico

En el caso sub *examine* corresponde a la Sala determinar si en el presente asunto resulta improcedente el amparo reclamado como fue declarado en el fallo de instancia o, por el contrario, aún sigue latente la vulneración de derechos fundamentales al no darle respuesta en debida forma al derecho de petición objeto del presente trámite.

Del derecho de petición y del caso en concreto

La garantía fundamental reconocida por el artículo 23 de la Carta Política, consiste no sólo en la posibilidad que tiene toda persona de presentar ante las autoridades peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular, sino el derecho a obtener una respuesta pronta y de fondo sobre lo

pedido, como que el administrado no puede quedar en la indeterminación y tiene derecho a que le sean resueltos sus planteamientos sin vaguedad alguna.

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

Así las cosas, y siendo la acción de tutela el mecanismo judicial idóneo para la protección del derecho fundamental de petición, pues conexo a él se pueden derivar otros derechos fundamentales; de lo anterior se extracta que la respuesta debe ser de fondo, clara, oportuna y congruente con lo solicitado, sin evasivas y efectuando la debida notificación al peticionario.

En el presente asunto se puede evidenciar que el motivo de inconformidad de la señora María Mariela Gallego Marín, es que refiere que el 18 de febrero de 2021 presentó ante la Unidad de Víctimas una petición solicitando se dé cumplimiento a lo señalado en el artículo 7º del decreto 1049 de 2019, la actualización en el RUV en relación a los destinatarios, y el envío de la constancia de solicitud de indemnización administrativa.

Por su parte la unidad demandada en respuesta al requerimiento efectuado por el juzgado de instancia, manifestó que se encuentra en el trámite de

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

verificación de los documentos aportados por la tutelante, con el fin de establecer si cumple con el lleno de los requisitos.

El juez *a-quo* consideró que a la fecha de proferir el fallo y de acuerdo a la ampliación de que trata el decreto 491 de 2020, conforme a los términos para atender las peticiones, aún no se encontraba vulnerado el derecho fundamental reclamado por cuanto el término no había excedido los 30 días, por ello declaró la improcedencia de la acción de tutela.

Ahora, se tiene que la Unidad de Víctimas asegura haber respondido en debida forma el derecho de petición por medio del comunicado con radicado 20217206933521 del 24 de marzo de 2021, el cual fue remitido al correo victimasrionegro2020@gmail.com, dirección de correo electrónico establecida por la demandante para efectuar las notificaciones judiciales en el escrito de tutela.

La señora María Mariela Gallego Marín, manifiesta en su escrito de impugnación que ha tenido una participación activa en el trámite de la indemnización administrativa, además insta para que no se interpongan obstáculos para obtener la reparación a la cual tiene derecho.

Es así entonces, que fácilmente se puede advertir que a la fecha se encuentra superado el término legal para que la Unidad de Víctimas atienda la petición calendada el 18 de febrero de 2021, donde insta se dé cumplimiento al artículo 7º del decreto 1049 de 2019, se efectúe la actualización del RUV y se expida la respectiva constancia de solicitud de la indemnización administrativa; lo cual genera una vulneración latente de derechos fundamentales.

En tal sentido la Corte Constitucional en sentencia T-332 del 01 de junio del 2015, ha ratificado una vez más estos presupuestos, al señalar lo siguiente:

“A partir de esta garantía la jurisprudencia ha fijado una serie de reglas y de parámetros relacionados con el alcance, núcleo esencial y contenido de este derecho. Al respecto ha precisado lo siguiente:

“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.”

Así las cosas, considera la Sala que a la fecha se encuentra latente la vulneración del derecho fundamental de petición invocado por la señora María Mariela Gallego Marín, dado que la respuesta de la Unidad de Víctimas por medio de la comunicación 20217206933521 del 24 de marzo de 2021, no fue de fondo y congruente con lo solicitado por la demandante.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En ese orden de ideas, no le queda otra alternativa a esta Sala que REVOCAR el fallo de tutela de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) el pasado 08 de abril de 2021, y en su lugar, se tutela el derecho fundamental de petición ordenando a la Unidad

Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo dé respuesta clara, de fondo y congruente, efectuando a su vez la debida notificación a la accionante, respecto al derecho de petición calendado el 18 de febrero de 2021.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de tutela del pasado 08 de abril del 2021, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora María Mariela Gallego Marín, en contra de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

SEGUNDO: Se **ORDENA** a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo dé respuesta clara, de fondo, congruente y efectuando la debida notificación a la demandante, respecto al derecho de petición calendado el 18 de febrero de 2021.

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

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL ANTIOQUIA

NANCY AVILA DE MIRANDA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD 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:

c7923c6dc0351d731cb42cb352b487188fc877188efffa7d2a67bce2289c95f4

Documento generado en 11/05/2021 06:22:49 AM

Proceso No: 05792610023420200000500 NI: 2021-0531
Acusada: LINDA VANESA RESTREPO RINCON
Origen: Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico
Delito: Violencia intrafamiliar.
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Confirma

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 05792610023420200000500 NI: 2021-0531
Acusada: LINDA VANESSA RESTREPO RINCON
Origen: Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico
Delito: Violencia Intrafamiliar.
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Confirma
Aprobado por medios virtuales mediante acta 82 de mayo 11 del 2021
Sala No: 6

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

Medellín, mayo once de dos mil veintiuno.

Objeto del pronunciamiento

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del pasado 16 de marzo del año en curso, emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico.

Hechos y actuación procesal relevante

Fueron narrados así en la sentencia de primera instancia, tal y como se extractaron de la acusación así:

"el día 28 de marzo de 2020, siendo las 23:55, cuando agentes de la Policía Nacional

Proceso No: 05792610023420200000500 NI: 2021-0531
Acusada: LINDA VANESA RESTREPO RINCON
Origen: Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico
Delito: Violencia intrafamiliar.
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Confirma

adsritos a la estación de Tarso recibieron información de que una joven estaba acabando con los muebles y agrediendo a su padre en el sector Guayabal, en el término de la distancia se dirigieron al sitio y se encontraron con el señor José Ariel Restrepo, quien les comentó que su hija, LINDA VANESSA RESTREPO RINCÓN estaba dañando todas las cosas de su casa y lo había agredido con un tubo, aruñado la espalda y le había tocado salir corriendo para proteger su vida. Restrepo les señaló dónde se encontraba su descendiente y en ese momento, LINDA VANESSA salió huyendo e ingresó a otra residencia, con el fin de esconderse”.

La Fiscalía bajo las formas del procedimiento abreviado acusó a la señora LINDA VANESSA RESTREPO RINCÓN por el delito de Violencia Intrafamiliar, estimando la pena entre seis (06) años la mínima y catorce (14) la máxima por el estado de indefensión de la víctima, en armonía con el literal b del artículo 1º de la Ley 1959 de 2019, por tratarse de su padre aunque no conviva con él, calificación jurídica que se mantuvo en la acusación; sin embargo, debe señalarse que durante la etapa de los alegatos de conclusión, la Fiscalía modifica la tasación de la pena aduciendo que la conducta no recayó sobre una mujer ni sobre persona mayor de 60 años.

Sentencia de Primera Instancia

Inicia con una relación de los hechos conforme a lo relatado en la acusación y completado con aspectos traídos a colación en el juicio, después de relatar lo ocurrido durante la actuación enuncia las estipulaciones probatorias, y procede a ocuparse de los elementos probatorios aportados por la Fiscalía, como lo son los testimonios de los policiales CARLOS CAUSIL, CRISTIAN EUSSE Y EDISON CASTAÑO, así como lo advertido por los testigos MARIA CAMILA ZAPATA, ABELARDO RUIZ y GRACIELA RINCON para encontrar entonces

Proceso No: 05792610023420200000500 NI: 2021-0531
Acusada: LINDA VANESA RESTREPO RINCON
Origen: Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico
Delito: Violencia intrafamiliar.
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Confirma

demostrada no solo la materialidad de la conducta endilgada por la Fiscalía General de la Nación a la acusada RESTREPO RINCON, sino también su autoría y participación en el punible de Violencia Intrafamiliar, quien departía con su progenitor y mientras consumían licor se suscitó una discusión porque el padre prefería a otro hermano que a la procesada, se enfrascó en una discusión con él y procedió a agredirlo físicamente, además de causar diversos destrozos al interior del inmueble dañando electrodomésticos y enseres, agresión que le acarreó al señor JOSE ARIEL RESTREPO lesiones con una incapacidad de 03 días, tal y como fue acordado al estipularse el reconocimiento médico legal.

Señaló que conforme a la jurisprudencia se configura la conducta punible de Violencia Intrafamiliar, cuando se agrede al progenitor sin importar que se conviva o no con él visto el enfoque plasmado en la sentencia C-674 del 30 de junio de 2005.

Indicó entonces que la condena a imponer a LINDA VANESSA RESTREPO RINCÓN como autora y responsable del delito de Violencia Intrafamiliar, lo es de 48 meses de prisión. Luego conforme a lo dispuesto en el artículo 68A del Código Penal, que establece la prohibición de subrogados a los condenado por delitos de Violencia Intrafamiliar, señaló que la pena impuesta debía cumplirse de forma intramural.

Apelación

Inconforme con la sentencia de primera instancia la defensa interpone recurso de apelación, en la que reclama como pretensión la revocatoria de la sentencia condenatoria señalando que en el presente caso no hay una afectación al bien jurídico protegido de la unidad familiar, pues tal y como lo expuso con precisión la señora GRACIELA RINCON, LINDA

Proceso No: 05792610023420200000500 NI: 2021-0531
Acusada: LINDA VANESA RESTREPO RINCON
Origen: Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico
Delito: Violencia intrafamiliar.
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Confirma

VANESSA no convivía con su progenitor y el altercado se presentó cuando la hija estaba de visita en casa de su padre y a raíz de comentarios de éste en contra de su hija, lo que impide entonces considerar que se esté en presencia de la conducta punible por la que se emitió sentencia condenatoria, pues si no hay convivencia entre padre e hija independientemente de los vínculos de consanguinidad, no existe una afectación a la unidad familiar, que es lo que se busca proteger con el tipo penal de Violencia Intrafamiliar.

Para resolver se considera

Procederá la Sala a ocuparse de los planteamientos del defensor sobre la ausencia de afectación al bien jurídico protegido con el delito enrostrado de Violencia Intrafamiliar, visto que no hay discusión alguna sobre la magnitud de las lesiones que sufriera el señor JOSE ARIEL RESTREPO, así como de los daños en enseres y electrodomésticos del hogar del señor RESTREPO o mucho menos que en efecto los mismos los produjera su hija LINDA VANESSA RESTREPO RINCON, cuando se encontraban departiendo y libando licor y discutieran por la preferencia del padre hacia otro hermano de la procesada.

Lo primero que debe advertir la Sala es que la tipificación del tipo penal de Violencia Intrafamiliar, a lo largo de los años ha sufrido algunas modificaciones visto lo ocurrido con la redacción primigenia de la Ley 599 del 2000, y las modificaciones introducidas en las Leyes 882 del 2004, 1142 del 2007, 1850 del 2017 y 1959 del 2019.

Igualmente se debe precisar que, aunque la conducta sanciona a quien violenta a un miembro de su núcleo familiar, la jurisprudencia ha hecho algunas precisiones sobre quienes conforman ese núcleo familiar, pues el mismo no solo depende de los vínculos de sangre, sino también en el hecho de que exista una convivencia que dé lugar a ese núcleo

Proceso No: 05792610023420200000500 NI: 2021-0531
Acusada: LINDA VANESA RESTREPO RINCON
Origen: Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico
Delito: Violencia intrafamiliar.
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Confirma

familiar, y cual es en concreto el bien jurídico protegido con dicha conducta, que no es otro que el de la armonía y unidad familiar.

El recurrente reiterando su planteamiento del juicio señala que si bien es cierto hay un vínculo de parentesco entre la procesada y el ofendido, pues son hija y padre respectivamente, no hay afectación al bien jurídicamente protegido pues ellos no convivían bajo el mismo techo, y por ende no se afectó la unidad y armonía familiar. La Juez de primera instancia rechazó este argumentado señalando que conforme a lo señalado en la sentencia C -674 del 2005, el delito siempre se configura cuando la agresión se presenta entre hijos y padre independiente de que convivan o no juntos.

La referencia jurisprudencial traída a colación en el fallo impugnando en concreto es del siguiente tenor:

“por violencia intrafamiliar puede entenderse todo daño o maltrato físico, psíquico o sexual, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan bajo el mismo techo, ascendientes o descendientes de éstos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”.

Lo primero que debe advertir la Sala frente a tal cita, es que la condición “así no convivan bajo el mismo techo” se puede interpretar a que se refiere en principio solo al padre o la madre entre sí, toda vez que tal condición aparece entre los signos gramaticales de comas después de la referencia que hace a los cónyuges o compañeros permanente, padre o madre, lo que podría llevar a concluir como lo pregona el recurrente que tratándose de otros consanguíneos, para que se configure el tipo penal de Violencia Intrafamiliar indispensable es que exista convivencia que da lugar a la unidad o grupo familiar.

Proceso No: 05792610023420200000500 NI: 2021-0531
Acusada: LINDA VANESA RESTREPO RINCON
Origen: Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico
Delito: Violencia intrafamiliar.
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Confirma

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia¹ tuvo la oportunidad de precisar este aspecto llegando a la conclusión que la exigencia de la convivencia, como requisito para que se configure el punible de Violencia Intrafamiliar no opera respecto de los padres e hijos, visto el alcance que tuvo la norma con la expedición de la Ley 1850 del 2017, la cual por ser de especial interés para este caso resulta pertinente transcribir en extenso varios de sus apartes y en la que se indicó:

"Respecto de la segunda postulación, referida a que no se trata de un delito de violencia intrafamiliar sino de lesiones personales, advierte la Corte que el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007 dispone:

"Violencia intrafamiliar. El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

"La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta y cinco (65) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.

"Parágrafo. A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia, y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo".

Se trata de un tipo penal subsidiario pues únicamente será aplicable si el maltrato físico o psicológico, no constituye delito sancionado con pena mayor, como ocurre, por ejemplo, con cierta clase de lesiones personales o el homicidio [1].

Los sujetos, tanto activo como pasivo son calificados, toda vez que deben hacer parte del mismo núcleo familiar. Según el artículo 2º de la Ley 294 de 1996[2], la cual tuvo "por objeto desarrollar el artículo 42, inciso 5º de la Carta Política, mediante un tratamiento integral de las diferentes modalidades de violencia en la familia, a efecto de asegurar a ésta su armonía y unidad", en vigor para la fecha de los sucesos, se consideran como integrantes de la familia:

"a) Los cónyuges o compañeros permanentes;

¹ Sentencia SP 864 del 7 de Julio del 2017.

Proceso No: 05792610023420200000500 NI: 2021-0531
Acusada: LINDA VANESA RESTREPO RINCON
Origen: Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico
Delito: Violencia intrafamiliar.
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Confirma

"b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;

"c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;

"d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica".

El artículo 26 de la Ley 1257 de 2008 que modificó el numeral 1 del artículo 104 de la Ley 599 de 2000, el cual establece las causales de agravación punitiva para el delito de homicidio, a las que también alude el artículo 119 para el punible de lesiones personales, dispuso en similares términos incrementar la pena cuando la conducta se cometiere "En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica".

Cuando la norma transcrita señala que procede la agravación de la pena si las lesiones recaen en "los cónyuges o compañeros permanentes", se está refiriendo a aquellas que uno le cause al otro.

Cuando señala que las lesiones se produzcan en "el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar", no está apuntando a los padres entre sí, sino al hijo como posible autor.

Cuando establece la agravante de pena si la lesión se produce en "los ascendientes o descendientes de los anteriores" se está refiriendo a abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, hijos, nietos, bisnietos y tataranietos.

Igualmente se agrava cuando las lesiones recaigan en "los hijos adoptivos" y "todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica".

En suma, la agravación punitiva para el delito de lesiones personales se deriva, en primer lugar, del vínculo vigente de la pareja, los hijos respecto de los padres, aunque no convivan, los demás ascendientes y descendientes, y los hijos adoptivos. En segundo término, de quienes conforman con carácter permanente la "unidad doméstica", como puede ocurrir con una persona sin vínculo consanguíneo que conforma dicha unidad, por ejemplo, el padrastro en una familia ensamblada o reformada respecto de los hijos de su cónyuge concebidos en un compromiso anterior.

Puntualizado lo anterior se tiene que, en forma similar a las causales de agravación para el delito de lesiones personales, la violencia intrafamiliar puede recaer:

(i) Entre los cónyuges o compañeros permanentes entre sí, siempre que mantengan un núcleo familiar.

Proceso No: 05792610023420200000500 NI: 2021-0531
Acusada: LINDA VANESA RESTREPO RINCON
Origen: Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico
Delito: Violencia intrafamiliar.
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Confirma

(ii) En los padres, cuando el agresor es el hijo, sin que importe si ambos progenitores conviven. Si el artículo 2 de la Ley 294 de 1996 establece que son integrantes de la familia "El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar", ello permite concluir que son familia respecto de sus hijos y por siempre, pero si esos progenitores no conviven en el mismo hogar no conforman entre ellos un núcleo familiar.

(iii) En los ascendientes y descendientes si conforman un núcleo familiar, y los hijos adoptivos, porque frente a éstos igualmente el concepto de familia impone deberes más allá de la vida en común.

(iv) En uno o varios miembros de la familia en su domicilio o residencia, causada por quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado de su cuidado.

Estas cláusulas articulan de manera perfecta la realidad social y las disposiciones normativas, al reconocer que existen vínculos familiares intemporales que imponen deberes infranqueables, y asimismo convivencias que, al terminar, como las de las parejas, pierden la protección especial que el derecho les dispensa cuando existe vida en común.

Ahora, conforme al principio de tipicidad que hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad en materia penal, se requiere que las conductas objeto de sanción se encuentren definidas en el tipo penal de forma precisa e inequívoca, para que el ciudadano esté en condiciones de decidir si ajusta su comportamiento al supuesto de hecho o se abstiene de hacerlo y, a su vez, el juez pueda constatar con nitidez si el individuo realizó o no la conducta establecida por el legislador como delictiva.

Entonces, si el artículo 229 del Código Penal sanciona a quien "maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar", advierte la Corte que no basta maltratar a un miembro de la familia, sino a aquél que hace parte de dicho contexto nuclear.

Ahora, si el bien jurídico objeto de protección establecido por el legislador en el título V de la Ley 294 de 1996 es la "ARMONÍA Y UNIDAD DE LA FAMILIA" y dentro de la definición típica corresponde precisar qué se entiende por "núcleo familiar", no se aviene con ello que su noción sea desentrañada, sin más, únicamente a partir del reconocimiento constitucional de "la familia como institución básica de la sociedad" (art. 5 Const.) o como "núcleo fundamental de la sociedad" (art. 42 Const.). También es necesario ponderar que, si la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla" (art. 42 Const.), correlativamente también debe reconocerse su voluntad de darla por terminada.

Desde luego, más allá de la culminación del vínculo entre los progenitores, subsisten los lazos familiares con sus descendientes, pues siempre seguirán siendo padres y continúan con las obligaciones para con sus hijos, como las de alimentación y educación "mientras sean menores o impedidos" (artículo 42 Const.).

Proceso No: 05792610023420200000500 NI: 2021-0531
Acusada: LINDA VANESA RESTREPO RINCON
Origen: Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico
Delito: Violencia intrafamiliar.
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Confirma

Pero también derivadas de esa unidad familiar, los hijos, cuando sean adultos, tendrán responsabilidades para con sus padres en la vejez, como la de prestarles alimentos y cuidado (art. 411-c del Código Civil), si cuentan con capacidad económica y sus progenitores no se encuentran en condiciones para sostenerse por sus propios medios, en orden a satisfacer, por lo menos, su mínimo vital [3].

Tampoco puede edificarse la noción de unidad familiar únicamente a partir de los derechos de los niños y de su interés superior conforme al artículo 44 de la Constitución, pues si bien les asiste el derecho a "tener una familia y no ser separados de ella", no puede entenderse que tal derecho obligue a sus padres a permanecer juntos, es decir, a no separarse o divorciarse, circunstancia que claramente quebrantaría a los progenitores en su dignidad, autodeterminación y autonomía personal que se erigen en límites a la intervención del Estado.

Es pertinente señalar que en no pocas ocasiones, la separación de los padres en el marco de una relación disfuncional, en lugar de perjudicar a los niños, asegura que su contexto familiar nuclear sea agradable y apto para desarrollar sus potencialidades intelectivas y, sobre todo, afectivas.

La familia existe para los niños, no hay duda, pero no únicamente para ellos, pues también comporta un espacio para que los miembros de la pareja desarrollen sus diversas facetas (afectiva, sexual, reproductiva, profesional, económica, etc.) y a su vez participen los demás que la integran, como tíos, primos, cuñados, abuelos, etc.

Ahora, es claro que corresponde al Estado proteger a la familia, pero ello no sólo se consigue a través del sistema penal. En tal sentido se disponen otras medidas probablemente más eficaces, tales como imposibilitar el embargo de bienes del patrimonio familiar, obligar a los padres a prestar alimentos y educación a sus hijos mientras sean menores o impedidos, obligar a los hijos mayores de edad a dar alimentos a sus progenitores en la ancianidad cuando no cuenten con los recursos necesarios para asegurar su mínimo vital, reconocer la igualdad de derechos entre los cónyuges y brindar especial protección a la mujer y los hijos menores, entre otras.

Afirmar que una vez cesa la convivencia entre cónyuges o compañeros permanentes se mantiene entre ellos el "núcleo familiar" cuando tienen un hijo común menor de edad, comporta una ficción ajena al derecho penal. Resulta por lo menos incorrecto, a la luz del principio lógico de no contradicción (según el cual, algo no puede ser y no ser al mismo tiempo), que se edifique el ámbito del núcleo familiar, el cual supone la existencia real y no meramente formal de una familia en su conjunto, su unión, su cotidianidad, su vínculo estrecho, su afectividad y su coexistencia diaria, a partir de la noción de hijo de familia, sin importar si los padres se encuentran o no separados. Si el núcleo supone unión y conjunción, se desvirtúa y pierde su esencia cuando hay desunión o disyunción entre sus integrantes.

En efecto, no hay duda que los menores, mientras no se emancipen, tienen la condición de hijos de familia. Pero ello no puede conducir a la suposición artificiosa de que los padres, aunque se encuentren separados o inclusive, aunque nunca hayan convivido (como puede ocurrir con el hijo fruto de una fugaz relación sexual) integren el núcleo familiar objeto de tutela dentro

Proceso No: 05792610023420200000500 NI: 2021-0531
Acusada: LINDA VANESA RESTREPO RINCON
Origen: Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico
Delito: Violencia intrafamiliar.
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Confirma

del ámbito de protección de la norma que se ocupa de la violencia intrafamiliar (artículo 229 del Código Penal).

En síntesis, lo que el tipo penal protege no es la familia en abstracto como institución básica de la sociedad, sino la coexistencia pacífica de un proyecto colectivo que supone el respeto por la autonomía ética de sus integrantes. En ese sentido, fáctica y normativamente ese propósito concluye entre parejas separadas, pero se mantiene respecto a los hijos, frente a quienes la contingencia de la vida en común no es una condición de la tipicidad por la intemporalidad que supone el vínculo entre padres e hijos.

Dogmáticamente en el delito de violencia intrafamiliar la noción de núcleo familiar resulta de obligatoria constatación en el ámbito de la tipicidad, pero a su vez, en sede de la categoría de la antijuridicidad, corresponderá verificar si el maltrato físico o psicológico tuvo entidad suficiente para lesionar el bien jurídico de la armonía y unidad familiar. Si la agresión no ocurre entre miembros del mismo núcleo, la conducta podrá ser típica de lesiones personales, pero no de violencia intrafamiliar. Si tiene lugar entre integrantes del núcleo familiar, pero carece de importancia para causar afrenta al bien jurídico objeto de protección, el comportamiento será típico de violencia intrafamiliar, pero no antijurídico.

.....De lo anterior concluye la Corte que para la configuración del delito de violencia intrafamiliar es necesario que victimario y víctima pertenezcan a la misma unidad familiar, "que habiten en la misma casa" –en los términos del citado estatuto punitivo mexicano– pues de no ser ello así, la agresión de uno a otro no satisface la exigencia típica de maltratar a un miembro del mismo núcleo familiar y tampoco vulnera el bien jurídico de la "armonía y unidad de la familia", caso en el cual deberá procederse, por ejemplo, conforme a las normas que regulan el delito de lesiones personales agravadas en razón del parentesco si a ello hay lugar.

Lo anterior, sin desconocer, como se dijo antes, que la relación entre hijo y padre, o hijo y madre, subsiste a las contingencias de la separación y aún si no conviven, existe el deber de configurar un mundo en común a partir del respeto sentido y recíproco entre ellos, no así entre parejas separadas y que ya no tienen, por lo tanto, un proyecto de familia conjunto."
Negrilla fuera del texto original.

Debe precisarse igualmente que la redacción original del artículo 229 del Código Penal, como ya se anunció a sufrido diversas modificaciones y la Ley 1959 del 2019, que es la norma penal aplicable al caso que aquí nos ocupa, pues este se presentó en el año 2020, incluye dos párrafos que señalan lo siguiente:

“Parágrafo 1°. A la misma pena quedará sometido quien sin ser parte del núcleo familiar realice las conductas descritas en el tipo penal previsto en este artículo contra.

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes, aunque se hubieren separado o divorciado.*
- b) El padre y la madre de familia, aun cuando no convivan en el mismo hogar, si el maltrato se dirige contra el otro progenitor.*
- c) Quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio, residencia o cualquier lugar en el que se realice la conducta.*
- d) Las personas con las que se sostienen o hayan sostenido relaciones extramatrimoniales de carácter permanente que se caractericen por una clara e inequívoca vocación de estabilidad.*

Parágrafo 2°. A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.

La inclusión de estos párrafos se hace en sintonía a lo que ya había expuesto la Sala Penal de la Core Suprema de Justicia, sobre cómo hacer extensivo la tutela de la Violencia Intrafamiliar a ciertas personas que siguen siendo familia así no convivan bajo el mismo techo, y en decisión del año pasado la Alta Corporación al volver a ocuparse de la evolución del tipo penal de Violencia Intrafamiliar, en la sentencia SP 468 del 2020², mantuvo la consideración que en relación a padres e hijos no se exige la convivencia bajo el mismo techo para que se configure la conducta punible como consta en la sentencia,

² El alto tribunal puntualizó que históricamente este delito podía recaer:

- i. Entre los cónyuges o compañeros permanentes entre sí, siempre que mantengan un núcleo familiar.*
- ii. En los padres, cuando el agresor es el hijo, sin que importe si ambos progenitores conviven.*
- iii. En los ascendientes y descendientes si conforman un núcleo familiar, y los hijos adoptivos, porque frente a estos igualmente el concepto de familia impone deberes más allá de la vida en común.*
- iv. En uno o varios miembros de la familia en su domicilio o residencia, causada por quien no siendo miembro del núcleo familiar sea encargado de su cuidado.*

Proceso No: 05792610023420200000500 NI: 2021-0531
Acusada: LINDA VANESA RESTREPO RINCON
Origen: Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico
Delito: Violencia intrafamiliar.
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Confirma

por ende no encuentra la Sala posible acoger los planteamientos del recurrente, pues tal y como lo terminó concluyendo la Juez de Primera Instancia *“la violencia ejercida por un hijo contra sus padres mayores que no vivan en el mismo techo; este hecho se califica como violencia intrafamiliar, aunque ya no vivan juntos, puesto que los lazos de parentesco entre ellos se mantienen para toda la vida y la Ley obliga a los hijos a velar por la integridad de sus padres.”*

Ahora bien, el Alto Tribunal en sentencia SP 964 del 2019³ ha precisado que en el punible de Violencia Intrafamiliar como en todos los delitos, debe acreditarse la efectiva lesión al bien jurídicamente tutelado, y en el presente asunto si bien es cierto el directamente ofendido, padre de la procesada no declaró en el juicio, los policiales que llegaron al lugar de los hechos advirtieron las lesiones del señor JOSE ARIEL RESTREPO, además de los múltiples destrozos a los enseres de la vivienda de esta persona que además notaron muy alterada, y los testigos MARIA CAMILA ZAPATA, ABELARDO RUIZ y GRACIELA RINCON dan además cuenta del altercado y lo que lo suscitó la preferencia del padre por un hermano de la procesada, y por la vía de las estipulaciones se tiene que las lesiones acarrearán una incapacidad de 03 días, con lo que evidente es que este asunto en efecto no solo vulneró la salud del señor JOSE ARIEL RESTREPO, sino que además afectó la armonía familiar y se vulneró el bien jurídico protegido.

En este orden de ideas, la providencia materia de impugnación será confirmada. Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

³ *“Esto último implica que el delito de violencia intrafamiliar no está exento de una valoración sobre la significativa lesión o puesta en peligro del bien jurídico, de manera que, si no se puede predicar un efectivo menoscabo en tal sentido, la acción deberá declararse atípica por su insignificancia, «sin perjuicio de que también pueda contemplarse como un [tema] atinente a la antijuridicidad de la acción, o como causal de ausencia de responsabilidad en el injusto, o incluso como un principio general de interpretación que impide la configuración de la conducta punible sin tener que profundizar en las categorías dogmáticas del delito”*

Proceso No: 05792610023420200000500 NI: 2021-0531
Acusada: LINDA VANESA RESTREPO RINCON
Origen: Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico
Delito: Violencia intrafamiliar.
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Confirma

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la **sentencia condenatoria** del pasado 16 de marzo del año en curso, emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico, en contra de LINDA VANESSA RESTREPO RINCON.

SEGUNDO: Contra la presente determinación procede el recurso extraordinario de casación, que debe interponerse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Proceso No: 05792610023420200000500 NI: 2021-0531
Acusada: LINDA VANESA RESTREPO RINCON
Origen: Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblorrico
Delito: Violencia intrafamiliar.
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Confirma

Firmado Por:

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 PENAL ANTIOQUIA

NANCY AVILA DE MIRANDA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 PENAL DE ANTIOQUIA

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD 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:
de03b8fb367b1056621d3f308748ea073826d5cee092df7c4b98c8b904c19e01

Documento generado en 11/05/2021 06:22:41 AM