

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

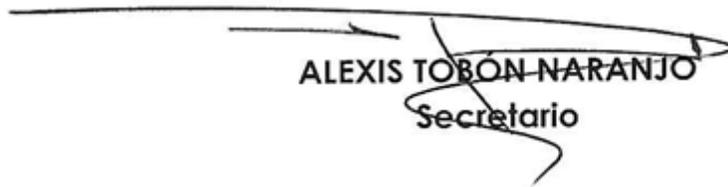
ESTADO ELECTRÓNICO 199

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.

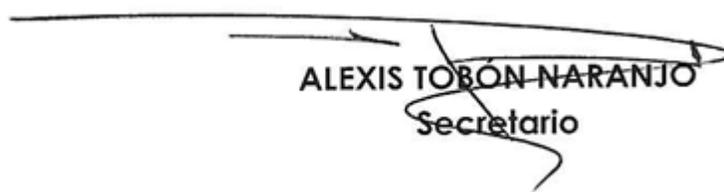
Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2017-0269-1	Sentencia 2ª instancia	acceso carnal con menor de 14 años	DUBERNEY PINEDA SIERRA	Confirma sentencia de 1ª instancia	Noviembre 10 de 2021
2021-1134-1	auto ley 906	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego	LAURA GARCÍA URIBE	Confirma auto de 1 instancia	Noviembre 10 de 2021
2021-1646-3	auto ley 906	acceso carnal abusivo con menor de 14 años	Jorge Fredy Manrique	Confirma auto de 1 instancia	Noviembre 10 de 2021
2021-1707-3	Tutela 1ª instancia	Francia Elena Morales	Fiscalía Seccional de Chigorodó y Notaría Única de Chigorodó	Niega por improcedente	Noviembre 10 de 2021
2021-1723-3	Tutela 1ª instancia	Héctor Hernán Toro Castro	Juzgado 3º de E.P.M.S. de Antioquia	Rechaza accion constitucional	Noviembre 10 de 2021
2021-1675-3	Tutela 2ª instancia	Uriel Alberto Llano Jaramillo	Comisión Nacional del Servicio Civil y otro	revoca fallo de 1ª instancia	Noviembre 10 de 2021
2021-1696-3	Tutela 2ª instancia	Carlos Alberto Velásquez	Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Andes	Declara NULIDAD	Noviembre 10 de 2021
2021-1576-3	auto ley 906	Obtención de documento público falso y fraude procesal	Eduin Castro Urango y otro	Confirma auto de 1 instancia	Noviembre 10 de 2021
2021-1688-3	Tutela 2ª instancia	Ángel Santos Flórez Martínez	UARIV	Confirma sentencia de 1ª instancia	Noviembre 10 de 2021
2021-1687-4	Tutela 1ª instancia	Jorge Aleison Zuluaga Henao	Juzgado 2º de E.P.M.S. de Antioquia y otro	Niega por improcedente	Noviembre 09 de 2021
2021-1613-4	Tutela 2ª instancia	José Alejandro Naranjo Carmona	NUEVA EPS	Confirma fallo de 1ª instancia	Noviembre 10 de 2021
2021-1754-4	Tutela 1ª instancia	Heriberto Gallo Machado	Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango y otros	inadmite tutela	Noviembre 10 de 2021
2021-0836-4	Auto ley 906	acceso carnal violento	Rubén Alonso Barrera Montoya	Modifica auto de 1ª instancia	Noviembre 10 de 2021

2021-0686-4	auto ley 600	Concierto para delinquir agravado y otro	Carlos Mario Mejía Parra	Confirma auto de 1 instancia	Noviembre 10 de 2021
-------------	-----------------	--	--------------------------	---------------------------------	-------------------------

FIJADO, HOY 11 DE NOVIEMBRE DE 2021, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN-NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN-NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dos (02) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 151

PROCESO: 05 237 61 00109 2012 80221 (2017 0269)
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR
ACUSADO: DUBERNEY PINEDA SIERRA
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el Representante de la Víctima en contra de la sentencia proferida el 13 de enero de 2017, por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal (Antioquia), mediante la cual ABSOLVIÓ al señor DUBERNEY PINEDA SIERRA, quien fuera acusado por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 18 de junio de 2012 el joven D.E.B.A., quien para la época contaba con menos de 14 años de edad, sostuvo relaciones sexuales con penetración vía anal con el señor DUVERNEY PINEDA SIERRA. El joven resultó contaminado con dos enfermedades venéreas. Hecho ocurrido en la casa del señor Pineda Sierra, ubicada en el municipio de Don Matías (Antioquia).

Por estos hechos, el 23 de noviembre de 2012 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Don Matías (Antioquia) fue celebrada la audiencia de formulación de imputación.

El proceso pasó al Juzgado Penal del Circuito de Yarumal (Antioquia), por impedimento presentado por el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos (Antioquia) en donde el 19 de julio de 2013 la Fiscalía formuló la acusación.

La audiencia preparatoria tuvo lugar el 20 de agosto de 2013. El juicio oral se desarrolló desde el 22 de noviembre de 2013 hasta el 4 de noviembre de 2016. La sentencia absolutoria fue leída el 13 de enero de 2017.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo manifestó que la Fiscalía acusó y solicitó sentencia de condena en contra del procesado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y frente a las pruebas tuvo en cuenta las pautas de la jurisprudencia para la valoración como que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria, que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho y la persistencia en la incriminación que debe ser sin ambigüedades y contradicciones.

Concluyó que la Fiscalía no pudo desvirtuar la presunción de inocencia del acusado ya que la prueba practicada se quedó escasa.

Observó varias dudas razonables que no le permitieron emitir fallo condenatorio.

Dijo que se afirmó durante todo el proceso, la existencia de una o unas enfermedades venéreas, las cuales le fueron transmitidas al menor D.E.B.A. por el señor Duberney luego de que supuestamente sostuvieron relaciones sexuales anales y orales, pero ello se quedó en un mero dicho, pues nunca se indicó que tipo de enfermedad venérea fue la que se halló, pero lo que sí se pudo constatar fue que Duberney Pineda Sierra, no se encontraba como portador de ningún tipo de enfermedad de transmisión sexual, como VIH 1 y 2 o Papiloma Humano, según los exámenes que fueron objeto de estipulación entre las partes, entonces ¿Cómo pudo Duberney contagiar a D.E.B.A. de enfermedad venérea si este no es portador de ninguna?.

Los hallazgos clínicos encontrados en las valoraciones médicas realizadas a D.E.B.A muestran que éste tenía condiloma acuminado en región perianal, lo que se traduce en verrugas, acompañado de pene con secreción amarilla en surco balanoprepusiano, síntomas que se asemejan a la ETS del Papiloma Humano, pero entonces esta situación cotejada con las reglas de la experiencia hacen aún más dudosa la participación del acusado, pues la víctima es enfático en señalar en todas sus declaraciones que Duberney usó condón y más aún cuando Duberney no logró penetrarlo según indicó la misma presunta víctima ¿Entonces cómo adquirió el menor esa ETS con Duberney?.

Si bien se indicó que luego de revelado el hecho en la comisaria y la evaluación médico legal el joven cambió su comportamiento, ello es contradictorio, porque nunca asistió al tratamiento psicológico, ni al programa al que se incluyó por parte de la profesional de la comisaría de familia, porque según expresó su madre, ya se encontraba bien.

Consideró que la investigación no fue profunda y minuciosa por parte del ente acusador y pese a que se recomendó evaluación por psiquiatría forense al encontrar perturbación síquica, esta recomendación no fue acatada o por lo menos no se introdujo en la actuación procesal.

No encontró una situación que demarque conexidad entre la presunta víctima, el presunto victimario y el hecho, pues tal como lo indicó la hermana, D.E.B.A. nunca tuvo acercamiento con Duberney, no tenían una relación de amistad, ni compartían espacios juntos, departía era con Edward otro hermano del presunto abusado, hecho ratificado por la madre. Por ello, no vio lógico que por la simple petición de Duberney, el joven accediera a acompañarlo a su casa y tener relaciones sexuales con él. Indicó que lo hizo por temor y que no le gustó la experiencia, entonces por qué volvió a tener otro encuentro sexual supuestamente con el procesado. Ratificó en juicio que fue por voluntad, entonces miedo a qué o de qué.

Por ello, la Juez no encontró coherente y con base lógica el relato del menor, máxime si su relato en el tiempo ha venido transformándose con factores adicionales y adecuaciones de carácter jurídico, como el hecho de explicar por qué no manifestó nunca la otra situación en donde sostuvo por segunda vez relaciones sexuales sin penetración

con Duberney. Consideró que el testimonio se encuentra manipulado y acomodado.

También señaló que el relato sostenido por el menor carece de detalles de tiempo, modo y lugar, lo que haciendo una valoración profunda, resulta ilógico desde las reglas de la sana experiencia, que se rememoren detalles tales como con quien estaba al momento de que supuestamente Duberney lo invitó a su casa, y no se especifique el día o la hora, o detalles sobre el lugar de los hechos, detalles sobre la casa del supuesto victimario, pues la víctima describió el lugar de los hechos como el barrio, el edificio y que fue el último apartamento del edificio, misma narración que hace la hermana del presunto abusado, del lugar que se conoce como la residencia de Duberney.

La comisaria recibió entrevista y allí señala como autor a Duberney, situación que fue influenciada bajo mucha presión, pues es innegable atender el dicho del menor cuando refirió que escribió el nombre de Duberney en un papelito luego de ver a su madre angustiada y llorando y ante la presión y persistencia de la comisaria. Ha sido persistente en su señalamiento, porque comprende que se inició un proceso penal y sabe las consecuencias de declarar bajo juramento falsedades y en el juicio indicó además que no le gustaría que por este hecho metieran a la cárcel a Duberney sino que se conozca la verdad y se haga justicia, peticiones que no son acordes con una persona que ha sido víctima y que proclama se sancione a quien lo atacó, más bien se evidencia un sentimiento de culpa, por las implicaciones y alcances que tuvo su señalamiento.

LA IMPUGNACIÓN

1. El apoderado de la víctima, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Afirma que la sentencia recurrida incurre en un craso error en la apreciación de la prueba practicada en el juicio oral. No se dio una adecuada aplicación a las reglas de la sana crítica.

Considera que el testimonio del menor D.E.B.A. resulta creíble, coherente, por lo menos en cuanto a la ocurrencia de los hechos libidinosos. El menor adujo circunstancias de tiempo y aunque no recuerda la fecha exactamente manifestó que los hechos ocurrieron cuando él tenía más o menos 11 años, aunque fue claro en decir que no recordaba bien. Indicó el sitio donde se desplegó la infracción penal y el modo como Duberney Pineda lo llevó de su casa a ese lugar, manifestando que le requería para entregar supuestamente unos uniformes de su hermano.

Sostiene que el menor ha sido persistente en su incriminación hacia Duberney Pineda Sierra no solo en la audiencia de juicio oral, sino también antes de la audiencia frente a la comisaria y sicóloga de la comisaría de familia del municipio de Don Matías, quien le realizó una entrevista. Su versión en lo más relevante no ha cambiado en el tiempo. De su testimonio se puede significar que no adolece de resentimientos, estuvo desprovisto de cualquier rencor o malquerencia hacia el acusado a tal punto que dijo que denunció porque la hermana lo pilló, esto es, si no lo descubren, calla tales circunstancias.

El hecho que no recuerde ciertos detalles o que no los quiso contar en detalle en la entrevista ante la comisaria de familia no significa que el hecho no ocurrió. El menor fue consistente en manifestar que tenía mucha vergüenza con su familia y en especial con su mamá, estando justamente ella allí escuchando un relato que dadas las circunstancias que rodeaban la actuación se hacían muy difíciles para el menor. El testimonio del menor sobre el hecho tanto de la imputación como de la acusación continúa muy estructurado y con un hilo conductor y con congruencia y coherencia que no tienen porque dejar visos de duda. Por eso no puede ponerse en entredicho la aptitud probatoria de este menor por no recordar o no haber querido hablar en principio de un encuentro sexual o en el juicio haber dado o narrado más elementos constitutivos del delito investigado y con el mismo sujeto agresor. En nada desdibuja el aspecto central del debate como tal, pues trajo a colación especialmente los hechos relevantes que le eran personalmente significativos tales como el acceso carnal vía anal u oral a través de tres intentos de penetración. Identifica al agresor y las circunstancias que rodearon los hechos.

El testimonio fue corroborado y tuvo confirmación en cuanto al acceso carnal vía anal o por lo menos la tentativa de acceso y la responsabilidad del acusado. Si bien es válido preguntarse cómo Duberney pudo contagiar a D.E.B.A de una enfermedad de transmisión sexual si no era portador de alguna, pero ello no puede distraer la discusión básica y es si se presentaron o no unos hechos, un acceso o unos actos sexuales, pues desde el punto de vista clínico puede pasar muchas cosas, máxime la fecha del presunto abuso sexual a la fecha del examen de laboratorio del señor Duberney pasó mucho tiempo.

Piensa que no era necesario que existiera conexidad o vínculo entre víctima y victimario cuando desde las múltiples circunstancias que pueden presentarse de abuso no necesariamente existe tal conexidad. Si bien el menor no era muy cercano al presunto abusador, este último sí era muy amigo de su hermano Edwar, lo que desmiente la hipótesis de la juez tal como quedó vertido en el juicio.

Argumenta que Duberney aprovechando el grado de influencia con el que contaba, pues ostentaba un cargo representativo en el municipio como entrenador de fútbol y dado el nivel de ingenuidad de este niño adolescente y su natural grado de vulnerabilidad, se aprovecha y es como nuevamente el menor termina en la casa del presunto abusador. La juez realiza interpretaciones ajenas al contexto que vivió el menor, sin aplicar máximas de la experiencia, donde los menores son víctimas de todo tipo de delitos sexuales.

En consecuencia, solicita se revoque la decisión del Juzgado Penal del Circuito de Yarumal y se profiera condena por el delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de catorce años o en su defecto, de manera subsidiaria por el delito de Actos Sexuales con menor de catorce años agravado por lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal.

2. El señor Fiscal también inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Afirma que no comparte los argumentos del fallo de primera instancia, porque considera que se hace una valoración poco profunda del caudal probatorio, principalmente en lo relativo a la declaración de la víctima.

Los hechos que se denuncian supuestamente tuvieron ocurrencia en la residencia del presunto victimario en la primera oportunidad y en la casa de la madre de éste en la segunda ocasión, pero siempre estuvieron solos el señor Duberney Pineda y el menor que lo señala, o sea que no podemos hablar de testigos directos de lo acontecido.

Considera que el menor ha dicho la verdad en todas las ocasiones que se le ha escuchado. Desde que se formula la denuncia, las entrevistas tomadas y la declaración en el juicio el menor ha sido coherente, claro, serio y directo en su señalamiento contra Duberney. Siempre ha manifestado que aquel lo invitó a su casa y allí estando solos, procedió a invitarlo a las prácticas sexuales a lo cual accedió el menor en forma voluntaria.

En ningún momento se observa al menor una a voluntad de tergiversar la verdad, no se observa en él en ningún momento intención de hacer aparecer la situación más grave de lo que realmente fue, ni de buscar que se aumente de alguna manera la consecuencia para Duberney. Por lo contrario, obsérvese como en una de sus declaraciones señala que no quiere nada en contra de su agresor, simplemente quiere que la pesadilla al fin termine para él también tratar de olvidarse de lo acontecido.

En su declaración es claro en señalar que por su voluntad, jamás se hubieran enterado, ya que simplemente tuvo que relatar el hecho porque su hermana se percató de su problema de salud que hacía que su ropa interior se manchara de sangre.

El dicho del menor se encuentra corroborado procesalmente, de un lado la declaración de su hermana Yury Alejandra Bohórquez Arias corrobora que esa fue la forma en que se enteraron del hecho, o sea porque ella confrontó a su hermano por tener su ropa interior manchada de sangre, lo cual no le pareció normal y al confrontar a aquel no le quedó otra alternativa que confesar lo que había sucedido. Esto también es corroborado por la madre del afectado, quien en su declaración es coherente en señalar que no tienen nada en contra de Duberney, a quien incluso le tenían confianza y lo consideraban amigo de la casa por ser el entrenador deportivo de un hermano de la víctima y también con aquél interactuaba en forma permanente y se le notaba preferencia por este dentro del grupo, aunque no en el aspecto sexual sino al parecer en lo deportivo.

También es corroborado por el examen médico en donde se certificó encontrar en aquél indicios de posible abuso sexual y la misma sicóloga Martha Rubiela Ruiz Viana, quien señala haber encontrado en DSBA sintomatología de abuso sexual donde el infante se dejó llevar por la inexperiencia y por temor al agresor. Encontró algunos indicadores los cuales son síntomas de angustia, depresión, tristeza, coherencia y veracidad.

La esencia fáctica se concreta en que realmente estuvo en la residencia del acusado y también en casa de la madre del mismo y allí hubo no solo insinuaciones eróticas, sino también tocamientos, caricias, sexo anal y oral etc. estos los relata DSBA en forma clara y directa y si se realiza un juicio de veracidad sobre el mismo se encuentra que bajo los criterios orientadores para establecer la verdad en el discurso de los menores, está la técnica que se utilizó y en la cual se pregunta y repregunta de forma diferente para determinar si el

menor fue programado para su respuesta o si está mintiendo y en el caso de autos, la profesional de la psicología encontró coherencia en el lenguaje, en el comportamiento y en las manifestaciones emocionales de donde concluyó que el hecho existió.

Sostiene que el relato que hace el menor afectado se ofrece claro y coherente en los aspectos atinentes a qué fue lo que pasó, cómo ocurrió, cuándo, dónde y quién lo hizo, al tiempo que no se vislumbra algún interés proclive por dañar al encartado.

En síntesis, señala que la juzgadora no valoró los dichos de la víctima conforme a los criterios de apreciación del testimonio y olvidó confrontarlos con los resultados de la evaluación sexológica, la evaluación psicológica y los demás testimonios recogidos, esto es, no apreció la prueba en su conjunto.

3. El señor Defensor el Procesado, como sujeto no recurrente, afirma que si bien el menor víctima de abuso sexual puede tender a contar en lo narrado lo realmente acaecido, ello no significa que no pueda faltar a la verdad, por lo que sus relatos deben ser valorados como los de cualquier otro testigo, sometidos a la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la totalidad de los elementos de juicio allegados al debate.

Sostiene que el relato del menor nunca ha sido coherente. Para iniciar dice que contó porque su hermana lo “pilló” al encontrar sangre al parecer en su ropa interior. Es llevado al médico y a la Comisaría de familia en donde supuestamente lo valoraron. Dice que supuestamente, pero en la valoración de la psicóloga no se relatan los hechos presuntamente narrados por el menor. Luego ante la comisaria

solo por la insistencia escribió el nombre de Duber y dijo la comisaria en el juicio que se notaba un poco inseguro y temeroso del señalamiento que estaba haciendo. Como lo contó el adolescente en el juicio era conocido por él los conflictos entre la familia del adolescente y Duber al punto que le comentaron que había tenido que ver con la muerte de su hermano y que en otro país había abusado de un menor, lo que narra también la hermana, por lo que se muestra apenas razonable que el menor presuntamente abusado acudiera a la mentira y presionado señalara a alguien que tuviera diferencias con la familia.

Considera que es normal que el menor se asustara al percatarse que su familia se enteraba y no de la mejor manera de alguna conducta que para él se presentaba indebida y ante la reclamación de un nombre por parte de su familia y de los funcionarios de la comisaría y existiendo un motivo para que el menor falseara la verdad en tanto que dando un nombre de un culpable no sería interrogado más, realizó el señalamiento al señor Duber, por eso la frase concluyente en el juicio de parte del menor en el sentido de que pensó que era dar la denuncia y ya.

Menciona que el menor manifiesta que Duber lo invitó al apartamento y de buenas a primeras tuvo relaciones sexuales con él, incluso afirmó que volvió y en un primer momento adujo que se dejó llevar por el temor ya que no lo conocía, lo que no es cierto, pues ante el temor, el comportamiento no es encontrarse de nuevo con el supuesto agresor y al ser preguntado en el juicio dijo que fue voluntariamente sin referir el temor mencionado inicialmente, cambiando su versión.

Sostiene que no pueden pasarse por alto las contradicciones en los dichos del adolescente al explicar y describir el presunto abuso sexual en su declaración en el juicio. Cuando declara tiene 17 años y su relato debía ser fluido, concreto, consistente racional con las reglas de la experiencia, lo que no ocurre.

También señala que las explicaciones del contagio presunto de la enfermedad venérea en el juicio son realmente inverosímiles, ya que en la descripción de los hechos anota que Duberney se puso condón pero también que no hizo nada, refiriéndose al acto de abuso, por lo que el Despacho se pregunta cómo contagió el señor Duberney de la presunta enfermedad al adolescente, aún más cuando éste no presentaba enfermedad alguna.

Asegura que son tantas las inconsistencias y las inverosimilitudes del relato del adolescente, la cantidad de elementos nuevos que al preguntársele por ello dice que ahora el miedo es de cuando me llamaban a decir que tenía que ir a hablar porque no sabía que iba a decir.

Hace ver que si se compara la entrevista dada a la comisaria y lo dicho en el juicio, en las dos refiere hechos completamente diferentes y no es solo en elementos accidentales, sino trascendentales en el relato que tocan con el hecho principal. En la primera entrevista no recordó la fecha a pesar de ser reciente, dijo que solo le tocó el pene ninguna otra parte del cuerpo con miras a colocarle un condón, en el juicio dijo que comenzó a besarle y le pidió que le besara las tetillas, también que le besó el pene. En la entrevista dijo que había penetrado a Duberney y en el juicio nunca adujo esto ni lo mencionó. En la entrevista dijo que esto sucedió solo una vez, sin embargo, en el juicio

aparece con una nueva versión relatando un segundo episodio. En la entrevista dijo que fue en el barrio San Antonio y que nunca más pasó y que él se pasó de casa y no sabe en donde vive, en el juicio dijo que la primera vez en San Antonio y la segunda cuando él ya vivía donde la mamá.

Concluye que los relatos no se ofrecen claros, ni coherentes en los aspectos atinentes a qué fue lo que pasó, cómo ocurrió, cuándo, donde al tiempo se vislumbra interés proclive para dañar al enjuiciado, si se mira los problemas que de atrás traía la familia con el investigado y lo que este adolescente puede tener como prejuicio propio.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en esta oportunidad a la Sala tiene que ver con la credibilidad que se le puede otorgar al testimonio de cargo en contra del procesado y si existen o no dudas que lo favorezcan.

Para el A quo el testimonio del menor D.E.B.A. vertido en el juicio oral carece de lógica y coherencia, además de estar poco circunstanciado y no es corroborado con ningún otro medio de conocimiento. Por ello, encontró dudas insalvables que debió resolver en favor del procesado. Al contrario, para los impugnantes, el relato del joven es coherente, creíble, bien circunstanciado y corroborado con otras pruebas, por lo que consideran que la Juez no aplicó las reglas de la sana crítica para apreciar el acervo probatorio y no hizo una valoración en conjunto.

Las partes estipularon que al joven D.E.B.A. le fue practicado reconocimiento médico legal en donde se encontró el pene con secreción amarilla y condiloma en región Perianal. Ano hipotónico con

condiloma en región perianal. Introdujeron el dictamen sexológico y copia de la historia de atención al menor.

Estos hechos estipulados sugieren claramente que el menor D.E.B.A. para ese momento había sostenido relaciones sexuales vía anal y que como consecuencia se había infectado de enfermedades de transmisión sexual. Esta es una forma de interpretar esos hechos, pero no se puede obtener total claridad sobre el tema, pues al juicio no acudió ningún experto que indicara las razones por las cuales podrían presentarse esos hallazgos al examinar al menor y si eran o no compatibles con su relato.

Es de anotar que conforme con la literatura médica “muchos actos de tipo homosexual, no dejan huellas morfológicas,o aún accediendo carnalmente por el ano, pero como el esfínter rectal es de tipo muscular, suele ser distendido sin que se desgarre.”¹ Por ello, un ano hipotónico sugiere relaciones sexuales de este tipo.

Este punto llama la atención a la Sala, como lo hizo al A quo, pues el joven cuando acudió al juicio afirmó que el señor Duberney utilizó el condón y que no hubo penetración sino únicamente caricias y otro tipo de actos. En su declaración si bien afirma que él intentó penetrarlo no explica la forma como lo hizo y simplemente que de un momento a otro le dijo “no no vístase váyase váyase”. Dijo: “Pienso que cuando a uno le van a penetrar le duele mucho, intentó como tres veces y me dijo no no no y a vístase y se vara para la casa”. Igualmente, afirma que las verrugas que le salieron en el ano fueron porque él le intentó hacer algo.

¹ Ver Giraldo G., César Augusto. Medicina Forense. Señal Editora. 8ª Edición 1996. Página 149.

Salta a la vista que la declaración sobre ese punto es imprecisa y no se puede explicar cómo pudo infectarse si el agresor utilizó el condón y al parecer ninguna fuerza realizó para lograr la penetración, de lo cual desistió sin razón clara. Tampoco cómo en el hallazgo médico se afirma que el ano es hipotónico.

También se estipuló entre las partes que al acusado le realizaron pruebas de laboratorio el 3 de diciembre de 2012 y en su organismo no se evidenciaba la existencia de VIH 1 y 2 y tampoco virus de papiloma humano. Por lo cual, puede verse que la investigación de la Fiscalía se quedó corta, pues si la víctima había resultado con dos enfermedades una de ellas con claros signos de ser de transmisión sexual y por un virus, era indispensable realizar todas aquellas diligencias necesarias para establecer si el victimario había tenido o no alguna de esas enfermedades, pero se estipuló que no la tenía. Al juicio no se llevó a ningún experto que pudiera dilucidar si conforme como ocurrieron los hechos, la forma como los narró la víctima en el juicio, era posible que se infectara y si también era posible que en poco tiempo el agresor ya no presentara presencia del virus, si se conoce que el tratamiento es complejo, largo y difícil.

Por lo menos en este punto no hay corroboración periférica frente a lo narrado por la víctima en el juicio oral y tampoco guarda coherencia o lógica y surgen dudas que no fueron despejadas con la práctica probatoria.

En el juicio declararon las señoras Luz Dary Arias Passos (madre del afectado) y Yuri Alejandra Bohórquez Arias (hermana) quienes fueron las primeras personas que se dieron cuenta de lo que le había ocurrido al joven D.E.B.A. Con estos testimonios se puede establecer

claramente que si no fuera por la enfermedad que padecía el joven, nada habría salido a la luz.

Y frente a estas declaraciones también se generan dudas, observadas por el A quo, pues si bien la sicóloga Marta Rubiela Ruiz Viana afirma que percibió indicadores de abuso sexual, como angustia, depresión entre otras, es claro que hasta el descubrimiento, ninguna situación extraña se había presentado con el menor y la madre asegura que en el estudio le va muy bien y no ha tenido quejas de él. Igualmente, la comisaria y la sicóloga señalan que el menor no fue al tratamiento psicológico sugerido, porque su madre dijo que estaba bien. Así, estos indicadores pueden tener otra explicación como la angustia del menor al saberse descubierto en una situación íntima que no quería que su familia se enterara.

Por tanto, tampoco puede decirse que hay corroboración del relato por los signos y síntomas referidos por la sicóloga, pues es claro que no se presentaron sino por el descubrimiento y es posible que fuera ante la angustia que le ocasionó tener que contar algo íntimo.

De ahí, también se observa que la incriminación al señor Duberney no fue espontánea, sino que surgió ante la presión de diferentes personas que le decía que había sido violado, pues según dijo el menor en el juicio, pensó que, con negarlo, las cosas se calmarían, pero le siguieron insistiendo porque el examen médico sugería violación. El menor escribió el nombre de Duberney después de mucha insistencia y al ver a su madre angustiada y llorando.

Con las declaraciones de la madre y hermana de la víctima, también se conoció un detalle que introduce dudas frente a la incriminación, pues si bien en un principio aseguraban que Duberney era amigo de la familia que tenía las puertas abiertas en la casa y que tenían un buen concepto de él, que se asombran por lo que pasó, en el decurso de la declaración dejaron ver que sí existía prevención frente a él. Que D.E.B.A. no tenía ninguna relación con él, pues jugaba era Voleibol. Que Duberney tenía mala fama porque se decía que había violado unos niños en Estados Unidos. Además, la hermana asegura que él tuvo que ver algo con la muerte del hermano mayor y por eso tuvo que irse para los Estados Unidos, donde supo que hizo cosas mal hechas. Afirmó que ese señor le ha hecho mucho daño a la familia.

El propio D.E.B.A. confirma que no tenía ninguna relación con Duberney, ningún trato. Que su madre le contó los problemas que tuvo en Estados Unidos. Pero de todas formas asegura que atendió su llamado en dos ocasiones y le permitió que le realizara actos sexuales, sin que haya mediado amenaza o promesa alguna. Incluso, llega a decir que si en la segunda ocasión que lo llamó hubiera sabido que era para hacer lo mismo no habría ido con él, porque la experiencia de la primera vez no le gustó. Entonces no se entiende por qué en dos ocasiones en forma voluntaria realiza los supuestos actos sexuales.

Con razón la Juez de conocimiento afirma que no hay coherencia y lógica en el relato, pues no se entiende cómo un jovencito de trece años atiende el llamado de una persona que apenas conocía de vista y le atiende las insinuaciones sexuales en dos ocasiones sin razón alguna. Además, debe pensarse en la prevención existente en la familia por la supuesta fama que tenía y el problema que le atribuyen por la muerte del hijo mayor.

Si bien en muchas ocasiones todos los detalles de las circunstancias de tiempo, modo y lugar no pueden recordarse y las declaraciones de los menores no son precisas en esos aspectos, tales situaciones son muy importantes en casos como el presente donde el abusador no hace parte de la familia, no se tiene conocimiento que tuviera con la víctima alguna relación especial, no existían espacios y tiempos en donde debieran coincidir que facilitarían la realización de las actividades sexuales abusivas, que por no ser sorpresivas y bajo ningún tipo de presión, sugieren la necesidad de tiempo para su preparación y convencimiento de la víctima.

El joven D.E.B.A. en su declaración es bastante parco e impreciso en esas circunstancias, pues no atina a señalar un espacio de tiempo claro en que ocurrieron, en un momento parece que indica que fue en el año 2011 porque la denunciaron en el 2012 y otros que fueron meses antes de la denuncia. Y frente al lugar habla de la casa del señor Duberney en una ocasión y de la madre del agresor en otra, pero sin indicar nada que permitiera corroborar que efectivamente estuvo en alguno de esos sitios. No se puede saber si podrían estar solos o no en ese lugar, si era fácil o no cometer la ilicitud bajo las circunstancias en que fueron planteadas. Debe tenerse en cuenta además que en el pene del jovencito se apreciaron signos de una infección, sobre la cual nada se investigó por la fiscalía y que si fuera de transmisión sexual sugería que el contacto tuvo que haber sido con poco tiempo anterior, no como la lesión anal que implica una enfermedad de largo tiempo.

Así las cosas, realmente hay dudas que no fueron despejadas con el material probatorio practicado en el juicio y el testimonio del menor

careció de consistencia interna y externa. Sus dichos no pudieron ser corroborados por otros medios, pues el examen médico legal sexológico sugiere unos hechos muy distintos a los expresados por la víctima en su declaración, las conclusiones de la sicóloga sólo pueden validar una angustia expresada por el hecho del descubrimiento de algo íntimo del menor y no por un proceso de sufrimiento ante un abuso o abusos a los que fuera sometido. La madre y su hermana no fueron testigos de lo realmente ocurrido y solo pueden dar cuenta del hecho que les llamó la atención y fue el detonante de las manifestaciones del joven D.E.B.A. Hecho que se refiere directamente con la presencia de una enfermedad de transmisión sexual, sin que ello explique el relato del menor.

Los impugnantes sostienen que la víctima ha sido persistente en la incriminación y que ha dicho la verdad en todas las ocasiones que ha declarado. Si bien al momento de recibírsele declaración al menor no se le impugnó credibilidad, ni se utilizaron las manifestaciones anteriores para refrescar memoria, de todas formas, debe decirse que conforme a lo dicho por la comisaria de familia Natalia Ortega Gómez, quien en el juicio dio cuenta de lo que escuchó de boca del joven D.E.B.A. no hay en verdad correspondencia entre los diferentes relatos suministrados. Basta con decir que el propio D.E.B.A. en el juicio afirmó que en la declaración anterior no había mencionado que fueron dos los encuentros, pues pensó que con lo dicho era suficiente que hacía la denuncia y eso lo manejaban ellos y no tenía que ver más ahí.

Ante las inconsistencias, parquedad y falta de corroboración periférica del relato recibido en juicio, saltan dudas insalvables que deben resolverse en favor del procesado.

En ese orden de ideas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia por encontrarla conforme con la realidad procesal.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve **CONFIRMAR** la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación, el cual debe ser interpuesto dentro de los cinco días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la ley 1395 de 2010.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

2cd56b4532649d89c1da42b582b75383e57b622bc206d8d7e223e32
6a13d95fb

Documento generado en 03/11/2021 11:33:03 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dos (02) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 151

RADICADO	: 05 282 60 00000 2020 00003 (2021 1134)
DELITOS	HOMICIDIO AGRAVADO PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO
ACUSADA	LAURA GARCÍA URIBE
PROVIDENCIA	: INTERLOCUTORIO SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa de la procesada, LAURA GARCÍA URIBE, en contra del interlocutorio proferido el día 13 de julio de 2021 por el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, Antioquia, mediante el cual negó solicitud de nulidad impetrada por la defensa.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 27 de abril del año 2020, en el corregimiento Puente Iglesias, jurisdicción del municipio de Fredonia (Antioquia), cerca de la finca Túnez, el joven Rigo Alexander Otálvaro Suárez fue citado por los señores Larsen Gilberto Castañeda y Laura García, aparentemente a consumir marihuana. Estando allí, mientras se encontraba de espaldas, el señor Larsen le propinó un disparo en la cabeza y luego lo tiró al Río Cauca. La señora Laura García ayudó a cubrir el lago hemático producido con

el homicidio y se llevó la motocicleta en la cual se transportaba la víctima.

Por estos hechos, el 13 de agosto de 2020, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Fredonia, la Fiscalía le formuló imputación a la señora Laura García, por el delito de Homicidio Agravado en concurso con porte ilegal de arma de fuego. A la señora García se le impuso medida de aseguramiento de privación de la libertad en establecimiento de reclusión.

La imputación inicialmente fue en calidad de coautora, pero en la audiencia de acusación, la Fiscalía varió la calificación jurídica y señaló que el compromiso de la acusada era en la calidad de cómplice.

LA CONTROVERSIA

En audiencia celebrada el 6 de julio de 2021, en desarrollo del juicio oral, un nuevo defensor de la procesada presentó solicitud de nulidad.

Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

No encuentra congruencia fáctica entre imputación y acusación.

Considera que no se cumplió con una relación sucinta de los hechos jurídicamente relevantes. No se mencionó el lugar de ocurrencia de los hechos, ni se hizo alusión a la antijuridicidad y culpabilidad. La calidad se dijo al final de la imputación jurídica a pesar de haber hablado de coparticipación (lo que generó indeterminación). El

motivo fútil endilgado no tiene fundamento fáctico tampoco el agravante del Porte Ilegal de Arma por coparticipación. En la imputación se combinaron hechos con medios de conocimiento lo que es inadmisibile.

Lo anterior, impidió a la procesada conocer las conductas imputadas y la posibilidad de allanarse a los cargos.

En la audiencia de formulación de acusación, la fiscalía se dio cuenta de la nulidad y dijo subsanar el yerro, pero no hizo modificación fáctica sino jurídica, continuando con la indeterminación. Y frente al agravante dice que es fútil pero que es abyecto.

Señala que hay ausencia total de unos hechos jurídicamente relevantes y era tan gaseoso lo dicho que no quedó claro cuál era el agravante. No se dijo cuál era la participación de la procesada como autora, no se indicó si fue por acción o por omisión de manera clara. No se aclaró si era un dolo directo, mediato o eventual. No se habló de la antijuridicidad y no se dijo cómo le ayudó al autor.

Se queja porque el Juez asumió el roll de Juez de control de garantías haciendo preguntas propias de la audiencia de imputación dirigidas a conocer si la procesada aceptaba o no los cargos.

Por otro lado, critica la labor de su antecesor y señala que no tenía conocimiento del sistema penal acusatorio, que no realizó ningún acto de oposición frente a las pretensiones de la fiscalía en todas las audiencias, se allanaba a lo que la fiscalía pedía, no tenía una teoría del caso clara, las pruebas que pidió no son pertinentes y fueron

decretadas porque nadie se opuso. En la audiencia preparatoria no pidió el rechazo de los medios de conocimiento que no fueron descubiertos por la Fiscalía y siempre que le daban la palabra no sabía para que era. Permitió que la audiencia preparatoria se realizara sin el término legal para preparar el caso y en el juicio no hizo oposición a las preguntas de la fiscalía, ni conainterrogó al testigo.

El señor Juez negó la solicitud de nulidad. Afirmó que no era verdad que se hubiera hecho una imputación farragosa que no permitiera el allanamiento a cargos y cuando hubo el cambio de coautor a cómplice, la actuación del Juez no fue más allá que sentar las bases por si se presentaba un preacuerdo. Señaló que además de Juez de conocimiento también es un Juez de control de garantías y tiene la obligación de corregir los actos irregulares. Encontró que hubo un relato claro y sucinto de los hechos jurídicamente relevantes.

En cuanto a la defensa técnica, argumentó que, si bien el anterior defensor no es un arquetipo en la defensa, se tiene que solicitó pruebas y le fueron decretadas. Que no sean del agrado del nuevo defensor no implica nulidad. La quietud del defensor es una estrategia defensiva y aún la mayoría de los testigos de la Fiscalía están pendiente de su recepción por lo que frente a ellos podrá intervenir el nuevo defensor.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor defensor de la procesada, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente, el recurso de apelación.

Insiste en que cuando en la acusación se modificó la calidad de coautora a cómplice se hizo en lo jurídico y no en lo fáctico y a parte de eso hay una total indeterminación de los hechos jurídicamente relevantes. La fiscalía ni siquiera fue capaz de explicar fácticamente por qué el motivo era fútil y al modificar la acusación ya dice que no es fútil sino abyecto. Se pregunta: Qué pasó con la agravante del artículo 365, fue que se eliminó? Eso demuestra la indeterminación de los hechos jurídicamente relevantes. No se menciona en cuál de las conductas del artículo 30 del código penal se adecúa el comportamiento de la procesada.

Afirma que, al momento de la degradación de la conducta, la intervención del juez, violenta la estructura del proceso, pues no debía asumir un rol diferente al que le compete y no puede hacer preguntas propias del juez de control de garantías, máxime cuando lo hizo para garantizar rebajas que no proceden.

En cuanto a la nulidad por falta de defensa técnica, señala que pueden versen situaciones objetivas que dan pie a demostrar que el defensor anterior no tenía conocimiento del sistema penal acusatorio. No actuó ante la falta de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y cómo es posible que permita que la audiencia preparatoria se realice a los dos días, cuando debía tener quince días para el estudio del caso. En las audiencias preliminares no dijo que no podía oponerse por no tener elementos, sino que no tenía en su poder los de la fiscalía.

Considera que la ausencia total de debate no puede subsanarse por el hecho de haberse interrogado solo a un testigo. No hubo una sola

oposición, por lo que es claro y objetivo que no hay defensa técnica. En la audiencia de imposición de medida de aseguramiento en la reposición pidió la domiciliaria después de haberse allanado a lo solicitado por la Fiscalía. Y cada vez que le daban la palabra no sabía para qué.

Si bien el Juez decretó las pruebas pedidas por la defensa, ellas no refutan nada y no cumplieron con los requisitos de admisibilidad.

Por lo anterior, solicita se revoque la decisión y se anule la actuación por fallas en el debido proceso y en la defensa técnica.

2. El señor Procurador, como sujeto no recurrente, manifiesta que en su concepto no se ha vulnerado el debido proceso. Y no le asiste razón a la defensa, porque no presentó casos objetivos que demostraran la inactividad o torpeza del anterior togado que impidiera alcanzar su cometido en pro de la defensa del procesado.

3. La señora Fiscal, también como sujeto no recurrente, solicita se confirme la decisión impugnada, por cuanto como lo destacó el señor Juez, considera que en la audiencia de formulación de imputación se dejaron claros los hechos jurídicamente relevantes y las circunstancias. Se permitió que la imputada conociera cuáles eran los hechos.

La inconformidad que tuvo la fiscalía no fue por lo fáctico, sino porque no le parecía la coautoría. En la audiencia de formulación de acusación se dijo que su participación era por la colaboración que había prestado para que se materializaran y consumaran esas conductas. Por tanto, no existe la tal indeterminación.

También señala que no hubo vulneración al derecho de defensa. En cuanto al tiempo que careció para preparar su defensa atendiendo la situación del descubrimiento, insiste que desde el comienzo del proceso el defensor ha tenido una particular visión de la participación de su prohijada y, por ello, las pruebas solicitadas no son impertinentes. Las personas que citó como testigos dan cuenta de la presencia y las razones que pudo haber violencia moral para estar en ese lugar.

Asegura que muchas de las cosas dichas por el recurrente son intrascendentes, como la actitud del juez de conocimiento.

CONSIDERACIONES

Como bien clara quedó la inconformidad de la parte recurrente, la Sala únicamente se referirá a los puntos en discusión, teniendo en cuenta las limitaciones que tiene el Juez de Segunda Instancia para desatar la alzada.

El problema jurídico para analizar se limita a determinar si el nuevo defensor logró demostrar o no la vulneración de las garantías fundamentales de su asistida y si, por tanto, procede o no la nulidad deprecada.

Como todos conocemos, para solicitar la declaratoria de nulidad, el peticionario debe señalar con precisión la irregularidad denunciada, identificando la falencia advertida, las normas que apoyan su pretensión, su efecto en el marco de la estructura del proceso o de

las garantías fundamentales, así como frente a los principios que orientan las nulidades, esto es, taxatividad, instrumentalidad de las formas, trascendencia, protección, convalidación, residualidad y acreditación.

Igualmente, como se conoce el remedio extremo de la de la nulidad es excepcional y solo procede cuando, además de gravísimos, los errores atribuibles a la defensa tienen tal entidad que la única forma de subsanarse es retrotrayendo la actuación, porque esa corrección conduciría ineludiblemente a variar la situación del procesado.

1. Sobre la nulidad por falta de defensa técnica.

En el presente caso, el recurrente sostiene que su antecesor no tenía conocimiento del sistema penal acusatorio y, por tanto, no elaboró una estrategia defensiva, no realizó actos de oposición a las pretensiones de la Fiscalía, ni pidió pruebas que pudieran desvirtuar la teoría acusatoria, esto es, en síntesis, no ejerció la defensa técnica de su procurada.

Si bien esta fue la afirmación del nuevo togado, en realidad no logra demostrar que esa supuesta deficiencia se presentó por desidia, impericia o cualquier otra situación imputable al profesional del derecho que tenía a cargo la representación de la procesada.

Frente a la solicitud de pruebas, es necesario advertir, que era la señora Laura García Uribe la primera persona llamada a señalar a su defensor cuáles son los medios de conocimiento que tiene a su alcance para abordar su defensa y no puede esperarse que simplemente el señor defensor se invente testigos, evidencias o

elementos materiales de prueba con los cuales pueda enfrentar la acusación. El nuevo defensor no atina a señalar cuáles evidencias, elementos materiales probatorios o medios de conocimiento estaban al alcance del anterior defensor y que no solicitó en su debida oportunidad por negligencia, impericia o desconocimiento del sistema penal.

El nuevo defensor se queja de la ausencia de material para llevar al juicio, pero se insiste, no indica cuáles elementos materiales probatorios, evidencia física o actuaciones para conseguirlos se hacían necesarios y eran evidentes desde el inicio de la investigación. Simplemente depreca por la nulidad para tener tiempo de replantear la defensa y elaborar una nueva teoría del caso que no tiene clara.

Se queja porque la teoría del caso presentada por su antecesor puede perjudicar a su prohijada, pues según se le interpreta, hubiera preferido no decir nada para que la fiscalía demostrara todos los hechos relevantes, pero debe recordarse que una teoría del caso no es un medio de conocimiento y de ella no puede extraerse ninguna conclusión adversa al procesado como si se tratara de confesión. Cualesquiera sean las manifestaciones allí realizadas, ello no releva al Ente Fiscal de demostrar todos y cada uno de los hechos que sustentan la acusación. Por tanto, la teoría del caso presentada por la defensa de la señora Laura García no tiene la trascendencia que le quiere dar el nuevo defensor y tampoco se observa descabellada conforme con los hechos narrados en la acusación. De todas formas, de allí no se desprende falta de impericia, negligencia o desconocimiento del sistema penal como lo pregona el impugnante.

La solicitud probatoria de la defensa fue analizada por el Juez y decidió atenderla por encontrarla pertinente. Si al nuevo defensor no le parece que conduzca a enfrentar la teoría de la Fiscalía, ello no significa por sí solo una irregularidad que alcance a violentar las garantías fundamentales de la procesada, pues es claro que la defensa realiza las peticiones conforme con la información que suministra el procesado e incluso no está obligada a hacer solicitud probatoria alguna y tampoco a revelar su teoría del caso.

Conforme con lo dicho, era indispensable para demostrar la vulneración alegada que el nuevo defensor señalará los medios de conocimiento al alcance del abogado anterior que debió solicitar y que tenía la aptitud real de atacar claramente la pretensión acusatoria. No basta, con decir simplemente que no le gusta las pruebas pedidas.

Lo mismo sucede con las otras críticas que hace el señor defensor a su antecesor.

Iniciando con las audiencias preliminares, es preciso señalar que la Sala no observa ninguna situación irregular que afectara el derecho a la defensa de la señora Laura García Uribe. La imputación es un acto de mera comunicación y en principio no tiene control alguno, por lo que el silencio de la defensa nada indica frente a lo pretendido por el recurrente. Incluso ante una imputación deficiente puede suceder que la defensa pretenda esperar para atacarla con posterioridad, pues en el mismo acto podrían corregirse situaciones que desfavorecieran a su patrocinado. Por ello, el no haber solicitado aclaración, adición o hecho manifestación alguna frente a

este acto, no puede interpretarse como un desconocimiento del sistema penal y menos negligencia o impericia del togado.

Con respecto a la medida de aseguramiento, en la audiencia quedó claro que la única medida de aseguramiento posible era la privación de la libertad en centro de reclusión, porque la víctima era un menor de edad y el delito homicidio. Igualmente, en forma amplia, la señora Fiscal analizó uno a uno los presupuestos legales y constitucionales para la imposición de la medida de aseguramiento, las finalidades mencionadas fueron la protección a la familia de la víctima, a los testigos y a la comunidad, así como lograr la comparecencia de la procesada al proceso. Se alegó que ella podía pertenecer a una organización criminal, que uno de los autores no se había podido capturar y que a dos testigos presenciales les advirtió que no fueran a contar lo sucedido, testigos menores de edad que requerían protección. Por ello también se alegó la posible continuación de la actividad delictiva, la probable vinculación con organizaciones criminales y evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la administración de justicia. Mencionó que la víctima había sido objeto de amenazas por una banda criminal por estar vendiendo estupefacientes sin su autorización. Todo ello soportado en elementos materiales probatorios que la fiscalía analizó en la audiencia y señaló que ya los tenían los sujetos procesales.

Si el señor defensor consideró prudente no atacar esos argumentos por no tener medios de conocimiento con qué enfrentar los que poseía la Fiscalía, es un tema de su resorte y, por ello, ninguna nulidad se genera, pues por el principio de residualidad, es claro que ante las irregularidades que puedan presentarse en este tipo de

decisiones existen otros remedios como la solicitud de revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento.

El nuevo togado no atina a señalar qué medios de conocimiento estaban en ese momento al alcance del defensor para oponerse a la petición de la fiscalía, de tal suerte que por negligencia, desconocimiento o impericia dejó imponer la medida de aseguramiento. Ahora, si bien cuando el Juez otorgó la palabra para los recursos, el defensor mencionó que iba a solicitar la detención domiciliaria, es claro que lo hizo por la situación que en ese momento se observa de la procesada, pero tenía claro que sin elementos de conocimiento debía esperar para otra oportunidad.

Si bien el señor defensor manifestó que no tenía en su poder los elementos presentados por la Fiscalía, también es cierto que la Fiscalía los mencionó y señaló su contenido de tal suerte que el señor defensor no consideró necesario tenerlos y, además, la Fiscal expresó que los había enviado a cada una de las partes de la audiencia, por lo que no tenerlos no indica que el defensor desconociera el sistema penal o que actuara con impericia o negligencia. Debe anotarse que las testigos principales de la fiscalía son personas conocidas por la procesada y en ese momento se indicó qué fue lo que ellas declararon.

En la audiencia de formulación de acusación (que tuvo lugar el 9 de diciembre de 2020), ninguna situación especial ocurrió frente es el ejercicio de la defensa técnica, pues también es un acto de comunicación y si el defensor consideró que no había necesidad de pedir en ese momento aclaración o adición alguna, ello es un tema de su resorte conforme con la particular forma como haya apreciado

el caso y la estrategia a seguir. Si bien en algún momento el señor defensor dijo que entendió la modificación que estaba haciendo la señora Fiscal por una posible nulidad pero que no entendió cuál fue la causal que adujo, acto seguido el tema se aclaró. No puede afirmarse que ese mal entendido que lo más seguro fue por los problemas en la comunicación virtual, se pueda atribuir a impericia, desconocimiento del sistema penal o negligencia del abogado.

En la audiencia preparatoria (Iniciada el 24 de febrero de 2021 y terminada el 26 de febrero siguiente) se presentó un problema con el descubrimiento probatorio, pues el defensor manifestó que no le habían entregado los elementos materiales probatorios, entrega que anunció la fiscalía desde las audiencias preliminares, pero en esa audiencia la Fiscal, quien era diferente a la que acudió a las audiencias preliminares, sostuvo que hubo un error en el correo. El juez como director del proceso decidió ordenar la entrega de los elementos probatorios y dar un tiempo para el estudio del señor defensor. Debe tenerse en cuenta que esos elementos ya habían sido objeto de mención por la Fiscalía en las audiencias preliminares y principalmente se constituía por las entrevistas a los testigos menores de edad, cuyo contenido ya se conocía y los declarantes también eran conocidos por la procesada. Por ello, de la actitud del defensor de permitir que la situación del descubrimiento se corrigiera, sin necesidad de hacer solicitudes de rechazo, lo cual no implicaba que la sanción se aplicara ineludiblemente porque el señor Juez debía analizar si había o no alguna justificación para la no entrega de los elementos a la defensa, no se desprende negligencia, impericia o desconocimiento del sistema penal acusatorio. Pedir o no el rechazo de un elemento material probatorio es un acto que la parte debía sopesar, pues también

debía tener en cuenta las dificultades que la no presencialidad ha generado para este tipo de diligencias. Igualmente, el recurrente no atina a señalar la trascendencia de esta omisión y se limita a señalar que el abogado anterior no solicitó el rechazo por falta de descubrimiento y que toleró que la audiencia preparatoria se realizara a los dos días siguientes después de recibir el material probatorio. Debe recordarse que ya había transcurrido mucho tiempo desde las audiencias preliminares y la audiencia de formulación de acusación, el suficiente para que la defensa elaborara una estrategia y realizara una investigación si lo consideraba necesario. Igualmente, que los elementos descubiertos por la fiscalía, también los conocía desde el inicio de la actuación, así que era indispensable para el solicitante de la nulidad demostrar que, a pesar de ello, el no tener el defensor en sus manos los documentos contentivos de las evidencias, le impidió el ejercicio de la defensa técnica. No es suficiente alegar simplemente que tuvo poco tiempo para realizar su tarea desde que recibió los documentos del descubrimiento.

Ahora, en lo que lleva el desarrollo del juicio, únicamente se ha practicado el testimonio de un investigador de policía judicial, quien dio cuenta de la forma como se rescató el cadáver de la víctima. El señor defensor manifestó que no le interesaba contrainterrogar, porque no le parecía de interés para su teoría del caso, lo cual no puede reprocharse, pues la forma como se comporte un abogado frente a un interrogatorio, si considera necesario o no hacer oposiciones a las preguntas de la fiscalía o realizar su propio contrainterrogatorio, no es indicativo *per se* de falta de pericia, negligencia o desconocimiento del sistema penal acusatorio. El recurrente debió indicar por qué era necesario oponerse a algunas

preguntas de la Fiscalía, y en todo caso qué daño generó a la defensa de la procesada un interrogatorio irregular o la falta de conainterrogatorio. No puede afirmar falta de defensa técnica simplemente manifestado que no se opuso a preguntas en forma general o que no conainterrogó.

Ahora, no es cierto que cada vez que se le otorgaba la palabra al abogado de la defensa, éste no sabía para qué y manifestaba asuntos impertinentes. Lo que se puede percibir de los registros es que había muchos problemas en las comunicaciones entre las partes, en ocasiones no se entendía lo que decían y el señor defensor era una persona de edad avanzada, quien manifestó no estar muy actualizado en los sistemas de información, pero tal situación no impidió que las audiencias se desarrollaran normalmente.

El señor abogado intervino en cada una de las ocasiones que le correspondía, manifestó lo que se le pidió en su momento conforme con el trámite legal, explicó sus actuaciones y si bien en algunos momentos quería referirse a asuntos diferentes como el mencionar que le extrañaba que el verdadero autor material del homicidio no estuviera siendo procesado conjuntamente, que su prohijada nada tenía que ver en los hechos y que eso lo iba a demostrar, tal situación tampoco fue un problema para el desarrollo de la audiencia, pues quedó claro con las intervenciones que el abogado conocía lo que estaba haciendo y simplemente quería dejar esas constancias, lo que el Juez no le permitía.

Frente a la solicitud de nulidad por falta de defensa técnica, la Honorable Corte Suprema de Justicia en decisión del 27 de enero

de 2021, M.P. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa, Radicado 56864, ha razonado de la siguiente forma:

“Según el censor, la sentencia vulneró el derecho de defensa porque (...) no contó con defensa técnica idónea puesto que el abogado contratado no desplegó ninguna actividad probatoria orientada a desvirtuar la acusación.

A pesar de las críticas del demandante a la labor de su antecesor, la Sala encuentra que no acreditó la afectación de la estructura del debido proceso por afectación sustancial del derecho de defensa. Aún más, ni siquiera confrontó los actos presuntamente anómalos con los principios de convalidación, trascendencia, residualidad y taxatividad, entre otros, que rigen las nulidades, situación que impone inadmitir la demanda.

La jurisprudencia tiene establecido que no por disentir de la estrategia defensiva utilizada por quien asumió el encargo en el curso del proceso, o haber sido adversos los resultados del juicio, puede afirmarse que se ha violado el derecho a una asistencia calificada por inidoneidad de la misma, pues el ejercicio de la actividad defensiva es de medio, no de resultado, y porque el defensor, en la tarea de hacer efectiva esta asistencia, goza de autonomía y libertad en la selección de la táctica a adoptar, entre las múltiples alternativas posibles de ser planteadas en el curso de un juicio (CSJ AP 7/3/12, rad. 37247).

Además, la ley no le impone al abogado derroteros a seguir en el desarrollo de la gestión encomendada, ni le fija direccionamientos de ninguna índole y no existen reglas preestablecidas por la ciencia del derecho que indiquen que frente a una determinada situación deba actuarse de una específica manera, o plantearse unas concretas tesis defensivas.

Siendo ello así, no hay lugar a la admisión del reproche por cuanto el litigante que precedió al demandante elaboró una estrategia defensiva y formuló una teoría del caso que presentó en el juicio oral, sólo que ante la fortaleza probatoria de la acusación no tuvo acogida entre los juzgadores de instancia. El procesado, en otras palabras, no careció de defensa técnica porque su abogado asistió a todas las diligencias, intervino en ellas, contrainterrogó a los testigos de cargo en el juicio oral y presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia.

De esta manera, las críticas del censor no son suficientes para demostrar la ineptitud de la gestión del defensor y, mucho menos, para probar la afectación del derecho fundamental de defensa, en tanto no demostró, como debía hacerlo, que existían posibilidades reales de lograr un resultado distinto al obtenido y favorable al procesado, de haberse contado con una defensa diferente. Los cuestionamientos, por tanto, sólo develan su discrepancia con el

actuar de su predecesor, pero no la falta de idoneidad de la abogada.

En decisión del 30 de junio de 2021, radicado 56040, M.P. Fabio Ospitia Garzón, la Alta Corporación señaló:

La censura debe sujetarse a los principios que orientan la declaración de las nulidades. Será imprescindible evidenciar la necesidad de acudir a esa enmienda extrema, frente a los principios de acreditación, taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad de las formas, trascendencia y residualidad.

En razón de estos criterios, corresponde al impugnante acreditar la existencia de una irregularidad manifiesta que se ajuste a alguna de las causales taxativas indicadas en la ley (artículos 455 a 458 de la ley 906 de 2004); acreditar el dislate ocurrido con la sustentación fáctica y jurídica suficiente; mostrar que la parte afectada con el vicio de procedimiento merece la protección que se busca a través de la nulidad, en cuanto no haya coadyuvado con su conducta a la formación del acto irregular; asimismo, que no lo convalidó o no lo consintió expresa o tácitamente; comprobar que el trámite irregular impidió alcanzar la finalidad a la cual estaba destinado el acto procesal; que se afectó de manera trascendental una garantía esencial o se desconocieron las bases fundamentales del proceso; y finalmente, que no puede acudirse a otro mecanismo para corregir el yerro procedimental (CSJ AP2590-2020).

(...)

Las afirmaciones sobre la existencia de una defensa técnica inidónea no supera, como ya se dijo, la simple enunciación. La Sala ha reiterado que cuando se invoca la vulneración del derecho de defensa, el libelista debe exponer argumentos encaminados a demostrar alguna falencia capaz de resquebrajar las garantías esenciales de la persona sometida a juzgamiento, apartándose de criterios subjetivos relativos a cuál hubiese sido la mejor y más acertada estrategia exculpatoria¹. Por ende, para una adecuada sustentación, se espera que el demandante acredite:

«que (i) el comportamiento procesal asumido por el defensor obedeció a su actitud negligente para agenciar los derechos que le fueron encomendados, sin apego a los lineamientos que el ejercicio de la profesión de abogado le exigen, (ii) reseñar la omisión o la actuación desplegada que se tacha de inapropiada, y (iii) mostrar, en consecuencia, la actividad objetiva que debió desarrollar, para

¹ CSJ SP, 13 de junio de 2002, rad. 11324; CSJ AP, 28 sep. 2006, rad. 25.247. En el mismo sentido, CSJ AP-3163-2015, 25 de mayo de 2016, rad. 46.698.

finalmente (iv) precisar y demostrar su objetiva incidencia de cara a las conclusiones del fallo cuestionado.

En este sentido, no basta que el demandante en casación simplemente oponga su inconformidad con la estrategia planteada por quien le precedió en la representación judicial de los intereses de su defendido, o se dedique a repudiar genéricamente la actividad o pasividad procesal que rigió su desempeño para tachar su gestión y atribuirle la responsabilidad de haber desencadenado un fallo adverso².

En el presente caso, el señor defensor impugnante ni siquiera atina a señalar cuál sería la estrategia que permitiría obtener un resultado distinto al que, sin haberse debatido la prueba en el juicio oral, avizora y tampoco que su antecesor erró de gravedad, porque tenía a sus manos los elementos necesarios para abordar su trabajo y no lo hizo por simple desidia.

Así las cosas, la solicitud de nulidad por falta de defensa técnica no procede y la decisión de primera instancia debe confirmarse.

2. Sobre la nulidad por violación al debido proceso.

2.1. Los hechos jurídicamente relevantes:

Para mayor comprensión, se transcribirá lo dicho por la Fiscalía tanto en la audiencia de imputación como en la audiencia de formulación de imputación.

La audiencia de formulación de imputación comienza al minuto 24:30 del registro. Allí la señora fiscal dice:

“Los hechos jurídicamente relevantes ocurrieron el día 30 de abril del año 2020 en vía (...) zona destapada de acceso boscoso lugar de los hechos vereda

² CSJ AP4250-2018, Rad. 48098.

Puente Iglesias sector Túnez dentro del río Cauca donde fue encontrado un cuerpo, un cuerpo ... de un menor de edad que se había desaparecido desde el 27 de abril ...que respondía al nombre de Rigo Alexander alias Tumis, tenemos entonces que existen varios elementos con vocación probatoria de los cuales esta delegada puede hacer inferencia razonable de autoría en cabeza de la joven Laura García Uribe”.

Acto seguido menciona los elementos materiales probatorios que posee. Pero deja claro que según la jurisprudencia no debe mezclar medios de conocimiento con los hechos jurídicamente relevantes, pero que debe mencionarlos.

Al minuto 30:55 continúa:

“señorita Laura los hechos ocurrieron el 30 de abril del año 2020 ya le dije donde en un lugar en la vereda que se llama Puente Iglesias allí se encontró el cuerpo sin vida de flotando en el río Cauca de Rigo de Rigo Alexander Otálvaro Suárez, que sucede que usted en compañía de otras dos damas y en compañía de un caballero que se hace llamar Felipe pero que realmente su nombre no es Felipe sino Larsen fueron a ese lugar con el ánimo de consumir sustancias estupefacientes ese era el sofisma de distracción, ir a consumir sustancias estupefacientes, una vez en el lugar entonces Felipe empieza a llamar a Tumis o sea a Rigo Alexander Otálvaro Suárez, cuando él llegó hablaron, departieron un rato, consumieron sustancias alucinógenas como marihuana, luego Tumis se para y empieza a mirar a hablar por celular y... mirar para el lado del río dándole la espalda a ustedes tres, tres mujeres y un hombre, y entre las tres mujeres claro está Laura estaba Usted y un hombre, y entonces en un momento dado quien se hacía llamar Felipe se para empieza a caminar hacia el lugar donde estaba Tumis y acciona el arma de fuego en varias oportunidades en la cabeza del joven, claro el joven cae al suelo no al río al suelo, existe pues el lago hemático que es característico en estos delitos y entonces Larsen coge un palo se lo mete por la camisa a la víctima se mete empujándolo hasta el río al punto que a él le llegó el agua hasta la mitad de o sea hasta la cintura y empuja el cuerpo para que se vaya resulta que el joven Rigo Alexander tenía

una cachucha y la cachucha vuelve y se sale se sobreagua pues digámoslo así, entonces el joven vuelve la coge y blummm la lanza. Cuál fue su participación Laura, su participación es la siguiente usted le ayudó a Tumís no usted le ayudó a este ciudadano que se hace llamar Felipe pero que realmente es Larsen a tapar esa sangre, ese lago hemático que había ahí. Se tiene conocimiento que usted anda vinculada con organizaciones criminales de hecho que usted se presta para transportar las armas de fuego yo hoy no le voy a imputar un concierto le voy a imputar solamente un homicidio agravado y un porte de arma de fuego pero bueno entonces su participación es esa ayudarle a Larsen a tapar esa sangre y su participación es coger una motocicleta en la que llegó Tumís y dirigir coger la motocicleta después de que lo matan después de que lo tiran al río de que tapan la evidencia que era la sangre no puedo decir que recogieron vainillas porque eso no me lo dice el informe que tengo, tapar la evidencia que quedaba en ese punto donde ocurre el homicidio entonces ya listo ustedes se van en esta moto señoras el sujeto se va en otra moto solo y usted se va en la moto del muerto a donde llegan a su casa y le dicen a las otras personas que estaban con ustedes a las otras dos damas que estaban con ustedes aquí nada pasó calladitas porque si abren la boca hay graves problemas calladitas se ven mejor y aquí nada pasó y aquí olvido que si ustedes no abren la boca aquí nadie va a saber que pasó esa es su participación en este homicidio que no se diga que el hecho de tapar con tierra la sangre aquí no esa no fue su participación eso no significa nada, total significa todo, por qué porque eso es lo que la hace partícipe de ese homicidio pero no solamente a usted entonces y el hecho de usted llevarse esa moto de ese lugar si no tuviera nada que ver con eso no hubiera asumido ese comportamiento no tienen por qué llevarse el vehículo del muerto pero como se tiene entendido que trabaja con bandas criminales que transporta y que además venden sustancias estupefacientes claro es que esa es la participación presuntamente Laura presuntamente porque usted se presume inocente y eso se lo hará conocer a continuación. Entonces la conducta punible que presuntamente usted cometió está en la ley 599 de 2000 en el libro segundo en la parte especial de los delitos en particular en el título primero en el capítulo segundo que nos habla del homicidio en el artículo 103 que establece lo siguiente (lo lee). Pero resulta que nos vamos a ir para el artículo 104 que nos habla de circunstancias de agravación punitiva y nos dice la pena será de

400 a 600 meses de prisión por qué con que circunstancias nos vamos a quedar nos vamos a quedar con la numeral 4 el precio promesa remuneratoria ánimo de lucro o por motivo abyecto o fútil cual es el motivo el motivo es fútil y cual es motivo fútil porque quiso porque fue su voluntad hacerlo porque no había ningún elemento que o ningún problema previo ninguna amenaza previa no podemos hablar de ninguna legítima defensa simplemente usted segundó los actos delictivos de otra persona ayudando a tapar la evidencia ayudando a movilizar el vehículo del muerto hacia otro lugar y a encubrir un delito por qué porque todos tenemos la obligación de denunciar cuando se comete un delito y usted se quedó calladita y se quedó calladita tanto presuntamente Laura que le dijo a las otras dos damas que estaban con usted aquí nada pasó se quedan calladas porque si ustedes no hablan aquí nadie se da cuenta y entonces nada paso y mire la intención la intención fue que el cuerpo se lo llevara el río cauca y lo dejara salir quien sabe cuántos metros atrás o cuantos municipios más abajo para que este homicidio quedara impune. Entonces vamos a hablar de un homicidio agravado por motivo fútil con una pena de 400 a 600 meses de prisión, pero es un concurso heterogéneo de conductas punibles y como vamos a hablar de un concurso entonces nos vamos a ir para el artículo 31 (lo lee). Por qué le hablo de este artículo 31 pues porque vamos a hablar de un concurso heterogéneo de conductas punibles, el verbo rector en el homicidio es matar y entonces nos vamos a ir para el concurso heterogéneo que es el delito de fabricación tráfico porte o tenencia de armas de fuego accesorios partes o municiones lo encontramos en el título XII, delitos contra la seguridad publica en el capítulo segundo delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones, entonces el artículo 365 tiene 14 verbos rectores y de esos le voy a imputar uno (lee el artículo hace énfasis en porte) ... en el inciso tercero dice la pena anteriormente expuesta se duplicara cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias el numeral primero dice utilizando medios motorizados si bien se utilizó un medio motorizado no fue tan evidente para la consumación del delito pero si el artículo 5 obrar en coparticipación criminal, obrar en coparticipación criminal es la ayuda que usted prestó a Larsen para ocultar ese homicidio”.

Mas adelante dice:

“por hablar de ese numeral 5 de la coparticipación criminal no estamos hablando de una pena de 9 a doce años por qué porque el inciso tercero dice la pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias ya dije numeral 5º obrar en coparticipación criminal entonces no estamos hablando de una pena de 9 a 12 años estamos hablando de una pena de 18 a 24 años y el verbo rector es portar. Se preguntará Laura pero es que a mi no me cogieron arma pero es que a mi no me encontraron nada resulta que también existe una norma procesal que nos habla de la comunicabilidad de circunstancias, entonces los hechos que Larsen ejecutó (...) se le comunican a Usted y a las otras personas que si bien han venido dando información en este asunto pueden también resultar vinculadas a este proceso penal (...)”.

Continúa hablando de la posibilidad de allanarse a los cargos y o de realizar un preacuerdo y al minuto 50: 35 dice “La formulación de imputación la estoy haciendo señor juez en calidad de Coautora de ese delito de homicidio agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico porte o tenencia de armas de fuego accesorios partes o municiones”.

En la audiencia de formulación de acusación, la nueva Fiscal afirma que va a realizar una modificación a la calificación jurídica pero que la situación fáctica se mantiene. Frente a lo que es objeto de modificación señala:

“La vinculación de la hasta ahora imputada tiene relación con la muerte del joven Rigo Alexander Suárez, no indicó la señora fiscal como se presentó la desaparición simplemente partió que se había hallado el cuerpo de la víctima y a la señora Laura le explicó que la vinculación a la actuación era porque había secundado los actos delictivos de otro, ayudando a tapar la evidencia lo que ocurrió movilizándolo el vehículo en que se desplazaba la víctima y encubriendo el delito omitiendo con ello el deber de denunciar además de haber advertido a las menores que figuran como testigos que se quedaron calladas igualmente ayudó al autor la persona que materializó la agresión contra el joven Rigoberto que no ha sido capturada, ayudó a Lanser a tapar la sangre que quedó en el

lugar de los hechos. Esta delegada señorita luego de revisar minuciosamente las diligencias y escuchar el audio de la imputación encuentra que efectivamente esos elementos materiales de prueba solamente dan cuenta de que a ese sector conocido como la blanquita concurren tanto la señora Laura García como otro individuo que está identificado como Lanser Gilberto y que hasta allí llegó el adolescente Rigo Alexander y que efectivamente después de que Lanser le disparó a este adolescente en la cabeza Laura ayudó a cubrir la sangre el lago hemático que quedó en ese lugar y adicionalmente ayudó a trasladar la motocicleta en que se movilizaba la víctima supongo para ocultarla y evitar que quedara la evidencia de la motocicleta ahí señorita. Entonces concluye la señora Fiscal que esa conducta encuadra para Laura como coautora del concurso de delitos de homicidio Agravado conforme al artículo 103 y 104 numeral 4 por tratarse de un motivo abyecto o fútil en concurso heterogéneo con Fabricación, tráfico porte o tenencia de arma de fuego.”

El juez le pide que repita las causales de agravación y dice: “la 104 numeral 4 motivo abyecto o fútil especialmente motivo abyecto”.

Continúa: “adicionalmente fundamenta la señora Fiscal esa coautoría en el señalamiento de Laura como pertenecer a un grupo armado y que ella le presta colaboración a este grupo transportando armas de fuego y que por ello se le atribuye la calidad de coautora, empero señorita de los elementos materiales de prueba no encuentro ninguna evidencia que permita acreditar que la joven Laura García efectivamente se le tenga como perteneciente a un grupo armado, verifiqué con los miembros de la policía judicial cual era la información que tenían para soportar esa afirmación y además de enlazarla pues al hecho de ser coautora y estos manifiestan que si bien tienen informaciones, informal, comentarios que se escuchan pero que no tienen ningún soporte de ello. Estos puntos estos aspectos señorita considera esta delegada que no permite acreditar entonces que la conducta de Laura García Uribe se hubiera realizado a título de coautora de esos delitos que se le han atribuido y que a la sumo se le atribuye entonces la calidad de cómplice señorita”.

La audiencia de acusación continúa desarrollándose y luego en el momento oportuno se le otorga la palabra a la señora Fiscal para que formule la acusación, lo que hace de la siguiente forma:

“La Fiscalía convocó entonces a la señora Laura García Uribe Los hechos con fundamento en los cuales se formula acusación a la señora Laura García Uribe, se tuvo conocimiento de ellos el 30 de abril del año 2020, en esa fecha miembros de la Policía Nacional adscritos a la Unidad de Infancia y Adolescencia de Fredonia, realizaron inspección técnica al cadáver de una persona de sexo masculino que flotaba en las aguas del Río Cauca a la altura del sector Túnez del corregimiento de Puente Iglesias, cuerpo que fue identificado como el de Rigo Alexander Otálvaro Suárez, que contaba con 17 años de edad persona que había desaparecido del municipio de La Pintada desde el 27 de abril anterior de quien se dijo que era consumidor de sustancias estupefacientes y según manifestó el padre también se escuchaba decir que este vendía sustancias de este tipo sin que tuviera confirmación de ello.”

“De los actos de investigación adelantados por los miembros de la Unidad Básica de Investigación Criminal de Fredonia, se tuvo conocimiento de dos personas que posiblemente habrían participado de la muerte del adolescente, tomando la información con algunos testigos se pudo establecer al sector conocido en Puente Iglesias, cerca de la finca Túnez, había concurrido el citado adolescente a quien se conocía como Tumís, por convocatoria o llamado que le hizo otra persona que decía llamarse Felipe y que fue identificado como Larsen Gilberto Castañeda Brand, estando en el lugar este le propinó un disparo a la víctima en la cabeza y luego lo tiraron al río. (se pierde el sonido)participó o se involucró en esos hechos tratando de colaborar en la consumación de esa conducta al borrar ocultar el lago hemático que quedó en el sitio como consecuencia de las heridas sufridas por la víctima e igualmente ocultando la motocicleta en la cual se desplazaba el adolescente Rigo Alexander Otálvaro Suarez”.

“De acuerdo con el informe pericial de la necropsia que fue practicado por el médico Erick Salvador Castillo se pudo establecer que la causa de la muerte lo

fue trauma por proyectil de arma de fuego que ocasionó múltiples fracturas en cráneo que generó choque neurogénico y la consecuente muerte de la víctima.”

En cuanto a la circunstancia de agravación, dice: “Por tratarse de un motivo abyecto derivado del hecho de acuerdo con lo que manifestó la fiscal instructor a en ese momento de que la muerte de este adolescente estaba relacionado con el control del tráfico de sustancias estupefacientes entre los municipios de la pintada y el corregimiento de Puente iglesias, de allí entonces la circunstancia de agravación el motivo abyecto previsto por el numeral cuarto del artículo 104 del Código Penal”.

Frente al delito de porte ilegal de arma de fuego señala que el verbo rector es portar (lee la disposición correspondiente). Igualmente, termina con que el grado de participación es el de cómplice.

Cómo fácilmente puede verse, al señor defensor recurrente no le asiste razón. Manifiesta que los hechos jurídicamente relevantes no fueron claros, que existe completa indeterminación fáctica, que no hubo claridad en la circunstancia de agravación punitiva frente al homicidio, si el motivo era fútil o abyecto y que no hay correspondencia entre la narración fáctica y la calificación jurídica.

Para la Sala, después de escuchar lo ocurrido en las audiencias de imputación y acusación, los actos procesales objeto de reparo cumplieron con su finalidad, pues comunicaron claramente y en lenguaje sencillo los cargos por los cuales se le llamó a responder a la señora Laura García Uribe.

Las disposiciones legales que contienen los delitos imputados con sus circunstancias de agravación fueron leídos y explicados por las señoras Fiscales que tuvieron a su cargo las diligencias. Y los hechos jurídicamente relevantes que permiten hacer el juicio de

imputación fueron relatados en un lenguaje entendible por la procesada a quien se le preguntó sobre ello y ninguna inconformidad manifestó.

En las dos diligencias se señaló claramente, frente al homicidio, quiénes eran los sujetos activos: el señor Larsen Gilberto Castañeda Brand y Laura García Uribe; que el sujeto pasivo fue Rigo Alexander Otálvaro Suárez, quien contaba con 17 años de edad; y que la acción realizada fue “matar”, lo cual se hizo por medio de un disparo a la cabeza de la víctima. Igualmente, se precisaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Se dijo que el homicidio ocurrió el 27 de abril del año 2020, a las orillas del Río Cauca, en el Corregimiento de Puente Iglesias, municipio de Fredonia (Antioquia) sector Túnez, cuando el señor Larsen disparó con arma de fuego en la cabeza de la víctima para después proceder a arrojarlo al río y en tanto la señora Laura García tapó el lago hemático que quedó y se llevó la motocicleta en la cual había llegado el joven Rigo. Salta a la vista que las acciones y omisiones realizadas por la señora Laura García fueron claramente mencionadas en los actos procesales.

Con respecto al delito de Porte de Arma de Fuego, se dejó claro cuál fue el verbo rector de los previstos en la norma que fue leída. También se explicó por qué se le atribuía ese delito a la señora Laura García.

En la audiencia de imputación se afirmó que la señora Laura García debía responder a título de coautora y en la audiencia de acusación la Fiscal decidió degradar la participación a complicidad, pero es claro que no se modificó el fundamento fáctico. La calificación jurídica es provisional y por tanto puede sufrir modificaciones

durante el curso del proceso siempre y cuando no agrave la situación del procesado. Por ello, ninguna irregularidad que deba sancionarse con nulidad existe por este hecho. En la acusación se indicó la acción de la procesada que llevó a la Fiscalía atribuir la complicidad y por su simplicidad no requería de mayor explicación para su comprensión, esto es, no requería de otras argumentaciones a fin de entender su calificación jurídica.

Ahora, en cuanto a las circunstancias de agravación punitiva, en realidad si se presentaron diferencias entre lo dicho en la audiencia de formulación de imputación y la acusación. En la primera, la fiscal habló de la causal de agravación por motivo fútil o abyecto, pero su fundamentó en la ausencia de motivo, del simple querer de los sujetos activos, expresando que el motivo entonces era fútil. En cambio, en la acusación la nueva Fiscal señaló que el motivo era abyecto porque como se había dicho en las audiencias preliminares el homicidio ocurrió por la disputa que existe por la actividad de tráfico de estupefacientes.

Es evidente que en la audiencia de imputación la Fiscal no atinó en la explicación de la circunstancia de agravación y la nueva Fiscal en la audiencia de acusación la precisó como motivo abyecto y señalando la razón para ello.

La Sala no debe en este momento hacer un análisis de esta situación, pues como se trata de una circunstancia que quedó claramente imputada, fáctica como jurídicamente en la acusación, sin lugar a imprecisión, incoherencia o duda alguna, sólo debe valorarse en el momento procesal adecuado para determinar si fácticamente existe congruencia entre imputación y acusación y

velar para que exista entre acusación y sentencia. No se analizará el tema en profundidad, porque es claro que entre imputación y acusación puede admitirse algunos cambios incluso desde el punto de vista fáctico, siempre y cuando no se afecte el núcleo fáctico de la imputación y no agrave la situación del procesado y además, en caso de encontrar irregularidad en ese aspecto, por el principio de residualidad debe concluirse que no es la nulidad el remedio adecuado e ineludible. Lo mismo debe decirse con respecto a la circunstancia de agravación imputada frente al porte ilegal de arma de fuego. Si hubo algún olvido de la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación, la solución no es la nulidad de la actuación.

Es necesario recordar la jurisprudencia sobre el tema de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal³.

El artículo 287 de la Ley 906 de 2004 establece que *“el fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es **autor o partícipe del delito que se investiga**”*. De antemano, el ordenamiento jurídico establece la obligación de verificar la relevancia jurídico penal de los hechos, lo que se aviene a lo establecido en el artículo 288 ídem, en el sentido de que la imputación debe contener, entre otras cosas, una *“relación sucinta y clara de los **hechos jurídicamente relevantes**”*.

De vieja data esta Corporación ha dejado sentado que los hechos jurídicamente relevantes son aquellos que encajan o pueden ser subsumidos en las respectivas normas penales:

*Este concepto fue incluido en varias normas de la Ley 906 de 2004. Puntualmente, los artículos 288 y 337, que regulan el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que en ambos escenarios de la actuación penal la Fiscalía debe hacer **“una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”**.*

³ Ver CSJ Sala de Casación Penal. Radicado 51007. Decisión del 5 de junio de 2019. M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

(...)

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

También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.

Por ahora debe quedar claro que los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales. En el próximo apartado se ahondará sobre este concepto, en orden a diferenciarlo de otras categorías relevantes para la estructuración de la hipótesis de la acusación y de la premisa fáctica del fallo.

(...)

No admite discusión que el sistema de enjuiciamiento criminal previsto en la Ley 906 de 2004 está regido por el principio de progresividad (CSJSP, 30 feb. 2009, Rad. 30043; CSJSP, 29 nov. 2007, Rad. 27518; CSJSP, 25 ab. 2009, Rad. 26309; C-025 de 2010; C-303 de 2013; entre muchas otras). El mismo fue acentuado con la incorporación de la audiencia de imputación, como antecedente de la consolidación de los cargos en la fase de acusación.

La delimitación progresiva de los cargos encuentra desarrollo en la Ley 906 de 2004, en las normas que regulan el diseño y la ejecución del programa metodológico, analizadas en la primera parte de este apartado. El mismo, además, está implícito en los siguientes preceptos: (i) el artículo 351, en cuanto establece que “**en el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación**”⁴; y (ii) el artículo 339, en la medida en que dispone que en la audiencia de acusación debe concederse la palabra a la Fiscalía, el Ministerio Público y la defensa para que expresen “**las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija**”⁵ de inmediato”.

⁴ Negrillas fuera del texto original.

⁵ Negrillas fuera del texto original.

Desde otra perspectiva, esa progresividad está regulada en el artículo 293, que dispone 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 eliminación de varias fases de la actuación penal, connatural a este tipo de decisiones, hace improcedente el estudio de la consonancia fáctica entre la imputación y la acusación, precisamente porque la primera deviene en la segunda, tal y como se ha resaltado a lo largo de este proveído. Sin embargo, aun en esos casos el ordenamiento jurídico consagra la posibilidad de adicionar o modificar los cargos incluidos en la imputación, cuando haya lugar a ello en virtud de las nuevas evidencias recaudadas⁶ (Art. 351).

(...)

1.1.1.1. Aspectos de la premisa fáctica que podrían sufrir variaciones

1.1.1.1.1. Circunstancias de tiempo, modo y lugar que no inciden en el cambio de calificación jurídica

Sucede con frecuencia que en la audiencia de acusación se hacen precisiones acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, sin que ello implique la subsunción de los mismos en un tipo penal más gravoso, la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, etcétera.

Ello no solo se aviene al carácter progresivo de la actuación, sino, además, a lo regulado en el artículo 339 sobre las aclaraciones, adiciones o correcciones que pueden hacerse al escrito de acusación. Bajo esas condiciones, difícilmente puede alegarse que el procesado ha sido sometido a algún tipo de indefensión, por el conocimiento tardío de los hechos por los que es llamado a responder penalmente.

Se insiste, con relación a las circunstancias de agravación punitiva en principio los errores que considera el recurrente se cometieron no generan la nulidad de la actuación, pues su corrección puede realizarse de otra forma como no tenerlas en cuenta en la decisión final. Por tanto, le correspondía al peticionario de la nulidad demostrar no solo la existencia del dislate sino también su

⁶ Sin embargo, debe aclararse que solo existe regulación expresa para los casos de terminación anticipada de la actuación penal. De ahí que deba realizarse un estudio más amplio para establecer dicha posibilidad en el trámite ordinario.

transcendencia en punto a las garantías fundamentales de la acusada, lo cual no ocurrió, pues ni siquiera se ha pensado en aceptación de cargos. Por tanto, en el presente asunto, el tema de la congruencia fáctica solo es necesario analizarlo al momento de la toma de la decisión final, si es del caso.

2.2. La intervención del Juez.

Para el señor defensor recurrente, el Juez intervino indebidamente en el proceso y actuó como si fuera un Juez de Control de Garantías, lo que a su criterio vulneró la estructura del proceso penal, pues en la audiencia de acusación no existe la oportunidad para la aceptación de cargos.

En cuanto a que en la audiencia de acusación no existe oportunidad para aceptar cargos, le asiste razón al señor defensor y, por tanto, tal actuación fue totalmente innecesaria, pero de allí no se sigue que el debido proceso se haya vulnerado. El debido proceso se estructura como una serie de actos concatenados en forma de antecedente y consecuente, de tal suerte que no puede realizarse uno sin la validez del anterior que lo sustenta. En el proceso penal están los actos de imputación, acusación, petición y decreto de pruebas, debate oral, alegaciones y sentencia. La aceptación de cargos o los preacuerdos generan una variante en la estructura del proceso, pues se pretermiten algunas etapas y se abrevia el trámite. Pero que a las personas se les pregunte si llegaron a un preacuerdo o si pretenden aceptar los cargos ya sea en las oportunidades legales o por fuera de ellas, es totalmente intrascendente a punto de la estructura del debido proceso, por ello, la actuación del Juez a pesar de innecesaria no genera nulidad alguna.

En ese orden de ideas, la Sala no encuentra vulneración alguna al derecho a una defensa técnica que le asiste a la procesada, ni a la estructura del proceso, por lo que la decisión de primera instancia debe confirmarse.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, **CONFIRMA** el auto de origen, fecha y naturaleza ya mencionados.

Esta providencia se considera notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE⁷,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

⁷ Puede validar la autenticidad del documento firmado electrónicamente ingresando en la dirección: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Firmado Por:

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

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

**Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

Código de verificación:

**688a4a3a50b576f3aa49112cac254f9ed629b8af26c29cedd2085e3
2c348557e**

Documento generado en 03/11/2021 11:33:17 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado 2021-1646-3
CUI 057 566000349 2020 01177
Acusado **Jorge Fredy Manrique**
Delito Acceso carnal abusivo con menor de 14 años
Asunto Niega pruebas

Medellín, diez (10) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)
(Aprobado mediante acta No. 292 de la fecha)

ASUNTO

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra la decisión emitida el 19 de octubre de 2021 por el **Juzgado Penal del Circuito de Sonsón**, por medio del cual en audiencia preparatoria negó la práctica de unas pruebas.

HECHOS

Plasmados en el escrito de acusación del 20 de junio de 2017, de la siguiente manera:

“ YULI NATALIA MANRIQUE SALAZAR nació el 05 de noviembre de 1996 en el municipio de Sonsón, Antioquia, hoy cuenta con 24 años. Esa es su edad cronológica. Pero, cuando contaba con 12 años de edad, esto es, en el año 2008, aproximadamente, tomando como punto de referencia el año en que nació, sin que se precise una fecha exacta, la entonces menor residía en la finca llamada “ la Remesa”, vereda “ El Rodeo”, comprensión rural del municipio de Sonsón, Antioquia, fue accedida carnalmente, penetración de asta viril por vía vaginal, por parte del señor JORGE FREDY MANRIQUE SALAZAR, quien era su tío, a la postre, hermano de su señora madre. Estos

actos ocurrieron, la primera vez, en la finca de nombre “La Consola”, casa de habitación del Sr. MANRIQUE Salazar, ubicada también en la vereda “El Rodeo”, comprensión rural del municipio de Sonsón, Antioquia. Y se repitieron de manera inveterada, hasta que la joven arribó a los 20 años de edad, según lo refiere. Importa entonces delimitar el presente caso al periodo de tiempo comprendido entre los años 2008, cuando se inician los presuntos abusos y el año 2010, éste último por ser el año en que arriba a los 14 años, límite previsto para las conductas abusivas por el legislador penal.

Queda entonces claro que JORGE FREDY MANRIQUE SALAZAR, ACCEDIO CARNALMENTE- penetración de asta viril por canal vaginal- , en varias oportunidades, a la entonces menor YULI NATALIA MANRIQUE SALAZAR, quien era su sobrina, situación ésta que era conocida y sabida por el presunto agresor y se prorrogaron hasta que la víctima arribó a los 20 años de edad. Importa entonces delimitar el presente caso a periodo de tiempo comprendido entre los años 2008, cuando se inician los presuntos abusivos, éste último por ser el año en que arriba a los 14 años, límite previsto para las conductas abusivas por el legislador penal”¹

ANTECEDENTES

El 30 de octubre de 2020², se legalizó procedimiento de captura y formuló imputación a **Jorge Fredy Manrique Salazar** por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años e incesto y se impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad, suscribió acta de compromiso y se le prohibió comunicarse o tener contacto alguno con la víctima.

El 25 de noviembre de 2020, se realizó audiencia virtual de formulación de acusación respecto de **Jorge Fredy Manrique Salazar** por los mismos delitos imputados³. Se realizó descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía.

Después de varios aplazamientos⁴ se celebró la audiencia preparatoria el 19 de octubre de 2021⁵, en la que las partes presentaron sus solicitudes probatorias y el Juzgado emitió

¹ Archivo 2 Expediente electrónico

² Archivo 1 Expediente electrónico

³ Archivo 3 Expediente electrónico

⁴ Mayo 5 , julio 3, agosto 20 de 2021

⁵ Archivo 5 Expediente electrónico- audio audiencia.

pronunciamiento al respecto.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

En lo concerniente al presente asunto negó los testimonios solicitados por la defensa de Edwin Morales, Isnelda Franco Valencia y los de los menores de edad Mariana y Santiago López Manrique.

En cuanto a Edwin Morales e Isnelda Franco Valencia⁶ los consideró impertinentes pues darían cuenta sobre modo de vida, comportamiento con la comunidad y ello es innecesario. Respecto del testimonio de los menores, se denuncian hechos ocurridos en 2008 a 2010 que se sostuvieron hasta el 2020 y dadas sus cortas edades no podrían tener conocimiento alguno sobre lo ocurrido, por esa razón negó su práctica.

RECURSO DE APELACIÓN

La defensa interpuso recurso de apelación respecto de la negativa de práctica de testimonio de los dos menores de edad Mariana y Santiago López Manrique de 11 y 10 años de edad, respectivamente.

Considera que los testimonios de los menores son pertinentes por cuanto viven en la actualidad con el acusado y con ellos se pretende demostrar si éste es proclive a vulnerar la integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes, pues usualmente la persona que atenta contra la integridad y formación

⁶ Audio audiencia preparatoria record 30:50

sexual de una persona tiende a repetirlo cuando tiene contacto con menores de edad.

Aduce que los menores pueden dar fe de la forma de vida y patrón de conducta de **Jorge Fredy Manrique Salazar**, aunque ello no esté relacionado con las circunstancias de modo tiempo y lugar que fueron objeto de la acusación.

ARGUMENTOS DE LOS NO RECURRENTES

La fiscalía solicita se mantenga la decisión del a quo, dado que los argumentos dados por el juez de conocimiento son acertados pues los menores no aportan nada frente a los hechos materia de investigación pues cuentan ahora con 10 y 11 años de edad.

La **representante de víctimas** coadyuva la solicitud de la fiscalía y aduce que no es pertinente su práctica y de otro lado los niños, niñas y adolescentes no pueden ser entrevistados conforme a la Ley 1098 pues se someten a un estrés innecesario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según el artículo 34, numeral 1, de la Ley 906 de 2004, la Sala de Decisión tiene competencia para resolver la apelación interpuesta por la defensa en este asunto.

Es preciso recordar que la inadmisión de pruebas procede cuando: i) el medio de prueba es impertinente, inútil o inconducente ii) la práctica de la prueba es imposible o irracional y

iii) cuando la parte que pretende la práctica de la prueba no brinda la carga argumentativa que le corresponde frente a pertinencia, conducencia y utilidad.

Según el artículo 375 de la Ley 906 de 1994, “ *el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito*”

Contrario a lo argumentado por el defensor, la pertinencia tiene que ver con los hechos y el debate al respecto debe reducirse al análisis de la relación de los medios de prueba con el tema de prueba, es decir, con los hechos que deben probarse en cada caso en particular⁷.

No obstante que la acusación constituye la principal delimitación del tema de prueba, pues los hechos jurídicamente relevantes allí incluidos constituyen el principal objeto de debate⁸, la defensa pretende e insiste en que se ordene la práctica en juicio de los testimonios de los menores Mariana y Santiago López Manrique para que, *como él mismo lo afirma*, depongan sobre temas no relacionados con las circunstancias de modo tiempo y lugar que fueron objeto de la acusación, como lo es el *patrón de conducta del acusado*.

A lo anterior se suma que teniendo en cuenta las edades actuales

⁷ C.S.J. Radicado 46.153 30 septiembre de 2015

⁸ C.S.J. 22053 del 17 de marzo de 2004

de los menores 10 y 11 años, es evidente que no podrían testificar sobre su conocimiento personal respecto de hechos ocurridos en 2008 a 2010.

Es así como la prueba negada a la defensa no solo no tiene relación directa ni indirecta con los hechos plasmados en la acusación sino que no hacen parte del tema de prueba en este proceso por lo que resulta manifiestamente improcedente.

Por tal razón se procederá a confirmar la decisión de primera instancia del 19 de octubre de 2021 emitida en sede de audiencia preparatoria por el **Juzgado Penal del Circuito de Sonsón**.

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la providencia objeto de alzada emitida el 19 de octubre de 2021 en sede de audiencia preparatoria por el **Juzgado Penal del Circuito de Sonsón – Antioquia**.

SEGUNDO. Como quiera que la presente decisión no admite recursos, por economía y celeridad procesal, una vez sea aprobada la ponencia, notifíquesele a las partes e intervinientes, y devuélvase la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Radicado
CUI
Acusado
Delito

2021-1646-3
057 566000349 2020 01177
Jorge Fredy Manrique
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años

(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
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación:

5703251ae89c203a438fbbe7f9e4132ad03a9a8d12c69e8c52873
1e705baea4f

Documento generado en 10/11/2021 09:55:43 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	2021-1707-3
Accionante	Francia Elena Morales
Accionados	Fiscalía Seccional de Chigorodó y Notaría Única de Chigorodó
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Niega

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

Aprobada mediante Acta N° 289 de la fecha

ASUNTO

Resuelve la Sala, en primera instancia, la acción de tutela propuesta por **Francia Elena Morales**, en contra de la **Fiscalía Seccional y la Notaría Única de Chigorodó - Antioquia**, por la presunta vulneración del derecho fundamental de petición.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató la accionante¹ que, es la progenitora de quien en vida respondía al nombre de Jhon Herlin Rodríguez Morales, quien se identificó con el registro civil de nacimiento No. 17423605, inscrito en la **Notaría Única de Chigorodó**. Preciso que su hijo falleció como consecuencia de ahogamiento, el 19 de enero de 1994, según consta en el formato nacional de acta de levantamiento de cadáver realizado por la unidad de policía judicial e investigación.

Indicó que, para esa época residía en la vereda Pata de Vaca, por lo que no realizó los trámites correspondientes para registrar el deceso de su hijo. Para adelantar dicho proceso, radicó derecho de petición ante la **Fiscalía Seccional de Chigorodó**, solicitando información sobre el fallecimiento de su hijo y seguidamente oficiar al ente competente para completar el registro. Preciso que, la Fiscalía le respondió que en el

¹ Folios 2 a 4, expediente digital de tutela.

año 1994, el jefe de la policía judicial, mediante oficio 102, ordenó registrar la muerte del menor en la precitada notaría.

Informó que, mediante derecho de petición radicado el 24 de septiembre de 2021 y los documentos aportados por la fiscalía demandada, solicitó a la **Notaría Única de Chigorodó**, el registro de defunción de su hijo, obteniendo como respuesta que, en sus bases de datos no reposa registro alguno y que el registro no procede porque es la **Fiscalía Seccional** quien debe ordenarlo.

Finalmente aseguró que el nombre de su hijo quedó mal en el acta de levantamiento de cadáver, pues consignaron el nombre de John Erley Rodríguez Moral, cuando el correcto es Jhon Herlin Rodríguez Morales.

Consecuencia de lo expuesto, deprecia la protección de sus derechos fundamentales y se ordene la inscripción de la muerte de su hijo.

TRÁMITE

Mediante auto de 26 de mayo de 2021², se dispuso avocar conocimiento de la acción de tutela a tratar, en ese sentido se emitió requerimiento a las entidades accionadas a fin de que ejercieran correctamente sus derechos de defensa y contradicción.

RESPUESTAS

Atendiendo el requerimiento realizado por esta dependencia judicial, el día 2 de noviembre de 2021³, la titular de la **Fiscalía Sesenta y seis con Funciones de Coordinadora**, se pronunció frente a los hechos expuestos por la accionante e informó que, mediante oficio 1211 de 17 de septiembre de 2021⁴, se le indicó que para obtener el registro de defunción de su menor hijo debía dirigirse a la Notaría de la localidad, dado que en el expediente se encontró que la policía judicial que realizó la inspección del cadáver solicitó registrar la defunción y podrían incurrirse en duplicidad de registros, poniendo de presente que, para ese momento, la promotora no solicitó corregir el nombre del occiso.

Respecto de la respuesta ofrecida por la **Notaría Única de Chigorodó**, en la que le ponen de presente que no aparecía el oficio 101 de 20 de enero de 1994, por el cual

² Folios 17 y 18 ibídem.

³ Folios 22 a 24 ibídem.

⁴ Folio 5. Ibídem – respuesta derecho de petición allegado por la accionante al trámite de tutela.

la policía judicial solicitó el registro de la muerte del menor y por lo tanto, nunca se realizó el registro, lo que debía hacer la accionante era dirigirse nuevamente ante la Fiscalía para volver a oficiar a la Notaría, en consecuencia, considera que en el caso no se está vulnerando ningún derecho fundamental de la gestora, pues desconocían que el trámite ante la Notaría no se había efectuado.

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, **Francia Elena Morales**, reclama la protección de su derecho fundamental de petición, en tanto, manifestó haber radicado petición ante la **Notaría Única del Círculo de Chigorodó**, solicitando el registro de defunción de su hijo menor⁵.

⁵ Folios 9 y 10, expediente digital de la acción de tutela

De otro lado, se evidencia la legitimación por pasiva de la **Notaría Única del Círculo de Chigorodó**, comoquiera que se acreditó que, desde el 27 de septiembre de 2021, le fue radicada petición de registro de manera física⁶; en consecuencia, al ser la entidad, que presuntamente, con la respuesta ofrecida a la promotora, vulneró la garantía alegada, le asiste interés para concurrir al presente trámite por pasiva.

De otra parte, en cuanto al requisito de inmediatez, teniendo en cuenta que la accionante demostró haber radicado solicitud escrita ante las instalaciones de la notaría accionada el 27 de septiembre de 2021, y la acción de tutela fue radicada el 29 de octubre de los corrientes⁷, es decir, a escasos dos meses, y se tiene en cuenta hubo una respuesta por parte de la entidad demandada que data del 13 de octubre hogaño⁸, con la cual la quejosa no se encuentra conforme, 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 fondo⁹.

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 el trámite dentro del cual la solicitud es presentada**, «de manera que, si*

⁶ Folio 10, ibídem

⁷ Filio 1, ibídem

⁸ Folio 11, ibídem.

⁹ Filio 2 a 4, ibídem

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”¹⁰.

*“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».¹¹*

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 inconformidad con la respuesta concedida por la **Notaría Única de Chigorodó**, a la accionante, respecto del derecho de petición radicado el 27 de septiembre de 2021, en la cual concretamente si hicieron las siguientes solicitudes:

- *Solicito muy respetuosamente sea consultado en sus bases de datos físicas y/o virtuales si se acató la orden de Registrar el fallecimiento del menor anteriormente referido.*
- *Que, de NO haberse acatado dicha orden solicito muy respetuosamente se registre la defunción del menor.*
- *Que, de NO acceder a mis pretensiones, de las razones de hecho y de derecho por las cuales no accede a la misma.*

En ese sentido, al estudiar la respuesta ofrecida por la notaría demandada aditada el 13 de octubre de los corrientes, se tiene que, a la primera de las cuestiones se le informó que revisados las bases de datos no se encontró ningún registro sobre la muerte de John Herlin Rodríguez Morales, que no procedía la petición de registro porque quien debe solicitarla es la autoridad competente, y que según el artículo 42

¹⁰ Cita de la Corte Constitucional Sentencia T-610 de 2008.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2017.

del Decreto 1260 de 1970, solamente tendrán validez los registros que requiera quien ostente calidad de funcionario competente.

Con lo anterior, resulta claro para la Sala, que existió una respuesta clara y de fondo, que adicionalmente fue debidamente notificada a la accionante, pues ella misma fue quien la aportó al trámite de tutela, por lo tanto, aunque no fue positiva a sus intereses, se debe afirmar que cumple con todos los requisitos estudiados para constituirse como un pronunciamiento que satisface adecuadamente el núcleo esencial del derecho fundamental de petición.

Y es que, no es posible que, vía tutela, se pretenda de manera directa una orden para registrar del deceso del hijo de la promotora, pues como asertivamente lo expone la delegada de la **Fiscalía Seccional de Chigorodó**, ante la respuesta emitida por la **Notaría Única** de esa localidad, debe acercarse nuevamente a la fiscalía demandada y poner de presente la situación, para que inclusive, se corrija el nombre del occiso a la hora de enviar un nuevo oficio, situación que denota la Fiscal, está dispuesta a realizar, por lo tanto, en el caso *sub examine*, no hay lugar a declarar la existencia de vulneración de derechos fundamentales de la promotora, quien luego de lo expuesto, ya tiene cabal conocimiento del paso a seguir para lograr no solo el registro de defunción sino también la corrección del nombre de su hijo.

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 **Francia Elena Morales**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.405.634, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

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

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **8adfc73a9d885770afe5ef31a7d5645e1607488088e602a48575757e2436a66c**
Documento generado en 10/11/2021 09:54:34 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	2021-1723-3
Accionantes	Héctor Hernán Toro Castro
Accionados	Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín y Juzgado Treinta y siete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Rechaza

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

Aprobada mediante Acta No. 290 de la fecha

ASUNTO

Sería del caso avocar la acción de tutela presentada por **Héctor Hernán Toro Castro**, en contra del **Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín y Juzgado Treinta y siete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín**, por la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, si no fuera porque se advierte que no se reúnen los requisitos mínimos de admisión de la demanda de amparo.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

El accionante¹, presentó escrito de demanda de tutela en el cual puso de presente que, dentro del radicado No. 2014F05334, mediante el auto interlocutorio 2164, sin especificar que juzgado, le *respondió parcialmente y concedió recurso de apelación*, por su condena, tras hallarlo penalmente responsable de los reatos de concierto para delinquir agravado y desplazamiento forzado.

¹ Folio 2, expediente digital de tutela.

Seguidamente informó que el **Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín**, el 24 de agosto de 2018, mediante auto interlocutorio No. 1825 de agosto de 2018, le negó una solicitud de acumulación jurídica de la penas impuestas el 19 de abril de 2014 por parte del **Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín**, que le condenó a la pena de 66 meses de prisión por hechos cometidos el 14 de febrero de 2014; la establecida el 11 de julio de 2012, por el **Juzgado Treinta y siete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín**, por 72 meses de prisión por hechos ocurridos en el año 2009.

Finalmente, indica que los **Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario**, no le han puesto cuidado a sus peticiones de acumulación de las penas anteriormente descritas, por lo tanto, también asegura que estos juzgados le están vulnerando su derecho fundamental.

Empero, no allegó prueba de haber radicado ninguna solicitud ante ninguno de los despachos judiciales relacionados en su escrito tutelar.

TRÁMITE

Mediante auto de 2 de noviembre de los corrientes², en virtud de lo normado en el inciso primero del artículo 17 del Decreto 2591 de 1991, se requirió al accionante, para que, dentro de los tres días siguientes a la fecha de emisión y notificación de ese proveído, allegara la demanda debidamente firmada y aclarara tanto los hechos como las pretensiones expuesto de manera confusa en su escrito tutelar.

Lo anterior dado que resultaba incomprensible determinar tanto las fechas como los juzgados que en su contra decidieron sentencias en su contra, y los juzgados que vigilan las sanciones impuestas pues asegura el accionante que los autos de acumulación de penas que niegan sus pretensiones son del circuito de Medellín, pero al mismo tiempo acciona contra los juzgados ejecutores de El Santuario, situación que de contera, podría alterar el conocimiento de la presente acción constitucional en virtud del factor territorial, so pena de aplicar la consecuencia contenida en la disposición normativa en cita.

Atendiendo a que el promotor aseguró estar privado de la libertad en el establecimiento carcelario y penitenciario de El Pesebre, el 3 de noviembre de 2021³,

² Folios 7 a 9, ibídem.

³ Folio 10, ibídem.

la Secretaría adscrita a la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia exhortó al Establecimiento Carcelario, realizar la debida notificación al gestor del auto que requiere previo a la admisión de la tutela para que fuera subsanada, lo cual ocurrió en la misma data⁴, según constancia de enteramiento con firma y huella digital del petente privado de la libertad.

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, sería competente esta Sala para resolver la solicitud de restablecimiento de derechos fundamentales.

2. Análisis de procedencia de la acción de tutela

La acción de tutela ha sido entendida como un mecanismo célere, residual e idóneo en la defensa de los derechos fundamentales. Este mecanismo, como lo ha venido sosteniendo la Corte Constitucional desde sus primeros fallos, es asaz diferente de todas aquellos tramites desarrollados mediante las vías procesales ordinarias previstas por el legislador, toda vez que prescinde del rigorismo a ultranza de dichos procedimientos y en cambio adopta una posición flexible que permite la intervención activa por parte del juez de tutela, con relación a la integración correcta del contradictorio y el decreto de pruebas de oficio.

Sin embargo, la anterior premisa está lejos de facultar al juez constitucional de dar curso a actuaciones viciadas desde su presentación, puesto que, conceptualmente, de advertir la no concurrencia de los requisitos mínimos y esenciales para adelantar su estudio de fondo, inexorablemente ha de rechazarla.

Aunque la acción de tutela, constituye un medio insustituible para todos los ciudadanos, en la medida que es un mecanismo de alta efectividad jurídica-práctica para quienes lo ejerciten⁵, pretendiendo fundamentalmente hacer valer y respetar sus derechos fundamentales, sin acudir a tecnicismos y formalismos, no es de aceptación que la autoridad constitucional competente en sede del juicio de admisión de la

⁴ *Ibidem.*

⁵ Ferrer, Ana Giacomette, La prueba en los procesos constitucionales, Ediciones Uniandes Facultad de Derecho, páginas 138 a 143.

demanda de amparo al percatarse de una circunstancia impeditiva de su prosperidad de curso, sin más, a la pretensión viciada congénitamente.

Así, de un lado, ha establecido la Corte Constitucional que:

“Al respecto la Sala procede a aclarar que los mismos no acreditaron su calidad de accionantes dentro del presente trámite, ni pueden ser tenidos como tales, pues si bien, como se ha establecido en otras oportunidades, una de las características procesales de la acción de tutela es la informalidad, la legitimación para presentar la solicitud de amparo, así como para actuar dentro del proceso, debe encontrarse plenamente acreditada.

En tal sentido, para ser tenido como parte dentro del proceso de tutela, las personas interesadas en el desarrollo de la acción, deben cumplir con unos requisitos mínimos como lo es firmar la demanda de tutela, por parte de quien pretende actuar como accionante o de aquella persona que esta agenciando derechos a favor de terceros.”⁶

Y de otro lado, el inciso primero del artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, prescribe que *en la solicitud de tutela se expresará, con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante.*

Como se indicó, sería del caso avocar la presente solicitud de amparo, de no ser porque se advierte que el accionante no subsanó los yerros percibidos en el escrito de demanda de tutela, de tal modo que emerge forzoso declarar que no se puede imprimir trámite legal alguno, comoquiera que no se pudo eliminar el obstáculo que impedía el éxito y prosperidad del presente mecanismo tuitivo.

Y es que, ni se consignó la rúbrica del promotor en la demanda tutelar, ni fue posible determinar la autoridad demandada, así como la efectiva radicación de petición alguna por parte del promotor, pues el documento allegado, simplemente resulta incomprensible determinar las autoridades judiciales que presuntamente vulneran sus derechos fundamentales.

Dicha situación como se predicó, podría alterar el conocimiento de la presente demanda en virtud del factor territorial, ya que aparentemente tanto los juzgados cognoscentes como el ejecutor, forman parte del circuito de Medellín, sin embargo, la ausencia de claridad de la demanda de tutela, en sus hechos y pretensiones, impide conocer por qué se accionó indeterminadamente contra los juzgados vigías de El

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-647 de 2008.

Santuario, máxime, cuando no se aportó ni siquiera un radicado CUI para intentar concretar los hechos con ayuda de los sistemas de gestión con que cuenta la Rama Judicial.

Entonces, no se cumplen los requisitos mínimos para proceder con la admisión de la demanda tutelar, no obstante que el Tribunal acudió a las formas jurídicas establecidas para remediar el defecto percibido, situación que se puso en conocimiento del actor, de manera personal en virtud del exhorto realizado por la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal de Antioquia y debidamente atendido por el establecimiento carcelario de El Pesebre el pasado 3 de noviembre de 2021, por lo que trascurrieron los 3 días concedidos por la norma para subsanar, sin que ello tampoco ocurriera.

Todo lo dispuesto, con sustento en la decisión T-313 de 2018 en la que la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la medida excepcional en cuestión, determinó que si un juez constitucional al encontrar un escrito de tutela sin rubricar, y además, como aconteció en este caso, ambiguo, incompleto o confuso y, en aplicación de sus poderes de corrección, instrucción y oficiosidad en la génesis del líbello, no puede corregir esas deficiencias, no deberá siquiera avocar conocimiento del mecanismo de amparo asignado para su resolución.

Finalmente, aun cuando esta providencia es un auto, la postura de la Corte Constitucional, sobre la posibilidad de recurrirla interpretó que⁷:

“(...) con respecto al derecho de impugnar el fallo de tutela proferido en primera instancia, ni en la Constitución ni en la Ley, se prevén excepciones; por consiguiente, no es procedente implantar una distinción entre fallos de tutela que pueden ser impugnados y fallos que no admiten impugnación, así ellos asuman la modalidad de un rechazo in limine de la petición de tutela”

Agrega más adelante:

“La aplicación del rechazo excepcional de la solicitud de tutela se encuentra sometida al control de legalidad de las decisiones judiciales, y es por ello que frente a una decisión en este sentido, existe la posibilidad de que ella sea impugnada y eventualmente sometida a revisión por la Corte Constitucional”

De ahí que la posibilidad de impugnar las decisiones de tutela siempre está disponible, así la solicitud tutelar haya sido rechazada. Incluso, persiste el deber de remitir el

⁷ Auto 001 de 1993 y Sentencias T-518 de 2009 y C-483 de 2008.

expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión dentro de los plazos establecidos, según lo ordenado en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

Por tanto, si a bien lo tiene el quejoso, puede impugnar la presente decisión en los tres días hábiles posteriores a su notificación.

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

RESUELVE

PRIMERO: RECHAZAR la petición de amparo invocado en esta acción constitucional impetrada por de **Héctor Hernán Toro Castro**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: INFORMAR que contra esta providencia procede manifestación de impugnación, dentro del término de 3 días hábiles contados a partir de su notificación. 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

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **f8cda9fd7196ba9480940c09356eadf70fe65156845516c788b12ae4448134**

Documento generado en 10/11/2021 09:54:45 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

N.I.	2021-1675-3
Radicado	053104089001202100168
Accionante	Uriel Alberto Llano Jaramillo
Accionado	Comisión Nacional del Servicio Civil, Fundación Universitaria Área Andina y el Municipio de Guadalupe - Antioquia
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca

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

Aprobado mediante Acta Nº 293 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por **Uriel Alberto Llano Jaramillo**¹, contra el fallo de tutela de 12 de octubre de 2021², emitido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros - Antioquia, que decidió negar el amparo constitucional deprecado por el accionante.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestó el accionante que³, el **Municipio de Guadalupe** conjuntamente con la **Comisión Nacional del Servicio Civil -en adelante CNSC-** realizaron la convocatoria No 1013 de 2019, para proveer el cargo de comisario municipal, conforme los parámetros de “OPEC 78826, nivel profesional grado 1, que tiene como requisitos, tener título profesional en Derecho, no tener antecedentes de ninguna índole, posgrado en derecho de familia, civil, administrativo, constitucional, procesal, Derechos Humanos o en ciencias sociales y no exigía ninguna experiencia.

¹ Folios 196 y 200, expediente digital de la acción de tutela

² Folios 176 a 184, ibídem.

³ Folios 2 a 5, ibídem.

Conforme a lo anterior, expuso que fue admitido y participó activamente en el concurso de méritos, respecto del cual fue calificado con el puntaje más alto en la realización de las pruebas. Sin embargo, relató que, de último momento, las accionadas decidieron proceder a asignar calificación al requisito de experiencia profesional, decisión que fue sujeta de recurso de su parte ante su tajante inconformidad.

Continuó exponiendo que el recurso iniciado por él, le fue resuelto de manera negativa, sin mediar claridad frente a las razones por las cuales no se accede a lo pretendido; razón por la cual, deprecia ante la judicatura la protección de sus derechos al trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos; y, en consecuencia, orden que determine su nombramiento en forma de provisión de carrera administrativa.

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. El conocimiento de la acción pública incoada correspondió al Juzgado Promiscuo Municipal de Guadalupe – Antioquia, quien luego de declararse incompetente, procedió a someter la acción de tutela a un nuevo reparto, siendo asignada en este momento al Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros – Antioquia, el cual decidió avocar conocimiento mediante auto adiado 01 de octubre de 2021⁴, en el que se corrió traslado a la **Comisión Nacional del Servicio Civil**, a la **Fundación Universitaria del Área Andina** y al **Municipio de Guadalupe**, para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

2. El 06 de octubre de 2021⁵, el coordinador jurídico de proyectos de la **Fundación Universitaria del Área Andina**, informó que la **Comisión Nacional del Servicio Civil** celebró con la fundación que representa, el contrato No. 648 de 2019, para desarrollar el proceso de selección para la provisión de empleos vacantes del sistema general de carrera administrativa ofertados a través de la convocatoria denominada territorial 2019, desde la verificación de requisitos, el diseño, la construcción, aplicación y calificación de pruebas, así como la atención de las reclamaciones que se presenten durante todas las etapas del concurso, hasta la consolidación de la información para la conformación de las listas de elegibles.

⁴ Folio 67 y 68 ibídem

⁵ Folios 74 a 88, ibídem.

Respecto de lo cual, a la entidad le fueron asignadas únicamente competencias para atender las reclamaciones, peticiones y acciones judiciales dentro de las etapas de verificación de requisitos mínimos, pruebas escritas y valoración de antecedentes.

Atendiendo el caso concreto, aseguró que, las pruebas escritas se realizaron el 28 de febrero de 2021, que el accionante las superó con un puntaje superior a 65.00, resultados que fueron publicados por la **CNSC** a través del sistema SIMO el día 9 de julio hogaño y por tal motivo el accionante continuó en proceso y le fue realizada la prueba de valoración de antecedentes, cuyo carácter es clasificatorio, y se realiza con base en la documentación aportada por el aspirante en el sistema SIMO hasta la fecha dispuesta por la **CNSC** para el cierre de la etapa de inscripciones, de conformidad a lo establecido en el acuerdo rector, documento que también contiene los respectivos criterios valorativos que procedió a citar.

Sin embargo, expuso que, ante la reclamación del accionante a través del canal dispuesto para ello, la entidad procedió a librar oficio de radicado RECVA-TI-0407 del 17 de septiembre de 2021, en el que brindaba respuesta a la reclamación presentada por el actor. Decisión que afirma la entidad, procedió a ser revaluada con la notificación de la acción de tutela, reiterando que el puntaje de valoración de la prueba de antecedentes del quejoso correspondía a 0, en una discriminación de, 0 en educación formal, 0 en educación informal, 0 en educación para el trabajo y el desarrollo humano y 0 en experiencia profesional.

Así las cosas, la entidad afirmó respetar los derechos fundamentales del promotor, y tras referirse a criterios de improcedencia de la acción de tutela y la activa protección de los derechos y garantías fundamentales de su parte, requirió a la judicatura declarar la carencia actual del objeto de la presente acción, denegar las peticiones del accionante; y, subsidiariamente, declarar la improcedencia del respectivo trámite.

3. Por su parte, el 6 de octubre hogaño⁶, el alcalde del **Municipio de Guadalupe**, atendiendo al trámite de tutela, alegó la improcedencia de la misma, toda vez que, el municipio que representa no tiene ninguna injerencia en la realización del concurso, pues las etapas del concurso y su respectiva calificación son realizadas por la **Comisión Nacional del Servicio Civil y/o la Fundación Universitaria del Área Andina**, por lo tanto, carece de legitimidad en la causa por pasiva.

⁶ Folios 110 a 113, ibidem.

4. De otro lado, el 6 de octubre de los corrientes⁷, a través del jefe de la oficina asesora jurídica, la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC**, presentó comunicado escrito en el que criticó la ausencia de requisitos de la acción de tutela, tales como la subsidiariedad, legitimidad para actuar y la inexistencia de perjuicio irremediable en la presente acción.

Asimismo, expuso que la entidad goza constitucionalmente de autonomía para actuar, conforme a la cual, la entidad expide acuerdos para la ejecución del proceso de selección para la provisión de empleos en vacancia definitiva pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa de la planta de personal, y los mismos son previamente dados a conocer a todos los interesados; razón por la cual, afirma que si los acuerdos son modificados por situaciones particulares, se rompe con ello la autonomía del proceso y de la **CNSC**.

Adicionó, en respaldo a lo dicho por la Fundación Universitaria del Área Andina, que efectivamente el accionante superó las pruebas escritas con un puntaje total superior a 65.00, dando ello lugar a que le fuera practicada la respectiva prueba de antecedentes, que tiene por criterio ser una prueba clasificatoria, y la cual tiene por finalidad establecer criterios diferenciadores con los factores de estudio y experiencia adicionales al requisito mínimo solicitado por la OPEC a la cual se postulan los aspirantes.

En ese orden, refiere que de esta última prueba el gestor obtuvo un puntaje de 0 al no acumular puntos en los criterios establecidos, lo cual fue reconsiderado tanto en el recurso interpuesto por este a través de la plataforma SIMO, así como durante el trámite de la acción de tutela, sin mediar ninguna variación en la calificación.

Finalmente, la entidad reiteró en la improcedencia de la acción de tutela para atender la situación particular; razón por la cual, petitionó a la judicatura su respectiva declaración.

⁷ Folio 146 a 148, ibídem.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de atender lo expuesto por las partes, el 12 de octubre de corrientes⁸, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros - Antioquia, profirió sentencia de primera instancia, en la cual decidió declarar improcedente el amparo constitucional deprecado.

Lo anterior, en consideración a que estimó el *a quo* que la acción de tutela no cumplía el criterio de subsidiariedad previsto para la implementación de este mecanismo constitucional, toda vez que, la decisión respecto de la cual se negó la continuación del accionante en la convocatoria de empleo es un acto administrativo, que goza de mecanismos efectivos ante la Jurisdicción Ordinaria.

Adicionó el juzgador que no evidenció vulneración alguna frente a la respuesta del recurso de reposición interpuesto por el petente, debido a que el escrito argumenta lo atiente a la prueba de valoración de antecedentes; sin embargo, el mismo guardó su postura al establecer que no es el funcionario competente para efectuar la revisión de actos administrativos, máxime cuando no existe acreditación de un perjuicio irremediable que le permitiera subrogar las competencias de otro operador de justicia.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, el día 19 de octubre hogaño⁹, el accionante presentó recurso de impugnación frente al fallo de primera instancia, indicando en su escrito, que la sentencia recurrida debe ser revocada, toda vez que los argumentos empleados por la accionada en la respuesta al recurso interpuesto por él no fueron expuestos de manera clara, especialmente, por considerar que la respuesta brindada presentó inconsistencias, debido a que fue la misma entidad quien admitió su participación en el concurso y le permitió la realización de la prueba, por no requerir experiencia profesional como requisito para el cargo, y que posteriormente decidió calificar el respectivo ítem.

Indicó que la acción impetrada por él, satisface los requisitos para su procedencia, debido a que su situación lo determina en un peligro inminente que le ocasionaría daño irremediable a la sociedad misma. Así las cosas, reflexionó que el acceso a la

⁸ Folios 176 a 184, ibidem

⁹ Folios 129 y 130, ibidem.

jurisdicción ordinaria no resultaba adecuada para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991¹⁰, 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

Del estudio de la demanda, se evidencia que el reparo del libelista va dirigido a que se ordene a la **Fundación Universitaria Área Andina** y a la **Comisión Nacional del Servicio Civil** efectuar su nombramiento en el cargo de comisario municipal bajo el modo de provisión de carrera administrativa, toda vez que estima que durante la ejecución del concurso, le fueron requeridos criterios adicionales que torpedean su ingreso al respectivo cargo.

Frente a lo anterior, determinó el juzgador de primera instancia que la acción de tutela no era el mecanismo procedente para atender la situación particular del petente, en consideración a que, la misma no cumple con el requisito de subsidiariedad propio de la acción de tutela, adicionando con ello, que la decisión controvertida tiene la calidad de acto administrativo, el cual tiene vías de acción dentro de la jurisdicción ordinaria en lo contencioso administrativo; razón por la cual, al considerar que no fue acreditada la existencia de un inminente perjuicio irremediable, la acción de tutela se tornaba improcedente.

Consideró que el juez de tutela era el funcionario idóneo para resolver de fondo su solicitud, y que debía acceder a sus pretensiones por la evidente vulneración de sus

¹⁰ 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

derechos fundamentales al habersele impuesto criterios que no fueron previamente establecidos.

Por lo anterior, resulta relevante, examinar en primer lugar si la primera instancia tuvo desacierto alguno respecto de la valoración de la procedencia de la tutela, ante la cual tiene inconformidad el impugnante, para seguidamente establecer si existió vulneración a los derechos fundamentales del petente sobre los argumentos relacionados sobre la inexistencia de requisitos de experiencia para acceder al cargo por el que concursó.

De la decisión de primer grado, se tiene que el juez realizó un estudio completo sobre los criterios de procedencia de la acción de tutela para concluir que la situación expuesta por el promotor no cumplía el requisito de subsidiariedad, debido a la existencia de vías judiciales alternas, y la falta de acreditación de un inminente perjuicio irremediable que le permitiera subrogar las competencias que en principio corresponderían a otro operador de justicia.

Frente a esta situación es menester precisar que la Corte Constitucional ha sido pacífica y reiterativa en indicar que la acción de tutela se torna excepcionalmente procedente para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concurso de méritos, toda vez que, el término prolongado que se abarca en la jurisdicción contencioso administrativa, para cubrir el análisis de las pretensiones relacionadas con este tipo de situaciones, no garantiza en modo alguno el acceso al cargo por el cual se concursó, sino que, por el contrario, logra únicamente una compensación económica por los daños que pudieron haber sido causados con la emisión del acto administrativo debatido¹¹; razón por la cual, el mecanismo judicial se aparta de los criterios de idoneidad y eficacia.

Adicionalmente, conforme las sentencias de la Corte Constitucional, T-800 de 2011, T-180 de 2015 y T-340 de 2020, resulta procedente dar por cumplido el requisito de subsidiariedad y proseguir con un estudio de fondo sobre el amparo constitucional deprecado, ya que para controvertir actos de asignación de puntajes en concursos de méritos, el mecanismo alternativo ante la jurisdicción contenciosa administrativa no resulta idóneo y eficaz.

¹¹ Corte Constitucional, T-059 de 2019

Así las cosas, esta Sala se aparta del razonar del *a quo*, tras considerar que el juez de tutela es el funcionario competente para atender los hechos y circunstancias ventiladas por las partes al interior del respectivo trámite, razón por la cual, esta Corporación procederá a pronunciarse de fondo sobre la controversia presentada.

Ahora bien, teniendo en cuenta la pretensión del accionante, esto es, el nombramiento en el respectivo cargo para el cual concursó por una presunta variación en los criterios de calificación durante la respectiva ejecución del concurso, se hace necesario que la judicatura fije su atención en la Resolución N° 20191000001366 de la **CNSC** expedida el 4 de marzo de 2019, por medio de la cual se convoca al proceso de selección para proveer de manera definitiva cinco (05) empleos con diez (10) vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa¹², el cual en su artículo 3° establece que hace parte de la estructura del proceso una “valoración de antecedentes”, que se encuentra consagrada en la fase de “aplicación de pruebas”, y que la entidad procedió previamente a definir en los artículo 33 y siguientes.

De igual manera, al establecer y discriminar las pruebas que serán aplicadas a los aspirantes, se hizo enfática mención en que, la prueba de valoración de antecedentes tiene un carácter eliminatorio con un peso porcentual del 20%¹³, y que la misma tiene por finalidad “*establecer criterios diferenciadores con los factores de estudio y experiencia, adicionales a los requeridos para el requisito mínimo exigidos*”¹⁴, y finalmente, la entidad procedió a exponer los pormenores de la prueba, tales como factores de mérito para la valoración de antecedentes, criterios valorativos para puntuar los mismos, reclamaciones a resultados, entre otros¹⁵

Así las cosas, resulta evidente que la prueba de antecedentes no fue el resultado de arbitrariedades diseñadas por las accionadas, la misma se encuentra claramente establecida, definida y comunicada a los aspirantes del proceso de selección, aún antes de iniciar las inscripciones al mismo. Por tal razón, no encuentran soporte los argumentos expuestos por el tutelante, conforme a los cuales “*le sorprenden calificando un requisito no exigido*”, toda vez que, como participante, su deber no era más que informarse de los términos del concurso.

¹² Folio 121 a 144, expediente digital de la acción de tutela

¹³ Artículo 24, resolución en cita

¹⁴ Artículo 33, ibídem.

¹⁵ Artículos 34 a 39, ibídem.

Situación similar ocurre, al abordar su afirmación respecto de que el cargo para el cual participó *“no exigía el requisito de experiencia”*, pues se pudo evidenciar de la resolución abordada previamente, que la **CNSC** estableció una clara diferenciación entre los requisitos mínimos exigidos para el cargo, y las pruebas a calificar para establecer los resultados de la prueba, siendo los primeros, criterios indispensables para participar del respectivo concurso cuya verificación *“no es una prueba ni instrumento de selección, es una condición obligatoria de orden constitucional y legal, que de no cumplirse genera el retiro del aspirante en cualquier etapa del proceso de selección”*¹⁶, y los segundos, son criterios diferenciadores que *“tienen por finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación del aspirante y establecer una clasificación de los mismos, respecto de las competencias y calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un empleo”*¹⁷.

Conforme a lo anterior, se evacua la tesis del gestor, respecto de la cual, aseguró le fueron impuestos nuevos requisitos durante el trámite del concurso que le exigían la experiencia profesional como requisito mínimo de acceder al cargo, toda vez que, tal y como fue expuesto por él mismo, los requisitos le fueron verificados aún antes de la realización de las pruebas escritas, y conforme a ellos le fue admitido participar.

Finalmente, en cuanto a que las accionadas no fueron claras al momento de resolver el recurso interpuesto por él, la Sala se ocupó de valorar la respuesta aportada por la entidad al actor¹⁸ el día 17 de septiembre de 2021, evidenciando así que la misma expone al tutelante una relación discriminada del método evaluativo aplicado, y las razones por las cuales su resultado equivalía a 0, de tal suerte que, nuevamente se aparta este juzgado de las afirmaciones esbozadas por el tutelante, frente a las cuales no recibió claridad por parte de las accionadas a la hora de resolver el recurso interpuesto.

De conformidad con las precisiones y aclaraciones antes expuestas, es deber de esta judicatura admitir que no se establece vulneración a derecho fundamental alguno al promotor por parte de las accionadas, ni encontró situaciones irregulares al interior del proceso de selección objetado por el tutelante, de modo que, la Sala procederá a revocar la decisión proferida por el juzgador de primera instancia y en su lugar, negará el amparo constitucional deprecado.

¹⁶ Artículo 18, ibidem.

¹⁷ Artículo 24, ibidem.

¹⁸ Folio 74 a 88, ibidem.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia el 12 de octubre 2021.

SEGUNDO: NEGAR la tutela al derecho fundamental pretendido por el ciudadano **Uriel Alberto Llano Jaramillo**.

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

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

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
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación:
d39fc381404315be7d7dd668fdefb254d78a3f2d46e820bf33e4c0fe76d95adf
Documento generado en 10/11/2021 09:55:55 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

N.I.	2021-1696-3
Radicado	050343104001202100012600
Accionante	Carlos Alberto Velásquez
Accionado	Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Andes
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Nulidad

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

Aprobado mediante Acta N° 291 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el Fideicomiso Fondo Nacional de Salud PPL¹, contra el fallo de tutela de 5 de octubre de 2021², emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Andes - Antioquia, que decidió amparar los derechos fundamentales del accionante; y, en consecuencia, libró ordenes tendientes a la realización de trámites administrativos con miras a permitirle el acceso a servicios de salud.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestó el accionante que³, lleva más de 7 años privado de la libertad en el **Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Andes – Antioquia**, en los cuales ha presentado quebrantos de salud desde hace 3 años, que finalmente obligaron a los galenos a ordenar exámenes médicos con especialista en urología por sospechas de complicaciones en sus riñones.

¹ Folio 99 a 104, expediente digital de la acción de tutela

² Folios 83 a 94, ibídem.

³ Folios 1 a 8, ibídem.

Sin embargo, relata que a pesar de que las ordenes datan de hace más de 3 años, y que ha solicitado en diferentes ocasiones a los dragoneantes de la cárcel en la cual se encuentra, iniciar el respectivo procedimiento para la realización de los referidos exámenes, esto no ha sido posible.

Agregó que no cuenta con vínculo de afiliación a promotora de salud, y que los servicios de esta área brindados a él se emiten directamente por parte del establecimiento carcelario a través del **Consortio de Salud de la entidad – en adelante USPEC-**.

De conformidad a los hechos antes descritos, solicita a la judicatura el amparo a sus derechos fundamentales de petición, vida y salud.

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. El conocimiento de la acción pública incoada correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Andes- Antioquia, quien avocó conocimiento mediante auto adiado 22 de septiembre de 2021⁴, en el que se decidió vincular al **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-**, **Consortio Fondo de Atención en Salud para las Personas Privadas de la Libertad** y a la **Fiduprevisora S.A.** Asimismo, se determinó oficiar tanto a la accionada como a las vinculadas, para que en ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, se pronunciaran respecto de los hechos denunciados por el promotor.

2. **Fiduprevisora S.A.**⁵, manifestó que carece de competencia para atender la solicitud esbozada por el libelista, toda vez que el 30 de junio de 2021 la entidad finalizó el contrato de Fiducia Mercantil N° 145 de 2019, suscrito con la **USPEC**, e indicó que, actualmente el nuevo administrador fiduciario de la entidad es la **Fiduciaria Central S.A.** por cuenta de la Resolución 238 del 15 de junio de 2021, expedida por dicha entidad.

Por lo anterior, relata que se encuentra imposibilitada contractual, legal y materialmente para ordenar o autorizar servicio de salud para la población privada de la liberta a cargo del **INPEC**, de modo que requirió al juez de tutela efectuar su desvinculación del presente trámite constitucional.

⁴ Folio 4 ibídem.

⁵ Folios 9 y 10, ibídem.

3. El director del **Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Andes**⁶ indicó que el gestor ingresó al penal con diagnóstico de “hidronefrosis con estrechez uretral”, y ordenes médicas diagnósticas pendientes de cistoscopia, urodinámica y consulta por urología, de las cuales recibió atención médica especializada por urología el día 23 de mayo de 2017, visita en la que le fue prescrita orden de prostatectomía y posteriormente se le realizó retiro de sonda permanente el día 22 de agosto de 2017.

Refirió que el accionante ha padecido constantes afecciones urinarias por las cuales se le ha realizado tratamientos por parte del personal de sanidad que labora en el establecimiento, destacando entre ellas las afecciones 30 de julio de 2019, en donde fue remitido a medicina interna con la galeno Diana Bolívar, y la del 14 de octubre de 2020 en donde visitó nuevamente la especialidad en medicina interna con el profesional en salud Alex Salazar.

Relató que, respecto al tratamiento de su sistema urinario, fue remitido el 15 de febrero de 2021 a la especialidad de urología; sin embargo, relata que el 29 de marzo y el 23 de junio de la misma anualidad les fue nuevamente reiterada la necesidad de valoración con urología y medicina interna.

Por lo anterior, expuso que la administración a través del área de sanidad, realizó gestiones tendientes a que el **Fideicomiso Fondo Nacional de Salud PPL** autorizara las órdenes para medicina especializada, toda vez que el accionante ya cuenta con la autorización para medicina interna en la IPS Universitaria de Medellín **LEON XIII**; sin embargo, precisó en que, a pesar de su insistencia, ello no ha sido posible debido a que la IPS refiere no tener agenda disponible en atención a la alta demanda del servicio.

En ese sentido, informan que la prestación del servicio de salud de la población privada de la libertad es competencia de **Fideicomiso Fondo Nacional de Salud PPL**, no del INPEC, en consideración a que su obligación se limita a realizar las gestiones para que el servicio se garantice, que para el caso concreto corresponde a solicitar ante la IPS Universitaria de Medellín, las respectivas citas, y es a este último órgano a quien le corresponde otorgarlas.

⁶ Folio 17 y 18, íbidem

De conformidad con esos argumentos, requirió su desvinculación del presente trámite, y a su vez, la vinculación de la **IPS Universitaria Leon XIII**.

4. Como consecuencia de la respuesta brindada por la **Fiduprevisora S.A.**, el Juzgado Penal del Circuito de Andes Antioquia, libró auto adiado 5 de octubre de 2021⁷, en el que dispuso vincular a la **Fiduciaria Central S.A.** al presente trámite constitucional para que, en ejercicio de sus derechos, procediera a pronunciarse frente a los hechos argüidos por el petente.

5. A su turno, el **Fideicomiso Fondo Nacional de Salud PPL**⁸, inició su escrito indicando que la fiducia mercantil que le representa, realizó la contratación de la red prestadora de servicios intramural y extramural en el **EPMSC Andes**, así como al **CRM Milenium**, para que los centros penitenciarios y carcelarios, sin necesidad de requerir al patrimonio autónomo realizaran las solicitudes de autorización de remisión a especialista y/o demás procedimientos y tratamientos médicos que los internos requieran con previa orden médica.

Así, afirmó que al accionante le fue concedida cita con medicina general que devino en la orden de valoración por Medicina Interna; por consiguiente, refiere que el pasado 14 de agosto de 2021, el **CRM Milenium** autorizó la respectiva valoración médica; razón por la cual, considera que la entidad ha dado estricto cumplimiento a sus obligaciones legales y contractuales, al tener la red intramural y extramural contratada para llevar a cabo la atención médica requerida por la población privada de la libertad.

En consecuencia, enfatizó en que resulta de competencia del **INPEC** solicitar la cita ante la respectiva IPS y coordinar el operativo de traslado desde centro de reclusión.

Finalmente, en relación con el manejo de las historias clínicas, indicó no ser el encargado de la guardia, custodia y/o entrega de copias de historias clínicas a los internos, por lo que, a su juicio, no ha recaído en vulneración de derecho fundamental alguno del accionante.

De conformidad a lo antes descrito, requirió a la judicatura declarar su falta de competencia y falta de legitimación para actuar en la respectiva acción, y conforme a

⁷ Folio 26, íbidem.

⁸ Folio 29 a 40, íbidem.

ello procediera a efectuar su inmediata desvinculación. Adicionalmente, requirió ordenar al área de sanidad del **EPMSC Andes**, allegar al despacho copia de la historia clínica, y efectuar los trámites administrativos necesarios para llevar a cabo la materialización de las autorizaciones de servicio generadas por el **CRM Millenium** en favor del accionante.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA⁹

El Juzgado Penal del Circuito de Andes- Antioquia, profirió sentencia de primera instancia en la que decidió conceder el amparo constitucional incoado por el accionante, y ordenó a la **Fiduciaria Central S.A., Fideicomiso Fondo Nacional de Salud PPL**, proceder a iniciar todas las gestiones de carácter administrativo tendientes a hacer efectiva la atención en salud requerida por el actor, conforme el **INPEC** en la respectiva verificación de la situación del gestor proceda a determinar las citas que este tiene pendientes a efectuarse. De igual manera, determinó al **INPEC**, a proceder con los trámites administrativos necesarios para hacer efectiva la prestación y obtención de los requerimientos médicos que en lo sucesivo le sean prescritos al actor relacionados con la enfermedad renal crónica que actualmente padece.

Lo anterior por cuanto, el *a quo* estimó que, a pesar de no contar con soporte probatorio que acreditara su estado de salud, el accionante cuenta con una situación que le dificulta cumplir con el mínimo probatorio requerido en las acciones de tutela, y asimismo, estableció que sí existieron conductas activas u omisivas por parte de las entidades a las que le fueron libradas ordenes que finalmente lesionaron los derechos y garantías fundamentales del gestor, toda vez que el **INPEC** y los diferentes centros de reclusión, son los obligados directos de gestionar los traslados de los internos para asistir a sus citas médicas, así como de solicitar y agendar las respectivas ante las IPS correspondientes, y a la fecha de emisión del fallo de tutela no había sido posible el acceso al respectivo servicio médico.

DE LA APELACIÓN

Inconforme con la providencia enunciada, el **Fideicomiso Fondo Nacional de Salud PPL**¹⁰, presentó recurso de impugnación frente al fallo de primera instancia, manifestando en su escrito, que la sentencia recurrida debe ser revocada, toda vez que

⁹ Folio 83 a 94, *ibidem*.

¹⁰ Folio 99 a 104, *ibidem*.

desconoce que las ordenes médicas ya fueron autorizadas por el **CRM Millenium** que es la entidad contratada por ella para realizar este tipo de actos, originado ello en la necesidad de que el establecimiento carcelario realice las gestiones administrativas tendientes al cumplimiento de la orden médica, tales como agendar la cita con el especialista, y realizar el traslado del privado de la libertad.

Por todo lo anterior, requirió al *ad quem* modificar el fallo de tutela de 5 de octubre de 2021, para ordenar al **INPEC – EPMSC ANDES** a informar las actuaciones administrativas realizadas para permitir el acceso al servicio del promotor.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991¹¹, 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

Jurisprudencialmente se ha precisado en forma pacífica y reiterada, que según el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, al trámite del amparo constitucional se debe vincular a la autoridad pública o al particular al que se le atribuye en la demanda la violación o amenaza para los derechos fundamentales.

Así mismo, a todos los que tengan un interés legítimo en la decisión respectiva, o puedan ser afectados por ella, en fin, que tengan la condición de eventuales destinatarios de las órdenes que deban impartirse para la efectiva protección de aquellos. Lo anterior, por cuanto sólo de este modo resulta viable satisfacer el principio de efectividad de los derechos fundamentales, como también, garantizar el debido proceso y el derecho a la

¹¹ 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

defensa de quienes resultarían comprometidos por razón del pronunciamiento, así como el de doble instancia.

De tal suerte, al juez de tutela le compete, la debida y completa integración del legítimo contradictorio. En lo específico, en aquellos casos en los cuales *“según el análisis de los hechos y de la relación entre las funciones que se cumplen o las actividades que se desarrollan y la invocada vulneración o amenaza de derechos fundamentales (nexo causal) encuentre que la demanda ha debido dirigirse contra varias entidades, autoridades o personas, alguna o algunas de las cuales no fueron demandadas (...)”*¹². Esto último, desde luego, sin perder de vista que *“en muchas ocasiones el particular que impetra la acción ignora o no sabe identificar a las autoridades que considera han violado o amenazado sus derechos fundamentales...”*¹³.

Por tal motivo, la convocatoria de la parte que por legitimación pasiva debe concurrir al proceso constituye presupuesto indefectible *“para una decisión de fondo y responder así a la protección eficaz de los derechos fundamentales”*¹⁴. Lo anterior al punto que echada de menos, se configura una causal de nulidad, situación, que anticipa el Tribunal, se estructuró en el presente asunto.

En efecto, para el caso que nos ocupa los hechos que propiciaron la presente acción pública y con base en los cuales se afirma la violación de los derechos fundamentales del accionante, se relacionan con su imposibilidad de acceder a los servicios de salud que le han sido ordenados por parte de los galenos que han atendido su caso, frente a lo cual, si bien no aportó documentación que soportara su queja, sí informó que su obligación era omitida en atención a su actual situación como privado de la libertad.

Así las cosas, una vez corrido traslado de la presente acción constitucional al **INPEC**, la respectiva entidad procedió a aceptar que en efecto existen autorizaciones pendientes por cumplir respecto al estado de salud del accionante, empero refirió que no ha sido posible el acceso del actor a los respectivos servicios toda vez que la **IPS Universitaria Leon XIII**, que funge como la entidad en donde ellos serían brindados, se ha negado a apartar una cita de atención médica con argumentos de no tener disponibilidad en la agenda de la entidad.

¹² En este sentido, el auto 055 de 1997; criterio reiterado en autos 025 de 2002 y 011 de 2002, entre otros.

¹³ Auto 055 de 1997, citado ut – supra.

¹⁴ Ver entre otros, el auto 107 de 2002.

Así las cosas, resulta evidente que para el caso concreto existe participación de otra entidad que, con su actuar omisivo, lesiona los derechos fundamentales del promotor al imponer barreras administrativas que torpedean su acceso a los servicios que, en atención a las ordenes médicas aportadas por el **INPEC**¹⁵, requiere para el goce efectivo de su derecho a la salud.

Por lo anterior, estima esta instancia judicial que la vinculación de la **IPS Universitaria Leon XIII**, resultaba imperativa dentro del presente trámite constitucional para emitir un fallo justo y acorde a los requerimientos del particular; y que, asimismo, la ausencia de pronunciamiento respecto de los hechos que le son atribuidos, a su vez devienen en una clara afectación al debido proceso.

De tal suerte, en estas diligencias fue omitido el deber de integrar en forma debida y completa el contradictorio, impuesto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991. Por consiguiente, con fundamento además en los artículos 61 y 133 del Código General del Proceso aplicables en este trámite por virtud de la remisión efectuada en el artículo 3o del Decreto 306 de 1992, decretará la nulidad a partir del auto que admitió la demanda de tutela adiado el 22 de septiembre de 2021, con la finalidad de que en la reposición del trámite se subsanen las irregularidades advertidas, dejando incólume las pruebas y respuestas obtenidas en el trámite tutelar.

Por tanto, así se declarará y se devolverá la actuación al Juzgado Penal del Circuito de Andes, a fin de que proceda a subsanar la irregularidad advertidas, esto es, integre debidamente el contradictorio, vinculando a la **IPS Universitaria Leon XIII**.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado a partir de auto que admitió la demanda de tutela, proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Andes, el 22 de septiembre de 2021, dejando incólume las pruebas y respuestas obtenidas en el trámite tutelar.

¹⁵ Folio 19 a 25, expediente digital de la acción de tutela.

SEGUNDO: REMITIR la actuación al Juzgado de origen, para que proceda con la vinculación al extremo pasivo de la litis, a la IPS Universitaria Leon XIII

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación:
6702c402597131de4da215722a05b220f527795588f74c555dde1ccf21516b39
Documento generado en 10/11/2021 09:54:57 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

RADICADO CUI	058376000367201100298
N. I.	2021-1576-3
DELITO	Obtención de documento público falso y fraude procesal
ACUSADO	Eduin Castro Urango y Elvia Murcia Pineda
ASUNTO	Apelación de auto que niega práctica de pruebas
DECISIÓN	Confirma

**Medellín (Ant.), diez (10) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)
(Aprobado mediante Acta No. 296 de la fecha)**

ASUNTO A DECIDIR

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa de los procesados Eduin Castro Urango y Elvia Murcia Pineda, contra la decisión emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo – Antioquia que negó en audiencia preparatoria del 28 de septiembre de 2021 el decreto de algunas pruebas.

SITUACIÓN FÁCTICA

Fue relacionada en el escrito de acusación de la siguiente manera¹:

“El señor Eduin Castro Urango y la señora Ailis Cordoba Chaverra, iniciaron en el año 1995, una relación de pareja la cual duró varios años y durante la cual procrearon dos hijos.

Durante la convivencia, estas dos personas compraron el derecho de posesión que se tenía de un predio ubicado en el barrio Hoover Quintero, el cual fue mejorado durante la relación de pareja; este predio fue adjudicado a título gratuito, mediante resolución BHQ-238 de agosto 15 de 2003, por el Municipio de Turbo al señor Eduin Castro Urango, siendo afectado el mismo a vivienda familiar en esa misma fecha.

¹ Folio 16 y 17, expediente digital de primera instancia.

RADICADO CUI	058376000367201100298
N. I.	2021-1576-3
DELITO	Fraude procesal y obtención de documento público falso
ACUSADO	Eduin Castro y Elvira Murcia
ASUNTO	Apelación de auto

El día 7 de octubre de 2011, el señor Eduin Castro Urango, ayudado por la señora Elvia Murcia Pineda con quien tuvo otros hijos y asesorado por abogado, logró obtener la escritura pública 1684, lo cual hizo ocultando información sobre sus hijos y las madres de estos, logrando con ello levantar la afectación a vivienda familiar del predio adjudicado, usando, además, paz y salvo Nro. 24707 que no le correspondía al predio y con ello vender el bien al señor Héctor Gómez Cavadía, quedándose con todo el dinero de esa venta la cual reconoció en la suma de \$46.000.000.00

El día 18 de octubre de 2011, como consta en el certificado de tradición del inmueble con matrícula inmobiliaria Nro. 034-54393, mediante acto administrativo del Registrador de Instrumentos Públicos de Turbo, se registró por los señores Eduin Castro Urango y Elvia Murcia Pineda la cancelación de la afectación de vivienda familiar y transfirió el señor Eduin Urango Castro, el predio al señor Héctor Martín Gómez Cavadía”.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El día 6 de marzo de 2020, ante el Juez Segundo Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías del Municipio de Turbo, se formuló imputación² a **Eduin Urango Castro**, como autor de los delitos de fraude procesal en concurso con obtención de documento público falso y hurto agravado, conforme los artículos 453, 288, 239, 242 numeral 2 del Código Penal, cargos que no fueron aceptados. No se le impuso medida de aseguramiento.

La Fiscalía General de la Nación, el 6 de noviembre del mismo año, lo acusó³ por los mismos delitos.

El día 27 de abril de 2021, se lleva a cabo la audiencia de formulación de acusación en contra de **Elvia Murcia Pineda**⁴, celebrada ante el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Turbo – Antioquia, por los delitos de fraude procesal en concurso de obtención de documento público falso, acto seguido se decretó la conexidad con el proceso adelantado en contra del señor **Eduin Castro Urango**, estableciéndose que la investigación se llevará a cabo bajo el CUI matriz, número 058376000367201100298.

El 2 de junio de 2020, el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Turbo – Antioquia, avocó conocimiento de las diligencias.

2 Folio 13, expediente digital de primera instancia. Rcord de audiencia de 6 de marzo de 2020, minuto 21:30.

3 Folio 16 y 17, expediente digital de primera instancia.

4 Folio 23, expediente digital de primera instancia.

RADICADO CUI	058376000367201100298
N. I.	2021-1576-3
DELITO	Fraude procesal y obtención de documento público falso
ACUSADO	Eduin Castro y Elvira Murcia
ASUNTO	Apelación de auto

Después de varios aplazamientos s. el 7 de septiembre de 2021⁶, las partes hacen las respectivas solicitudes probatorias en sede de audiencia preparatoria y el 28 de septiembre de 2021⁷, el *a quo* decidió sobre las mismas.

DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA

Para el asunto que nos ocupa se tiene que a la defensa de **Eduin Castro Urango** y **Elvia Murcia Pineda** le fueron negadas las solicitudes de incorporación de algunas pruebas documentales, consistentes en los registros civiles de nacimiento de Sebastián Andrés y Edwin David Castro Murcia, con los cuales pretende demostrar la ausencia de relación sentimental con la denunciante para el año 2001 y 2008 y el acta de audiencia del 23 de febrero de 2011, correspondiente a la audiencia de preclusión en el proceso penal seguido en contra de la abogada Johana Mosquera

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La titular del Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Turbo – Antioquia,⁸ negó la práctica de las pruebas documentales de la defensa, referentes a los registros civiles de Sebastián Andrés y de Edwin David Castro, al considerar que dicha calidad de hijos de Eduin y Elvia se puede dar a conocer con los testigos que solicitó la defensa. Por lo tanto, los registros civiles se tornan innecesarios y repetitivos, porque los testigos pueden acreditar que efectivamente existen esos hijos. Además, indica que estas pruebas documentales no se tornan pertinentes para esta actuación, porque ellos enmarcan una responsabilidad diferente a la investigación penal que se lleva en curso.

Asimismo, se denegó el acta de audiencia de preclusión del 23 de febrero del 2011, proceso penal que se llevaba en contra de la abogada Johanna Mosquera, al considerar que dicha preclusión no quedó en firme y por ende, se encuentra vigente la investigación, esto lo constata según lo consagrado en el escrito de acusación y por la afirmación que hizo la Fiscalía al momento de desestimar el documento

5 19 de mayo de 2021, suspendida a solicitud de la Fiscalía para verificar los documentos descubiertos por la defensa, 13 de julio de 2021 suspendida a solicitud de la Fiscalía para procurar un diálogo entre las partes y buscar una solución alternativa al conflicto.

6 Folio 30 al 32, ibídem.

7 Folio 34 al 36, ibídem.

8 Grabación filmográfica, ibídem del día 28 de sep de 2021, minuto 34:50 al 36:53

RADICADO CUI	058376000367201100298
N. I.	2021-1576-3
DELITO	Fraude procesal y obtención de documento público falso
ACUSADO	Eduin Castro y Elvira Murcia
ASUNTO	Apelación de auto

solicitado por la defensa. Además, la pertinencia alegada no delimita el pleno conocimiento del hecho investigado y no ayuda a esclarecerlos.

DE LA APELACIÓN

Considera la **defensa**⁹, que la primera instancia al *excluir* (sic) las pruebas solicitadas desconoce que la Fiscalía solicitó los registros civiles del señor **Eduin Castro** y Adilis Córdoba Chaverra, sin embargo, estos fueron decretados, por lo que resulta incoherente la argumentación vertida por la juzgadora primigenia al indicar que unos sí resultan necesarios y otros no. A reglón seguido señala que, los registros civiles resultan ser idóneos y pertinentes para acreditar la fecha de nacimiento de los menores, por el contrario, las declaraciones no son pertinentes y mucho menos idóneas, porque existe un documento público que acredita dicha circunstancia. Indica que con ellos pretende demostrar que no existió ningún vínculo sentimental entre Adilis Córdoba y **Eduin Castro**.

Respecto del acta de audiencia de preclusión del 23 de febrero del 2011, indica que es pertinente, porque se encuentra en firme y por lo tanto, resulta ser esclarecedora para los hechos objetos de esta investigación. Advierte una confusión de la a quo respecto a dos audiencias de preclusión presentadas por la Fiscalía, la primera fue a favor de la abogada Johanna Mosquera, la cual ya se encuentra en firme y no hubo recurso alguno y la segunda solicitud se realizó a favor de los aquí procesados, la cual no cobró ejecutoria.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

La Fiscalía como parte no recurrente expuso que¹⁰, no existe claridad respecto al recurso que interpone la defensa. Sin embargo, reconoce que, dentro de la presente causa penal, se ha hablado de unos registros civiles de nacimiento, que pertenecen a los hijos originados dentro de la relación sentimental entre **Edwin Castro** y Adilis Córdoba, así como los descendientes de la relación entre **Elvia Murcia** y **Eduin Castro**.

9 Grabación filmográfica de audiencia Preparatoria y de sustentación de recurso del 28 se sep del 2021, Minutos del 46:07 al 49:49

10 Grabación filmográfica de audiencia Preparatoria y de sustentación de recurso del 28 se sep del 2021, minutos del 50:10 al 57:06

RADICADO CUI	058376000367201100298
N. I.	2021-1576-3
DELITO	Fraude procesal y obtención de documento público falso
ACUSADO	Eduin Castro y Elvira Murcia
ASUNTO	Apelación de auto

Señala que el ente fiscal da por sentado la existencia de cuatro hijos, dos con la señora Adilis Córdoba y otros dos con **Elvia Murcia**, por lo tanto, deja al criterio de la juzgadora la decisión que en derecho corresponda.

Respecto del acta de audiencia de preclusión de 23 de febrero del 2011, precisa que dentro de esta actuación se advierten dos solicitudes de preclusión, la primera en el marco de la actuación en contra de **Edwin Castro** y **Elvia Murcia**, la cual fue negada y confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia; la segunda, provino de la vinculación que se le hiciera a la abogada Johanna Mosquera, dentro de la cual se decretó la ruptura de la unidad procesal y se solicitó la preclusión, acta sobre la cual la fiscalía no encuentra pertinencia, puesto que la profesional del derecho solamente prestó sus servicios profesionales brindando una asesoría.

Por otro lado, el **representante de víctimas** coadyuvó lo sustentado por la agencia fiscal,¹¹ agregando que, no debería prosperar la solicitud probatoria relativa al acta de audiencia de preclusión del 23 de febrero del 2011, porque se estaría desviando el eje central de la actuación que es el delito de fraude procesal, por lo que el acta resulta inconducente e impertinente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por mandato legal derivado del contenido del numeral 1º del artículo 34, 176 inciso final y 179 de la Ley 906 de 2004, resuelve la Sala los asuntos planteados por la defensa técnica recurrente, respecto a la decisión adoptada por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Turbo – Antioquia, dentro del marco delimitado por el objeto de las impugnaciones.

Teniendo en cuenta las argumentaciones de las partes, en las que indistintamente se refieren a exclusión e inadmisión, resulta preciso recordar las diferencias existentes en las solicitudes de inadmisión, rechazo y exclusión de pruebas.

¹¹ Grabación filmográfica de audiencia Preparatoria y de sustentación de recurso del 28 de sep del 2021, minutos 57:23 al 59:30

RADICADO CUI	058376000367201100298
N. I.	2021-1576-3
DELITO	Fraude procesal y obtención de documento público falso
ACUSADO	Eduin Castro y Elvira Murcia
ASUNTO	Apelación de auto

La solicitud de **inadmisión** procede cuando el medio de prueba es impertinente, inútil o inconducente; la práctica de la prueba es imposible o irracional, y, por carencia de argumentación o argumentación genérica en cuanto a pertinencia, utilidad y conducencia del medio de prueba solicitado.

La solicitud de **rechazo** procede únicamente por falta de descubrimiento y la de **exclusión** cuando las evidencias que se pretenden incorporar o practicar en juicio son ilegales o ilícitas al haber sido obtenidas con vulneración de las garantías fundamentales.

Por tanto es deber del juez de conocimiento realizar un análisis detenido de depuración probatoria y así evitar que evidencias impertinentes, inconducentes, inútiles ilícitas, ilegales o no descubiertas ingresen al proceso.

La pertinencia tiene que ver con los hechos y los debates al respecto se deben reducir al análisis de la relación de los medios de prueba con el tema de prueba, es decir, con los hechos que deben probarse en cada caso en particular. La conducencia se refiere a una cuestión de derecho y la utilidad a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente¹².

La argumentación de pertinencia debe realizarse sobre cada medio de prueba de forma individual, cuidándose de incurrir en alusiones genéricas. La parte no puede complementar la argumentación que no se realice al momento de las solicitudes probatorias en otras oportunidades como lo sería, entre otras, el momento de interponer recursos, pues lo impide el principio de preclusividad.

Al momento de las solicitudes probatorias, la defensa argumentó, respecto de las evidencias que son motivo de conocimiento por vía de apelación, que con los registros civiles de nacimiento de Sebastián Andrés y Edwin David Castro Murcia, demostraría la ausencia de relación sentimental de Eduin Castro con Ailis Córdoba para el año 2001 y 2008.

12 CSJ 46153 septiembre 30 de 2015

RADICADO CUI	058376000367201100298
N. I.	2021-1576-3
DELITO	Fraude procesal y obtención de documento público falso
ACUSADO	Eduin Castro y Elvira Murcia
ASUNTO	Apelación de auto

Señaló que dichos registros civiles eran pertinentes, conducentes y útiles (*sic*) porque demuestran la unión marital de hecho existente entre sus prohijados, ya que Elvia, dio fruto a un hijo en el año 2001 y otro en el 2008, con lo que se desvirtúan las afirmaciones de la fiscalía en las que indica una relación con Adilis.

Al respecto, se tiene que la decisión de primera instancia fue acertada al negar la incorporación de los registros civiles de los menores Sebastián Andrés y Edwin David Castro Murcia, pues si lo que pretende la defensa es demostrar con ellos la ausencia de una relación sentimental de Eduin Castro con Ailis Córdoba para el año 2001 y 2008, no se advierte relación alguna entre este medio de prueba con el tema de prueba .

Ahora, lo cierto es que ese aspecto será probado con la totalidad de la prueba testimonial solicitada y decretada para la defensa quienes depondrán, sobre la relación de aquellos desde 2001, dada la cercanía con la pareja y conocimiento directo de la misma.

Debe destacarse que dentro de dicha prueba testimonial solicitada y decretada para la defensa, se encuentra el testimonio de Elvia Murcia, acusada, madre de los menores y compañera de Eduin desde 2001 quien podrá testificar sobre la fecha de nacimiento de sus hijos, pues es lo que en definitiva se quiere demostrar con los registros civiles invocados.

De otro lado, en cuanto al acta de audiencia de preclusión del 23 de febrero de 2011 en el proceso penal seguido contra la abogada Johana Mosquera, no se advierte de la argumentación presentada por la defensa, cuál es su pertinencia pues no explicó en qué manera puede esclarecer los hechos por los cuales se investiga a los acusados la preclusión de la investigación respecto de la abogada , no indicó si representó alguno de los acusados o a los dos, en qué tema específico, en qué época, cuál fue su función, a qué se debió la vinculación de la abogada al proceso. De tal suerte, el hecho de que se encuentre en firme la decisión que pretende incorporar no es suficiente para admitir su incorporación en juicio.

Así, no le es dable a la judicatura sustituir a la parte en su rol, complementar su petición, intuir la finalidad o pertinencia de la prueba, pues no corresponde con la

RADICADO CUI	058376000367201100298
N. I.	2021-1576-3
DELITO	Fraude procesal y obtención de documento público falso
ACUSADO	Eduin Castro y Elvira Murcia
ASUNTO	Apelación de auto

filosofía y principio de que son las partes, no el juez, a quienes les corresponde la carga probatoria.

Por lo tanto, se confirmará la decisión de primera instancia emitida el 28 de septiembre de 2021, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo – Antioquia.

En mérito de lo expuesto **LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada el día 28 de septiembre 2021, por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Turbo – Antioquia, en sede de audiencia preparatoria.

SEGUNDO: Como quiera que la presente decisión no admite recursos, por economía y celeridad procesal, una vez sea aprobada la ponencia, notifíquesele a las partes e intervinientes, y devuélvase la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo.

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
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

RADICADO CUI	058376000367201100298
N. I.	2021-1576-3
DELITO	Fraude procesal y obtención de documento público falso
ACUSADO	Eduin Castro y Elvira Murcia
ASUNTO	Apelación de auto

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

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

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

Código de verificación:
4c78d40558bbae48d38f46ce786b6e9c53dbd988fcd35645581f94c39b161410
Documento generado en 10/11/2021 01:24:55 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

N.I.	2021-1688-3
Radicado	058373104001202100023600
Accionante	Ángel Santos Flórez Martínez
Accionado	Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas - UARIV
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

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

Aprobado mediante Acta Nº 295 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el accionante¹, contra la sentencia de tutela de 12 de octubre de 2021², emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo - Antioquia, que decidió negar el amparo constitucional deprecado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestó el accionante que³, fue reconocido como víctima del conflicto armado por parte de la **Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas** –en adelante **UARIV**-, conforme a lo cual, después de asegurar que tenía derecho a indemnización administrativa, requirió a la entidad información respecto de fecha o turno probable de entrega del respectivo concepto.

¹ Folio 70 a 73, expediente digital de la acción de tutela

² Folios 52 a 64, ibídem.

³ Folios 3 a 7, ibídem.

Relató con ello que, el 18 de agosto de 2021, la accionada procedió a proferir oficio LEX 5974107 en el que se limitó a afirmar que, a fin de poder indicarle la fecha de entrega de la indemnización, le sería aplicado un método técnico el día 31 de julio de la misma anualidad, y que, con posterioridad a ello, en el mes de septiembre se le haría entrega de informe respecto a los resultados del procedimiento.

Sin embargo, a la fecha de presentación del escrito tutelar, la demandada no ha brindado información alguna respecto de la fecha en la que le será entregada el respectivo beneficio económico.

Por lo anterior, solicita a la judicatura el amparo de sus derechos fundamentales a vida digna y reparación integral; y que, en consecuencia, se determine a la **UARIV** a informar la fecha aproximada de entrega material del respectivo concepto económico.

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. El conocimiento de la acción pública incoada correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo – Antioquia, con Funciones de Conocimiento, quien antes de asumir el conocimiento de la respectiva acción, emitió auto adiado 30 de septiembre⁴ en el que requirió al accionante para allegar los documentos que sustentaban su solicitud, lo cual fue atendido positivamente por el accionante el mismo día.
2. Consecuente a lo anterior, el despacho cognoscente emitió auto fechado 1 de octubre de 2021⁵, en el que decidió asumir la competencia del asunto, y ofició a la accionada para que, en ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, procediera a manifestarse respecto de los hechos expuestos en el escrito tutelar.
3. El día 4 de octubre de la misma anualidad⁶, la **UARIV**, al descorrer traslado de la acción de tutela, se sirvió de afirmar que el accionante, se encontraba incluido en el Registro Único de Víctimas – RUV, bajo el hecho victimizante de desplazamiento forzado.

Agrega la demandada que el día 22 de julio de los corrientes, fue recibido escrito de petición por parte del accionante, el cual fue resuelto por la entidad con el documento

⁴ Folio 9 y 10, ibídem.

⁵ Folio 14, ibídem.

⁶ Folios 20 a 26, ibídem.

bajo radicado Orfeo 202172023385031 del 18 de agosto de la misma anualidad. Sin embargo, informa que, en atención a la acción de tutela presentada por él, se realizó alcance bajo radicado 202172031407281 del 4 de octubre del año en curso, que le fue notificado al accionante al correo electrónico aportado para recibir notificaciones, este es, a la dirección caliche9700@gmail.com.

Sin perjuicio a lo anterior, continuó manifestando que, la Subdirección de Reparación Individual de la UARIV emitió Resolución 04102019-794809 del 23 de septiembre de 2020, por la cual se le reconoció al accionante su derecho a recibir indemnización administrativa, y asimismo, se le comunicó la decisión de la administración a través de aviso publico fijado en fecha 03 de diciembre de 2020, que fue desfijado el día 11 de diciembre de la misma anualidad a nombre de Leonor María Pérez Morales, en calidad de representante del hogar.

Sin embargo, la entidad puntualizó que no se procedió al pago inmediato solicitado por el gestor, toda vez que no se logró constatar alguna de las situaciones establecidas en el artículo 4 de la Resolución 1049 de 2019; razón por la cual, la accionada procedió a hacer un recuento de la necesidad de aplicar el método técnico de priorización a cada una de las víctimas reconocidas en el RUV, y la imposibilidad de asignar fecha cierto y/o pagar la indemnización administrativa.

Seguido a ello, la entidad realizó una exposición del procedimiento contemplado en la Resolución 1049 del 15 de marzo de 2019, planteó situaciones de debido proceso y la posibilidad de que en el presente caso existiera el fenómeno jurídico de hecho superado, dado que la respuesta administrativa al accionante fue clara, precisa y congruente con lo solicitado, y resolvió de fondo la petición; razón por la cual, requirió a la judicatura denegar el amparo constitucional deprecado

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de atender los hechos y argumentos expuestos por las partes, el 12 de octubre de corrientes⁷, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo – Antioquia, con funciones de conocimiento, profirió sentencia de primera instancia en la que decidió negar el amparo constitucional deprecado, al no verificar vulneración de ningún derecho fundamental.

⁷ Folio 52 a 64, ibídem.

Lo anterior, en consideración a que, estimó el *a quo*, que respecto a la petición argüida por el accionante, la accionada brindó al gestor a través de su respuesta, información relacionada con su situación actual y la fecha cierta en la que se le aplicaría el método de priorización, lo cual, si bien difiere de lo anhelado por el gestor, no quebranta el derecho invocado, pues, a su juicio, la respuesta reúne todos los requisitos mínimos postulados por la Corte Constitucional.

Asimismo, determinó el operador de justicia que, en cuanto a lo relacionado con el pago de la indemnización, se logró constatar que el promotor no acreditó estar inmerso en alguna situación de las establecidas en la Resolución 1049 de 2019, lo que, a su juicio, deviene en la imposibilidad de que la accionada le brinde una fecha cierta y/o pague el respectivo concepto económico.

DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, el 19 de octubre hogaño⁸, el accionante procedió a presentar recurso de impugnación frente al fallo de primera instancia, indicando en su escrito que la sentencia recurrida no toma en cuenta el precedente de la Corte Constitucional que establece que es deber de la UARIV informar con certeza a las víctimas del conflicto, incluso si no cuentan con criterios de priorización, la fecha aproximada o probable en que se les realizara el pago efectivo de su indemnización administrativa, y que la entidad no puede aludir a razones de tipo presupuestales o a las herramientas de priorización para mantener a las víctimas en una incertidumbre indefinida.

Adicionalmente, reiteró que el objetivo de la acción impetrada por él no es que se ordene a la UARIV a realizar el pago inmediato de la indemnización, sino que por el contrario, se le informe con certeza la fecha así sea probable o aproximada en que se le realizará la entrega de la misma.

CONSIDERACIONES

Competencia

⁸ Folio 70 a 73, *ibidem*.

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991⁹, 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

Requiere el accionante el amparo de sus derechos fundamentales de vida digna y reparación integral, toda vez que, la **UARIV** a pesar de haberle reconocido el derecho a una indemnización administrativa por ser víctima de desplazamiento forzado en el marco del conflicto armado, no le ha hecho entrega de fecha cierta en la cual pagará el respectivo concepto.

Así las cosas, y ante la decisión de primera instancia que decide negar su solicitud, el actor procedió recurrir la sentencia de primer grado indicando que el fallo objetado desconoce el alcance de la Resolución 1049 de 2019, y el precedente constitucional que ataca la situación de incertidumbre en la cual refiere encontrarse por desconocer la fecha en la que le será entregado el beneficio económico.

De cara a esta situación, esta sala iniciará abordando lo atinente al método de priorización como requisito indispensable para establecer la fecha cierta del pago de las indemnizaciones, para finalmente ocuparse de la información que fue brindada por la **UARIV** al accionante.

Conforme a ello, se parte de que el Método Técnico de Priorización “es un proceso técnico que determina los criterios y lineamientos que debe adoptar la Subdirección de Reparación Individual para determinar la priorización anual del desembolso de la indemnización administrativa”¹⁰, este mecanismo tiene por objeto generar listas ordinales que indicarán la priorización para el desembolso del derecho económico al que tienen lugar las víctimas reconocidas en el RUV, y se aplica anualmente a las mismas a efectos de determinar la urgencia en los pagos, asignar turnos que resulten

⁹ 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

¹⁰ Artículo 16, Resolución 1049 de 2019

proporcionales a ellos, y respetar los recursos asignados a la entidad para la vigencia fiscal¹¹.

Conforme a lo antes descrito, resulta evidente que la entidad no conoce la fecha cierta de pago de las indemnizaciones administrativas, salvo la asignada para aquellas personas que resultaron priorizadas con la aplicación del método expuesto anteriormente.

Es en razón de ello, aunado a que en el RUV se registran más de 300 mil víctimas del conflicto armado, que se predica la imposibilidad de exigirle a la demandada el aporte de una fecha exacta o aproximada en la que realizará el pago del concepto económico que anteriormente reconoció, tesis que ha sido reconocida por la Corte Constitucional, aún en las sentencias allegadas por el accionante, quien ha indicado expresamente que existe vulneración a los derechos fundamentales de debido proceso, mínimo vital, vida digna y reparación administrativa, cuando la entidad no informe al accionante *“de forma clara y precisa las condiciones de modo, tiempo y lugar bajo las cuales se realizará la evaluación que determinará si se priorizará el pago de la indemnización administrativa, previamente reconocida y, por tanto, tampoco le ha indicado una fecha razonable y/o aproximada en la que se hará el desembolso de la referida medida”*¹².

En otras palabras, el órgano de cierre dentro de la Jurisdicción Constitucional no ha exigido a la **UARIV** el aporte de una fecha exacta o aproximada para todas las víctimas; sino que, por el contrario, ha enfatizado en su obligación de informar respecto de las evaluaciones que deben ser libradas para establecer la respectiva fecha, lo cual se consigue a través de la aplicación del Método Técnico de Priorización.

Así las cosas, se deja claridad de que la falta de entrega de una fecha cierta antes de la aplicación del método de priorización no constituye en modo alguno vulneración a los derechos fundamentales del petente, más sí lo hace el no brindarle al peticionario información respecto al método de priorización que le fue o le será aplicado.

Ahora bien, se tiene que en el caso *sub examine*, el actor presenta su inconformidad por las respuestas brindadas por la **UARIV** a la petición presentada por él en la que manifiesta haber requerido información respecto del pago de la indemnización.

¹¹ Artículo 17, ibídem.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-205 de 2021

Frente a esta situación, la accionada se sirvió de indicar que le ha notificado al actor dos comunicados escritos, fechados 22 de julio y 04 de octubre de los corrientes, en los que le informa respecto de su estado actual para la entrega de la indemnización administrativa, y le ha expuesto que no es posible proceder a la entrega inmediata del respectivo concepto, en razón a que, del estudio de su caso particular, no fue encontrado en circunstancias que le permitan resultar priorizado.

Por consiguiente, al valorar la petición aludida por el libelista, se evidenció que en ella requirió en palabras textuales “*que se me suministre copia del acto administrativo del que trata el oficio LEX 5912498 del 02/07/2021 relacionado con la entrega de mi indemnización administrativa como víctima del conflicto armado*”¹³; y de lo que se puede abstraer del respectivo escrito, se evidencia que la solicitud resuelta mediante del oficio pretendido, plasmó inicialmente su petición de entrega de un encargo fiduciario en el que consideraba se le habían pagado la indemnización administrativa que le fue previamente reconocida.

Conforme a ello, resulta evidente como el accionante en modo alguno ha requerido a la entidad información respecto a su método de priorización o fecha aproximada en la que le será pagado el beneficio económico; sin embargo, de los comunicados emitidos por la **UARIV**, y aportados en debida forma a la judicatura¹⁴, es posible observar como el accionante tuvo acceso a información clara, completa y fidedigna de su estado actual respecto a la entrega de la indemnización que pretende, toda vez que la entidad le informó respecto de la aplicación del método de priorización y su situación frente al mismo.

Por lo antes descrito, este tribunal respalda lo indicado por el operador de primer grado, al determinar que de los elementos aportados por las partes y lo afirmado por ellas, no es posible establecer un actuar lesivo de los derechos fundamentales del accionante; razón por la cual, se procederá a confirmar la sentencia proferida por el juzgador de primera instancia.

¹³ Folio 12, expediente digital de la acción de tutela

¹⁴ Folio 27 a 33, ibidem.

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 Primero Penal del Circuito de Turbo - Antioquia el doce (12) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SEGUNDO : Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación:

63c6a9a705b8332aab5cd1a282a556b8203c0472d0dbf19622477ee1d5908ba9

Documento generado en 10/11/2021 01:24:42 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

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

Medellín, noviembre nueve (09) de dos mil veintiuno (2021)

N° Interno : 2021-1687-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante : Jorge Aleison Zuluaga Henao
Accionado : Juzgado Segundo de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de
Antioquia y otro
Decisión : Improcedente

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 133

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano JORGE ALEISON ZULUAGA HENAO, contra el JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA y el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA, en procura de la protección de su garantía fundamental al debido proceso.

ANTECEDENTES

El señor JORGE ALEISON ZULUAGA HENAO refiere que en varias oportunidades ha solicitado ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia la libertad condicional, sustituto que se le ha negado, soslayando que cumplió la tres quintas partes de la pena impuesta y su proceso de resocialización.

Por lo anterior, estima que por esta vía debe revocarse lo resuelto y, en su lugar, concedérsele la libertad condicional que ha venido reclamando.

Dentro del término otorgado por la Judicatura las autoridades accionadas ejercieron su derecho de contradicción de la siguiente forma:

1. JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA:

Su titular manifestó que ese Despacho tiene a su cargo la vigilancia de la ejecución de la pena de 49 meses de prisión que le fue impuesta a Jorge Aleison Zuluaga Henao por el SEGUNDO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA, como autor de los delitos de Concierto para delinquir

agravado y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en fallo emitido el 9 de agosto de 2019, en el que se le negó la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria prevista en el artículo 38 B del C. Penal, proceso distinguido con el CUI 05 001 60 00000 019 00588 y el N.I. 2019 A2-3625 por cuya cuenta el condenado se encuentra recluido en el EPMSC de Sonsón (Ant.).

Informa la señora juez que mediante auto interlocutorio N° 3168 del 28 de diciembre de 2020, negó a JORGE ALEISON ZULUAGA HENAO la solicitud de libertad condicional que formuló, en atención a la grave entidad de los delitos cometidos por él, pues su captura y posterior condena se debió a su activa pertenencia a una banda delincuenciales asentada en el municipio de El Santuario (Ant), adscrita al Clan del Golfo, dedicada al tráfico de estupefacientes, y en la que cumplía el rol de transportar la ilícita mercancía, recaudar el producto de su venta, y movilizar armas de propiedad de la cofradía criminal en vehículos de servicio público o de transporte informal.

Indica la señora juez, que argumentando que había descontado cada vez una mayor proporción de la pena y que ello constituía motivo suficiente para acceder a la libertad condicional que se le negó en el mes de diciembre de 2020, el condenado solicitó en dos oportunidades en un lapso de cinco meses, se le otorgara el beneficio regulado en el artículo 64 del C. Penal.

Sin embargo, ante la exposición de motivos que ya habían sido considerados en la resolución de fondo de la primera petición, el Juzgado las rechazó de plano aludiendo al hecho de que las razones que fundamentaban la solicitud habían sido examinadas con suficiencia en el auto interlocutorio N° 3168 del 28 de diciembre de 2020, y que estando persuadido el Juzgado de que los ilícitos perpetrados por él, ostentaban una entidad que los distinguía negativamente frente a otros de su misma naturaleza, no había razón ninguna para reconsiderar lo resuelto y ratificado en segunda instancia en la primera oportunidad, toda vez que el análisis de ese particular tópico concierne al Juez Ejecutor al momento de decidir sobre el sustituto y de esta calificación desfavorable de la entidad del injusto surgió la válida conclusión de que en el caso del accionante, no resultaba aconsejable la concesión de la libertad condicional para garantía de los fines asignados a la pena por el artículo 4o del C. Penal en punto a la prevención general y la retribución justa.

Y frente al rechazo de plano de las insistentes peticiones de libertad condicional que el condenado ha presentado en un lapso de cinco meses, señala que se trata de una negativa válidamente contenida en un auto de sustanciación que no admite recursos porque como lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias T- 107533 del 19 de noviembre de 2019 y T-109896 del 28 de abril de 2020, puede el Juez Ejecutor remitirse a lo que de fondo resolvió al examinar la pretensión de libertad condicional y abstenerse de revalorarla, cuando el motivo que indujo el rechazo fue la gravedad de la conducta cometida por

el infractor aspirante a la gracia, porque se trata de una circunstancia que no se altera en virtud del tratamiento penitenciario como sí acontece cuando, por ejemplo, el subrogado se niega porque el Juez considera que la terapia resocializadora recibida por el condenado, no ha resultado suficiente para tener por satisfechos los fines asignados a la pena.

2. JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA:

Informa su titular que adelantó proceso en contra del señor JORGE ALEISON ZULUAGA HENAO, radicado bajo el SPOA 05001-60-00000-2019-00588, el cual terminó con sentencia de condena el 8 de agosto de 2019, al haber sido hallado penalmente responsable de los delitos de Concierto para delinquir agravado y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, imponiéndose una pena de 49 meses de prisión y multa de 1352 smlmv, en razón al preacuerdo celebrado entre las partes. En dicha oportunidad no se concedió ningún subrogado ni sustituto por la improcedencia legal de los mismos y la sentencia cobró ejecutoria de manera inmediata y se procedió a su remisión ante los Despachos Ejecutores para lo de su competencia, el 4 de septiembre de 2019.

Adujo el señor juez, que revisados los archivos que obran en este Juzgado se pudo constatar que, a la fecha, en ese Despacho no se ha recibido ningún recurso de apelación propuesto por el señor Jorge Aleison Zuluaga Henao, es decir que contra las decisiones proferidas por el Juez Ejecutor no se ha interpuesto el recurso de apelación.

No obstante lo anterior, recuerda que la acción de tutela no es una tercera instancia donde puedan ventilarse asuntos que ya fueron decididos por los falladores del asunto o que estos no tuvieron oportunidad de analizar, especialmente cuando no corresponde al Juez de tutela establecer si existe un mejor criterio de interpretación que el utilizado por el Juez natural, en este caso, del Juzgado Ejecutor en primera instancia y del Despacho de conocimiento en segunda, quienes son los llamados a servir como parámetro de decisión de las controversias.

Conforme a lo expuesto, solicita declarar improcedente la acción de tutela, al no haberse vislumbrado una afectación a los derechos fundamentales de la actor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De cara a lo que es motivo de inconformidad, sea lo primero dejar sentado desde ahora, en relación con las garantías constitucionales fundamentales que predica la parte actora como vulneradas, que la procedencia del presente mecanismo de amparo constitucional ha de cifrarse en la configuración de los presupuestos establecidos por el precedente jurisprudencial en la materia, a propósito de la impugnación de actuaciones judiciales y claro está, en orden al carácter de subsidiariedad y fragmentariedad inherente a la acción de tutela.

Así pues, se hace pertinente advertir desde ahora que las circunstancias que fundamentan el dicho de la parte

accionante, en punto del detrimento de sus garantías constitucionales, contravienen a todas luces el ámbito de procedibilidad del presente trámite, se insiste, toda vez que la acción se promueve contra decisiones judiciales.

En cuanto a los presupuestos sobre los que se establece la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como criterio de avanzada en relación con el concepto de *‘vía de hecho’*, se ha pronunciado la *H. Corte Constitucional*, mediante *Sentencia T-356 de 2007*, con ponencia del *Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto* y en la cual se reiteró la evolución jurisprudencial de la alta Corporación a este respecto:

“Procede esta Sala de Revisión a estudiar las líneas jurisprudenciales que ha desarrollado esta Corporación en torno a lo que en los primeros años se denominó vías de hecho y que posteriormente se calificó como causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.*

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-543 de 1992, declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, los cuales regulaban el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales. La Sala Plena de la misma adoptó dicha decisión tras considerar que las disposiciones referidas contravenían la Carta Fundamental en tanto eran contrarias al principio de autonomía funcional de los jueces, afectaban la estructura descentralizada y autónoma de las diferentes jurisdicciones, lesionaban en forma grave la cosa juzgada y la seguridad jurídica y el interés general.

No obstante, la doctrina acogida por esta misma Corte ha determinado que la acción de tutela resulta procedente cuando se pretenda proteger los derechos constitucionales fundamentales de las personas que se hayan visto amenazados o vulnerados mediante defectos que hagan procedente la acción de tutela por parte de las autoridades públicas y, en particular, de las autoridades judiciales.

(...) De conformidad con lo anterior, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para restablecer los derechos fundamentales conculcados mediante una decisión judicial, en principio, cuando se cumplan los siguientes requisitos generales:*

* Ver sentencias T-958 de 2005 y T-389 de 2006 proferidas por esta Sala de Revisión.

* En esta oportunidad la Sala reitera la sentencia C-590 de 2005.

a. *Que la cuestión que se discute tenga relevancia constitucional, pues el juez constitucional no puede analizar hechos que no tengan una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponden a otras jurisdicciones.*

b. *Que no exista otro medio de defensa eficaz e inmediato que permita precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable*. De allí que sea un deber del actor agotar todos los recursos judiciales ordinarios para la defensa de sus derechos fundamentales.*

c. *La verificación de una relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En este último caso, se ha determinado que no es procedente la acción de tutela contra sentencias judiciales, cuando el transcurso del tiempo es tan significativo que sería desproporcionado un control constitucional de la actividad judicial, por la vía de la acción de tutela.*

d. *Cuando se presente una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo o determinante en la sentencia que afecta los derechos fundamentales del actor.*

e. *El actor debe identificar los hechos que generaron la vulneración de sus derechos fundamentales, y éstos debió alegarlos en el proceso judicial, si hubiese sido posible.*

f. *Que no se trate de sentencias de tutela, porque la protección de los derechos fundamentales no puede prolongarse de manera indefinida.*

Así mismo, se han estructurado los requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales se relacionan con el control excepcional por vía de tutela de la actividad judicial, y están asociados con las actuaciones judiciales que conllevan una infracción de los derechos fundamentales. En efecto, en la sentencia C-590 de 2005 se redefinió la teoría de los defectos, así:*

a. *Cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece de competencia, defecto orgánico.*

b. *Defecto procedimental, se presenta cuando la violación de la Constitución y la afectación de los derechos fundamentales es consecuencia del desconocimiento de normas de procedimiento.*

c. *Cuando la vulneración de los derechos fundamentales se presenta con ocasión de problemas relacionados con el soporte probatorio de los procesos, como por ejemplo cuando se omiten la práctica o el decreto de las pruebas, o cuando se presenta una indebida valoración de las mismas por juicio contraevidente o porque la prueba es nula de pleno derecho (defecto fáctico).*

* Sentencia T-698 de 2004.

* Esta clasificación se estableció a partir de la sentencia T-441 de 2003, reiterada en las sentencias T-461 de 2003, T-589 de 2003, T-606 de 2004, T-698 de 2004, T-690 de 2005, entre otras.

d. Cuando la violación de los derechos fundamentales por parte del funcionario judicial es consecuencia de la inducción en error de que es víctima por una circunstancia estructural del aparato de administración de justicia, lo que corresponde a la denominada vía de hecho por consecuencia.*

e. Cuando la providencia judicial presenta graves e injustificados problemas en lo que se refiere a la decisión misma y que se contrae a la insuficiente sustentación o justificación del fallo.

f. Defecto material o sustantivo se origina cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.

g. Desconocimiento del precedente, esta causal se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. Debe tenerse en cuenta que el precedente judicial está conformado por una serie de pronunciamientos que definen el alcance de los derechos fundamentales mediante interpretaciones pro homine, esto es, aplicando la interpretación que resulte mas favorable a la protección de los derechos fundamentales.”.

En ese orden, se extracta pues de manera palmaria de la línea jurisprudencial trazada por el máximo Tribunal Constitucional, en torno de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que se erigen como presupuestos especiales de procedibilidad, aquellos relacionados con la *‘teoría de los defectos’* y alusivos a inconsistencias de orden fáctico, orgánico, material o sustantivo, carencia argumentativa en la decisión cuestionada, desconocimiento del precedente, inducción en error o *‘vía de hecho por consecuencia’* y defectos procedimentales.

Ahora, de conformidad con el precedente jurisprudencial en referencia, la procedencia de la acción está supeditada asimismo a los parámetros generales establecidos por la alta Corte, por demás de manera incluyente, vale decir que se

* Ver sentencia SU-014 de 2001.

trata de presupuestos todos, absolutamente imprescindibles, cuales son: la relevancia constitucional del asunto bajo examen, los efectos decisivos que de la irregularidad procesal cuestionada, se desprendan respecto de la decisión que en tal medida vulnera las garantías fundamentales de la parte actora, a más que no se trate de sentencias de tutela.

Del mismo modo, ha de verificarse la inexistencia de mecanismos de defensa eficaces que permitan conjurar de manera oportuna la afrenta de las garantías en juego o la ocurrencia de un perjuicio irremediable, esto es, ha de agotarse el lleno de los recursos y mecanismos establecidos en la vía judicial ordinaria e inmediata, de donde deriva de igual forma la relación de inmediatez que ha de constatarse entre la solicitud de tutela y el hecho sobre el cual se estructura la prédica de vulneración, en observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; además ha de identificarse por parte del actor tal hecho lesivo de sus garantías, mismo que en cuanto resultara factible, hubo de alegarlos en la respectiva actuación procesal.

Así las cosas, la parte actora fundamenta la vulneración de sus garantías fundamentales, en la inconformidad que le asiste respecto de las decisiones cuestionadas, en particular, lo referente a la no concesión de la libertad condicional dentro del proceso por el cual actualmente se encuentra privado de su libertad; empero, las premisas que sustentan su disenso, resumidas en que desde su criterio sí cumple con los requisitos legales para acceder a tal sustituto penal si se diera preponderancia a su proceso resocializador, no se hallan

edificadas en algún argumento que permita evidenciar la efectiva existencia de defectos especiales en las referidas providencias, que en esa medida, habiliten un pronunciamiento en esta sede constitucional y determinen cuál es la irregularidad que da lugar al amparo pretendido.

En ese orden, advierte la Sala respecto de la actuación desplegada por parte del ente accionado, JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, que fue debidamente sustentada en orden a lo que, a juicio de la funcionaria respectiva, no procedía la libertad condicional; es decir, debido a la gravedad del delito por el cual fue emitida sentencia condenatoria; labor no ejecutada de manera mecánica sino ceñida a los lineamientos del artículo 64 de la ley penal, analizados en armonía con decisiones jurisprudenciales, sólo que, consideró la juzgadora, no se hacía posible conceder el sustituto por la gravedad del ilícito, lo cual se sobrepone a la conducta que haya podido adoptar por el sentenciado al interior del penal. Tal decisión, dicho sea de paso, pese a contar con los recursos de ley, no fueron accionados por el actor, lo cual se torna en una razón más para la improcedencia de este mecanismo constitucional.

En esas condiciones, la autoridad que vigila la condena, es precisamente la competente para adoptar las decisiones que tengan lugar en la fase ejecutiva de la pena, como en el presente evento supone serlo la concesión de la libertad condicional y, en ese sentido, no pueden simplemente impugnarse sus decisiones ante el juez constitucional, so pretexto de mostrarse

la parte inconforme con lo decidido en esa instancia, cuyos argumentos, inclinaron la balanza hacia la gravedad de las conductas por las cuales fue sentenciado en observancia de los fines de la pena como son la prevención general y retribución justa.

Lo anterior, por cuanto la acción de tutela frente a providencia judiciales, no sólo ha de abarcar la configuración íntegra de una serie de presupuestos genéricos que determinan su procedibilidad, sino, además, el actor ha de invocar la causal o causales específicas en las que cifra la anomalía o defecto que presenta la decisión cuestionada, sin que de manera alguna ello se circunscriba a acudir a un simple ejercicio de disenso, a manera de tercera instancia, lo cual, insístase, desvirtúa el carácter de subsidiariedad inherente al mecanismo de amparo.

Además, contraría el principio de independencia judicial que permea la actividad jurisdiccional, en cabeza de cada funcionario y en las diferentes especialidades, las cuales constituyen la vía ordinaria para desatar cada litigio o controversia; de ahí que, no le esté dado al juez constitucional invadir la órbita exclusiva de la respectiva especialidad, como la que representa en el evento *sub exámine* la sede de ejecución de penas, al no tratarse el mecanismo de tutela, del escenario propicio para debatir en cuanto a legítimas interpretaciones y criterios sentados por los funcionarios judiciales en sus decisiones.

Ahora bien, el Juzgado accionado rechazó de plano en oportunidad posterior, idénticas peticiones de libertad condicional elevadas por el señor Zuluaga Henao y para resolver

la inquietud del actor, se advierte que una vez resuelta de fondo una petición de libertad condicional, solo es posible obtener un pronunciamiento posterior sobre la procedencia del subrogado cuando existan nuevas circunstancias que lo ameriten. Por ejemplo, el paso considerable del tiempo contado desde el último auto que denegó el subrogado, constituye un aspecto novedoso que habilita una decisión de fondo sobre la procedencia del mecanismo liberatorio, siempre y cuando el aspecto indispensable para resolver la solicitud sea la evolución favorable del tratamiento penitenciario.

En este caso, sin embargo, aunque la autoridad accionada no valoró el comportamiento del condenado en reclusión desde la última negativa de la libertad condicional, a fin de ponderarlo con los demás requisitos establecidos en el artículo 64 del C.P., lo cierto es que la razón que la llevó en una primera oportunidad a negar el subrogado fue la valoración negativa de la conducta punible, presupuesto que no ha cambiado en virtud del tratamiento penitenciario.

Cabe advertir que cuando se resolvió de fondo la petición de libertad condicional, la juez ejecutora no puso en entredicho el adecuado proceso de resocialización del condenado ni el cumplimiento del factor objetivo, señalando, entre otras cosas, que la negativa de la libertad condicional se debía exclusivamente a la valoración negativa de la conducta punible.

Desde ese punto de vista, vale la pena recordar los siguientes apartes de la decisión radicado T 109896 del 28 de abril

de 2020, donde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un caso parecido al que hoy nos ocupa, señaló:

“si se analizan las razones que llevaron a negar el subrogado en la primera oportunidad, se constata que lo fue por la gravedad de la conducta, atendidas las consideraciones consignadas en las sentencias, situación que no cambia en virtud del tratamiento penitenciario. Por eso, hizo bien el juzgado accionado en remitirse, para negarla, a lo entonces expuesto, bajo la consideración de que los motivos no habían variado.”

Y en la sentencia T-107533 del 19 de noviembre de 2019, esa misma Corte expuso:

“De otra parte, esta Corporación advierte prima facie que razón le asiste al tribunal a quo al haber negado la protección deprecada por el promotor de la acción, toda vez que la negativa del Juzgado de Ejecución de Penas de El Santuario se cimienta en la sentencia C-757 de 2014, donde el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, luego de analizar, confrontar y ponderar el contenido del artículo 30 de la Ley 1709 con el orden jurídico legal y constitucional interno, declaró “EXEQUIBLE la expresión ‘previa valoración de la conducta punible’ contenida en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, en el entendido de que las valoraciones de la conducta punible hechas por los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para decidir sobre la libertad condicional de los condenados tengan en cuenta las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional.

Confrontado lo citado en precedencia con las razones aducidas por la funcionaria judicial, para negar a XXX la libertad condicional, se advierte que aquélla, frente al requisito relacionado con la «valoración de la gravedad de la conducta punible», respetó el marco fáctico y jurídico que sobre esa particular temática se plasmó en la sentencia condenatoria proferida en su contra el 24 de enero de 2017 por el Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de Antioquia, donde se consideró grave su actuar delictivo al hacer parte de la organización criminal “La Maquea”, al servicio del “Clan

del Golfo”, dedicada al microtráfico de estupefacientes y homicidios selectivos en los municipios de Santafé de Antioquia, Sopetrán y San Jerónimo.

Entonces, en tanto que la juez vigilante de la pena aplicó en debida forma los supuestos normativos y criterios jurisprudenciales antes reseñados, sus decisiones –en las que se concluyó que el señor XXXX debe continuar con el tratamiento penitenciario intramural–, lejos están de ser catalogadas de arbitrarias, caprichosas o desconocedoras de los derechos y garantías del penado.

Lo anterior quiere decir también que ese argumento que sirvió de sustento para la decisión adoptada el 17 de enero de 2019, se mantuvo para el momento en que el demandante presentó nuevas peticiones de otorgamiento de libertad condicional y no afectó para nada el criterio jurisprudencial vigente sobre el cual esa funcionaria negó el subrogado, siendo irrelevante que el factor objetivo eventualmente hubiese sido satisfecho.

Así mismo, se sigue que no se justificaba un nuevo pronunciamiento de fondo por parte del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario; de ahí que, a través de proveídos del 6 de junio y 6 de septiembre de 2019, decidiera estarse a lo resuelto en la providencia citada en precedencia”.

Este criterio acogido por la alta Corte, permite afirmar que el auto de rechazo in limine, dictado por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, es razonable y no permite afirmar que esas providencias sean irregulares al abstenerse la Juez de valorar el comportamiento carcelario del condenado desde la última vez que le denegó la libertad condicional, para ponderarlo con los demás aspectos que trae el artículo 64 del Código Penal, entre ellos, la valoración de la conducta por la cual fue condenado.

Ese auto que rechazó de plano la nueva petición

de libertad condicional, es de trámite respecto del cual no proceden los recursos de ley.

En consecuencia, como la decisión de rechazar de plano la solicitud de libertad condicional reiterada por el actor, está soportada en criterios de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, se descarta su irregularidad por manera que no queda camino distinto que denegar el amparo constitucional solicitado.

Con todo, ningún fundamento válido, de orden legal ni constitucional le asiste al sentenciado JORGE ALEISON ZULUAGA HENAO para acudir ante el juez de tutela, al tratarse de un asunto que ya había sido objeto de debate en sede de la ejecución de su condena y donde en modo alguno dimanar irregularidades o defectos con relevancia constitucional que viabilicen este mecanismo de amparo.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva, **DECLARA IMPROCEDENTE LA TUTELA** promovida por el señor JORGE ALEISON ZULUAGA HENAO,

contra el JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA y el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA, en procura de la protección de su garantía fundamental al debido proceso.

De no impugnarse la presente decisión, **SE DISPONE** remitir la actuación ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *Decreto 2591 de 1991, artículo 31.*

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica
PLINIO MENDIETA PACHECO

Firma electrónica
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

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

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Nº Interno : 2021-1687-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Accionante : Jorge Aleison Zuluaga Henao
Accionado : Juzgado Segundo de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de
Antioquia y otro

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

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

Código de verificación:

42d7f391b0209de0a661c980ec3964de2de9dbcf721161ac067c47c92
49e86d7

Documento generado en 09/11/2021 06:15:27 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

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

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

N° interno : 2021-1613-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05 756 31 04 001 2021 00115
Accionante : José Alejandro Naranjo Carmona
Accionada : NUEVA EPS
Decisión : **Confirma**

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 134

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala la sentencia de tutela proferida por el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO SONSÓN (ANT.), por medio de la cual se concedió la tutela de las garantías fundamentales invocadas por el señor JOSÉ ALEJANDRO NARANJO CARMONA; diligencias que se adelantaron en contra de la NUEVA EPS.

ANTECEDENTES

Los hechos objeto de la presente tutela fueron resumidos por el *A quo* de la siguiente manera:

“Manifiesta la accionante, que labora al servicio del municipio de Sonsón, desde el año 2001, se encuentra afiliado al

sistema de seguridad social integral en la NUEVA EPS, COLPENSIONES y la A.R.L. COLMENA; desde el año 2017 su salud se ha visto afectada, y a partir del 10 de julio de 2017 ha estado incapacitado en forma continua; recibió atención médica por parte de MEDIMÁS EPS y por la NUEVA EPS; de los exámenes realizados, le fue diagnosticado: trastorno de los discos intervertebrales, artrosis y cervicalgia.

Agrega, que a partir del 01 de diciembre de 2020, por asignación del Ministerio de Salud y Protección Social, fue trasladado de MEDIMÁS a la NUEVA EPS, MEDIMÁS procedió al reconocimiento y pago de las incapacidades desde el 26 de septiembre hasta el 30 de noviembre de 2020.

Manifiesta que en reiteradas ocasiones ha solicitado a la NUEVA EPS, por el aplicativo del cargue de las incapacidades, que se le haga el reconocimiento de las incapacidades desde el 01 de diciembre de 2020 al 08 de febrero de 2021, pero la EPS indica que por ser prorrogas era necesario el envío de las incapacidades y otros documentos, por esta situación le fueron enviados a la NUEVA EPS, dos derechos de petición por parte del municipio solicitando el reconocimiento y pago; la NUEVA EPS, dio respuesta, indicando que la incapacidad 6742513 se encontraba en trámite, luego de hacer la averiguación con la dirección de talento humano del municipio de Sonsón, manifiestan que dicha incapacidad fue cancelada por la NUEVA EPS a nombre del señor LUIS ALBERTO PATIÑO GALLEGO, pero a su nombre no registra ningún pago.

Consecuente del no reconocimiento y pago de sus incapacidades médicas desde el 01 de diciembre de 2020 al 08 de febrero de 2021, se le están afectando sus derechos al mínimo vital, a la dignidad humana, a la igualdad, a la seguridad social y salud en conexidad con la vida; finalmente, aclara que esta acción de tutela la presenta como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, toda vez que en la actualidad no ha recibido el pago de las incapacidades que le adeudan, lo que afecta a su grupo familiar”.

Por los hechos expuestos, el señor Juez de instancia declaró procedente la acción de tutela promovida por el señor José ALEJANDRO NARANJO CARMONA, en contra de las entidades accionadas y, en consecuencia, dispuso:

PRIMERO: TUTELAR el Derecho al MÍNIMO VITAL, DIGNIDAD HUMANA, IGUALDAD, LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA SALUD EN CONEXIDAD CON LA VIDA., en favor del accionante Sr. JOSÉ ALEJANDRO NARANJO CARMONA; en contra de la NUEVA EPS.

SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS que en el término cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, proceda a pagar lo debido por concepto de incapacidades al ciudadano JOSÉ ALEJANDRO NARANJO CARMONA, correspondientes del 01 al 31 de diciembre de 2020, del 01 al 31 de enero de 2021 y del 01 al 08 de febrero de 2021, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Para el efecto, deberá i) comunicarle de forma efectiva y clara al señor JOSÉ ALEJANDRO NARANJO CARMONA que, si aún no lo ha hecho, se acerque a la entidad bancaria a solicitar la entrega del valor de las incapacidades reclamadas en su escrito de tutela; y, ii) dejar en la entidad financiera, a disposición del solicitante dichas sumas de dinero, hasta que se efectúe el retiro efectivo de las mismas. De lo anterior deberá la entidad accionada informar a este despacho sobre el cumplimiento de la orden impartida, so pena de incurrir en desacato.

(...)

Dicha decisión fue impugnada por el apoderado de la NUEVA EPS, señalando que ha sido desatendido el principio de inmediatez en esta oportunidad pues el actor pretende el pago de unas incapacidades correspondientes al año 2020, lo cual evidencia que en modo alguno su mínimo vital se encuentra comprometido y así habilitar el mecanismo constitucional de la acción de tutela, en su lugar, cuenta con la vía laboral.

Sobre el particular, cita decisiones como la T-314 de 2018, de la Corte Constitucional en que se identifica el principio de inmediatez como requisito de procedibilidad, es decir, que la acción de tutela debe interponerse en un tiempo razonable en relación con el acto que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales.

Refirió así mismo, a la Sentencia T-1028 de 2010 donde misma Corte señaló que la razonabilidad del plazo no puede determinarse a priori, lo que se traduciría en la imposición de un término de caducidad o prescripción prohibido por el artículo 86 de la Constitución, sino de conformidad con los hechos de cada caso concreto.

Por virtud de lo expuesto, frente al caso bajo examen concluyó el recurrente que no existe inmediatez y mucho menos afectación al mínimo vital del accionante, a más de que previo al pago de sus incapacidades era su deber transcribirlas y radicarlas en la EPS, diligencia que no agotó.

Según lo expuesto, solicita revocarse el fallo de primera instancia y negar la solicitud de amparo.

Corresponde en ese orden a la Magistratura adoptar decisión de segundo grado, conforme a las circunstancias expuestas y en punto a la impugnación propuesta por la parte accionada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico que debe resolver la Sala se contrae a determinar si la acción de tutela impetrada por el señor JOSÉ ALEJANDRO NARANJO CARMONA, mediante la cual busca el pago de unas incapacidades generadas desde el día 1º de diciembre de 2020 hasta el 8 de febrero de 2021, cumple con los requisitos de procedencia que habilitarían a este juez constitucional

a estudiar el fondo del asunto.

Conforme a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y de los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, la acción de tutela es el mecanismo de protección constitucional de los derechos fundamentales, del cual puede hacer uso cualquier ciudadano cuando se vulneren o amenacen tales derechos por parte de una autoridad pública, o de un particular, en los casos previstos por la ley, mecanismo que tiene como finalidad que jurídicamente y de manera inmediata y eficaz se protejan los derechos. Por ello, se consagró un procedimiento especialmente ágil.

De la acción de tutela sólo puede hacer uso el afectado, cuando, analizado el caso concreto, no tenga a su alcance otro mecanismo legal de protección oportuna para su derecho, o de tenerlo, se encuentre en la hipótesis de peligro irremediable que hace inviable la acción así formalmente se cuente con ella, caso éste último en el cual la tutela se presenta como mecanismo transitorio de protección mientras se acude a la vía legal ordinaria.

Para que la acción de tutela prospere, es necesario analizar en cada caso los siguientes aspectos:

- 1. Que el derecho cuya protección se demanda sea derecho fundamental.*
- 2. Si ha sido vulnerado o amenazado el derecho cuya protección se demanda, incluso otros derechos fundamentales no citados por el accionante.*

3. *Cuenta el afectado con otros medios de defensa judicial, idóneo y efectivos que le permitan proteger debidamente el derecho vulnerado o amenazado.*
4. *En el evento de contar con mecanismos de defensa diferentes a la tutela, se encuentre en la hipótesis de perjuicio irremediable que hace posible la acción como mecanismo de protección transitoria.*

Además, tal y como lo ha establecido la H. Corte Constitucional, el examen de subsidiariedad de la acción constitucional debe establecerse a partir de un análisis exhaustivo del panorama fáctico que sustenta la pretensión de amparo. Así mismo, en lo que respecta a las tutelas impetradas para el pago de incapacidades ha señalado la mencionada Corte en Sentencia T-333 del 2013,

“(…) que debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgredan derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.¹

¹ Al respecto, indica la sentencia T- 311 de 1996 (M.P. José Gregorio Hernández) que “el no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”. La sentencia C-065 de 2005

En el caso concreto, la Sala considera que es procedente la acción de tutela formulada por el señor NARANJO CARMONA respecto del pago de incapacidades derivadas de su estado de salud, generadas desde el día 1/12/2020 hasta el 8/02/2021, como quiera que acudió al presente recurso de amparo con la debida inmediatez.

En este sentido, sostiene el recurrente que desde el mes de febrero de 2021, el actor dejó transcurrir un tiempo considerable para acudir a este mecanismo constitucional, lo cual desdice que la omisión de la NUEVA EPS en el pago aludido haya afectado su mínimo vital, de ahí que el mecanismo idóneo para defender sus derechos fundamentales lo sea el proceso laboral.

Sin embargo, las críticas del representante judicial de la entidad obligada carecen de alguna entidad para demeritar el fallo bajo examen por las siguientes consideraciones.

Una de las sentencias aducidas por la parte inconforme, sentencia T-314 de 2018, de la Corte Constitucional es clara al señalar que *el principio de inmediatez como requisito de procedibilidad, exige que la acción de tutela sea interpuesta en un tiempo*

se pronunció en el mismo sentido, al explicar que el derecho al trabajo en condiciones dignas implica, además de la posibilidad de trabajar, la de “no verse forzado a laborar cuando las condiciones físicas no le permitan al trabajador seguir desempeñándose en su labor”. Advirtió el fallo, entonces, que permitirle al trabajador hacer un receso en sus labores por razones de salud, sin asegurarle una remuneración equivalente a la que obtendría de estar en pleno uso de sus facultades físicas equivale a forzarlo a trabajar en condiciones contrarias a la dignidad humana. Sobre el mismo asunto pueden revisarse, también, las sentencias T-404 de 2010 (M.P. María Victoria Calle) y T-154 de 2011 (Luis Ernesto Vargas).

razonable en relación con el acto que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Cuando el juez advierte que entre el momento de presentación de la acción y la ocurrencia del acto que conculcó los derechos alegados, transcurrió un lapso de tiempo considerable, este debe analizar los motivos por los cuales se presentó la inactividad del accionante, en tanto es inconstitucional otorgarle un término de caducidad a la acción, o rechazarla únicamente con fundamento en el paso del tiempo.

En esas condiciones no puede desconocerse que desde el mes de febrero de 2021, hasta la fecha de presentación de esta acción constitucional transcurrieron aproximadamente nueve meses, sin embargo, en modo alguno la parte afectada se mantuvo inactiva durante ese lapso temporal, durante el cual optó por agotar en sede administrativa las reclamaciones pertinentes, con ayuda de su empleador, en aras de lograr el pago de los salarios generados durante el tiempo que ha venido incapacitado.

Prueba de lo anterior, es lo afirmado por el señor José Alejandro en los hechos objeto de demanda de tutela, al referir que,

“...en reiteradas ocasiones se le ha solicitado a la Nueva Eps el reconocimiento de las incapacidades del 1 de diciembre de 2020 hasta el 8 de febrero de 2021, a través del cargue de incapacidades por la APP de la Nueva Eps, donde me indicaron que por ser prorrogadas era necesario el envío de las incapacidades, ante tal situación se enviaron dos derechos de petición por parte del Municipio de Sonsón, solicitando el reconocimiento.

La NUEVA EPS, dio respuesta al derecho de petición indicando que la incapacidad 6742513 se encuentra en trámite, al respecto consulte con el Municipio de Sonsón, y en la Dirección de Talento Humano me dan soporte que ésta fue cancelada al Municipio por la Nueva EPS a nombre del señor LUÍS ALBERTO PATIÑO GALLEGOS; a mi nombre, de las incapacidades relacionadas anteriormente, no se registra ningún pago.

En dicho contexto, dentro de la documentación aportada por el señor Naranjo Carmona se evidencia que el Municipio de Sonsón, a través de su alcalde, mediante petición del 30 de marzo de 2021, solicitó el pago de las incapacidades generadas al trabajador, hasta el 8 de febrero de 2021, y de ello, según se extrae de los anexos de ese libelo, fue aportada su historia clínica y las respectivas incapacidades; actuar reiterado en escrito dirigido a la misma NUEVA EPS el 24 de mayo de 2021. Sin embargo, en única respuesta del 29 de mayo siguiente, la aseguradora del riesgo en salud, solo advierte que

“...la situación fue revisada detalladamente, por consiguiente, le notificamos que la solicitud de pago de la (s) incapacidad (es) N° 6742513 emitida (s) a nombre del (a) usuario (a) NARANJO CARMONA JOSÉ ALEJANDRO identificado (a) con cédula 70724628, se encuentra en trámite bajo número consecutivo VO-GRC-DPE-1536342. (...)

Así pues, en consideración a las decisiones jurisprudenciales citadas por el mismo impugnante, es lo cierto que el paso del tiempo desde el mes de febrero de 2021, fecha hasta la cual no se había presentado el pago oportuno de las incapacidades reclamadas por el señor José Alejandro, no obedece a alguna desidia a él achacable para acudir a este escenario constitucional, por el contrario es clara su labor emprendida ante la misma NUEVA EPS para buscar una solución ante la falta de pago de esos rubros. Es precisamente dicho escenario el que deber ser analizado por este fallador, sin fincarse de manera automática en el paso del tiempo para acudir a la acción de tutela por parte del afectado, pues siendo llamado a valorar las razones por las cuales ello ha sucedido, en concreto se hace palmario que tal dilación obedeció a que el empleado acudió en primer momento a la NUEVA EPS a

través de su APP para buscar el pago de los dineros adeudados, y, así mismo, mediante peticiones presentadas por su empleador a la misma entidad promotora de salud, en las cuales se incluyó tanto la historia clínica como las incapacidades generadas, sin obtener una solución concreta y de fondo al respecto, pues la EPS solo refirió que el asunto se encontraba en estudio.

Y por supuesto que la omisión en el pago oportuno de las citadas incapacidades, afectan el mínimo vital del actor dado que en primer lugar, aún se encuentra bajo tratamiento por razón de las enfermedades que padece, denominadas TRASTORNO DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES, ARTROSIS Y CERVICALGIA, como lo ratificaron los documentos presentados en la acción de tutela. Y, así mismo, no es de soslayar respecto del señor accionante, que el tiempo durante el cual ha dejado de cancelar el dinero por concepto de incapacidad, significa la privación de los recursos económicos que destinaba a satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, debido a la imposibilidad física para desempeñar su oficio, tal y como se indica en el expediente.

En cuanto al reconocimiento y pago de las incapacidades, la Corte Constitucional, en Sentencia T-980 de 2008 instó a las entidades del SGSSI, a tener en cuenta que quienes reclaman el pago de esas prestaciones son sujetos vulnerables, merecedores de un trato especial de parte de las entidades a cuyo cargo está el reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales y económicas que materializan el derecho fundamental a la seguridad social.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala, en armonía con lo considerado por la juez de primera instancia, no encuentra razón alguna para el retraso en el pago de las incapacidades del accionante por parte de la NUEVA EPS, cuyo representante judicial apenas con ocasión de esta acción constitucional opone como excusa para no cubrir el pago de las prestaciones correspondientes a dicha entidad, la falta de radicación de una epicrisis, máxime cuando en realidad, dada la situación del actor, se le está causando un perjuicio irremediable, pues ha dejado claro desde los hechos que fundamentaron su acción constitucional que es un trabajador que, al igual que su núcleo familiar, dependen exclusivamente del salario que devenga.

Así las cosas, la decisión objeto de estudio será confirmada en cuanto al amparo de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela objeto de impugnación, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de según grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica
PLINIO MENDIETA PACHECO

Firma electrónica
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

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

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal

N° Interno : 2021-1613-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 756 31 04 001 2021 00115
Accionante : José Alejandro Naranjo Carmona
Accionadas : NUEVA EPS

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

**939a2937d5893a65976034a4ff9d1974a598a1107622ced97b64c9e21
349c724**

Documento generado en 10/11/2021 01:23:41 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Acta N° 134

N° Interno : 2021-1754-4 - 1ª Instancia.
Accionante : Heriberto Gallo Machado
Afectado : Yordan Alexander Tamayo Vásquez
Accionadas : Juzgado Promiscuo del Circuito de
Ituango y otros
Decisión : Inadmite por falta de legitimidad.

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

En lo referente a la actuación que pretende desplegar el Dr. HERIBERTO GALLO MACHADO, dentro de las presentes diligencias, en calidad de APODERADO DEL SEÑOR YORDAN ALEXANDER TAMAYO VÁSQUEZ, **NO SE ADMITE** su postulación dado que no aporta el poder especial y específico para la presentación de esta acción constitucional en contra del Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango y otros.

En efecto, no resulta suficiente aseverar que viene actuando como defensor público del señor Tamayo Vásquez, dentro del proceso seguido en contra de éste por el delito de Violencia intrafamiliar, para habilitar su participación en la misma calidad en este escenario; mucho menos sería viable admitir su participación como agente oficioso, habida cuenta que el supuesto afectado, a más de encontrarse en libertad y dado su estado físico o mental, no se desprenden razones que justifiquen la intervención de un tercero en defensa de sus derechos fundamentales.

Nº Interno : 2021-1754-4
Accionante : Heriberto Gallo Machado
Afectado : Yordan Alexander Tamayo Vásquez
Accionado : Juzgado Promiscuo del Circuito de
Ituango y otros

Ha explicado la Corte Constitucional en decisiones como la Sentencia T – 995 de 2008, que “*la legitimación en la causa por activa en los procesos de acción de tutela se configura (i) del ejercicio directo, es decir, quién interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; **(iii) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo;** y (iv) por medio de agente oficioso.*

Criterio reiterado de manera pacífica en decisiones de la Sala de Casación Penal, en sede constitucional, como la proferida en auto del 6 de octubre de 2021, bajo radicado 119278:

Resulta claro que la postura de la Corte Constitucional ha sido pacífica respecto de declarar la falta de legitimación en la causa por activa, en aquellos eventos en los cuales se presenta una carencia de poder especial para formular acción de tutela por conducto de apoderado judicial y cuando la calidad de agente oficioso no se expresa y no se demuestra.

Por lo tanto, se itera, la acción constitucional presentada por el doctor HERIBERTO GALLO MACHADO, **SE INADMITE**, otorgándosele el plazo de DOS (02) DÍAS a partir de la notificación de este auto, a fin de que presente el poder especial que le hubiese conferido el señor YORDAN ALEXANDER TAMAYO VÁSQUEZ para promover la presente acción de tutela.

Nº Interno : 2021-1754-4
Accionante : Heriberto Gallo Machado
Afectado : Yordan Alexander Tamayo Vásquez
Accionado : Juzgado Promiscuo del Circuito de
Ituango y otros

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

Firma electrónica

PLINIO MENDIETA PACHECO

Firma electrónica

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 002 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Nº Interno : 2021-1754-4
Accionante : Heriberto Gallo Machado
Afectado : Yordan Alexander Tamayo Vásquez
Accionado : Juzgado Promiscuo del Circuito de
Ituango y otros

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

**bca6adc58f4aaa48786fbc03f46dcffa96d85ffd0cf4a041e934b8
bfab2a6d3**

Documento generado en 10/11/2021 01:23:56 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

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

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

Radicado : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento
Decisión : Revoca parcialmente

Proyecto discutido y aprobado en sesión del 10 de noviembre de 2021. Acta N° 134

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía frente a la decisión proferida por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, Antioquia*, el día 20 de mayo de 2021, a través de la cual rechazó los peritos Felipe Restrepo Naranjo, Paula Andrea Martínez Hernández e inadmitió el investigador Juan Eddy Velásquez, en desarrollo de la audiencia preparatoria, al interior de la actuación que se sigue en contra del señor RUBÉN ALONSO BARRERA MONTOYA, por el supuesto delictivo de *Acceso carnal violento*.

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

ANTECEDENTES

En la sesión de audiencia preparatoria realizada el 20 de mayo de 2021, entre otras pruebas la fiscalía solicitó en calidad de prueba pericial el testimonio de la psicóloga Paula Andrea Martínez Hernández, adscrita a la Clínica León XIII de la ciudad de Medellín, encargada de atender a la menor J.A.B durante los días que estuvo hospitalizada (17 al 19 de junio de 2019) y respecto de ella realizó valoración psicológica. En efecto, daría cuenta la aludida profesional de los métodos y técnicas utilizadas, observaciones en torno al estado mental de la menor y sus conclusiones generales, información que se encuentra consignada en la documentación suministrada por la clínica.

En cuanto al testimonio del pediatra Felipe Restrepo Naranjo, señala, es quien atendió a la menor durante su estadía en la Clínica León XIII, entre el 17 y el 19 de junio de 2019, y por tal razón referirá a los protocolos utilizados por él, la anamnesis de la menor frente a lo sucedido, su análisis y respectivas conclusiones. En ese orden, dará cuenta de cómo observó a la menor, cómo ingresó a la clínica y cuáles fueron los hallazgos en la niña.

Así mismo, fue solicitado el testimonio del profesional Juan Eddy Velásquez Zapata, quien presentó informe de investigador de laboratorio de fecha 10 de septiembre del 2020, además de confrontación dactiloscópica entre las impresiones dactilares que obran en el registro decadactilar de la Fiscalía General de la Nación, a nombre de Rubén Alonso Barrera Montoya,

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

con las impresiones dactilares existentes en el informe de consulta web de la Registraduría Nacional del estado civil a nombre de Rubén Alonso Barrera Montoya, a partir de lo cual se establece que se trata de la misma persona.

Al respecto, señaló la señora fiscal que dicho investigador realizó el informe de plena identidad del procesado, lo cual es relevante para el tema de prueba en esta oportunidad.

Otorgado el uso de la palabra al señor defensor y así pronunciarse sobre la exclusión rechazo o inadmisión probatoria, en cuanto al testimonio del pediatra Felipe Restrepo Naranjo asevera la inexistencia de un informe pericial alusivo a los hallazgos respecto de la menor y las conclusiones a las cuales arribó dicho profesional, pues se conformó la fiscalía con entregarla integrada a una carpeta, más no se ocupó de buscar la producción de un informe base de opinión pericial por parte del médico.

En cuanto al testimonio de la psicóloga Paula Andrea Martínez Hernández, refiere asimismo que en modo alguno fue anunciado un informe base de opinión pericial como lo exige el artículo 415 de la ley procesal penal, de ahí que la consecuencia sea también su rechazo probatorio, en la medida que no ha sido ni será descubierto, tal como se desprende desde el mismo escrito de acusación.

Finalmente, en cuanto al testimonio del investigador Juan Eddy Velásquez, advierte, es una información inútil en la medida que tratándose de quien aludiría a la plena

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

identidad del procesado, comporta un hecho sujeto a estipulación probatoria. Así mismo, no tendría ningún sentido que dicha persona acudiera al juicio oral a declarar sobre la captura del procesado lo cual carece de conexidad con el tema de debate.

DECISIÓN CONFUTADA

La señora juez refiere al artículo 405 de la ley 906 de 2004, para recordar que la prueba pericial es procedente en el caso de requerir valoraciones que requieren conocimientos científicos, técnicos, entre otros. En ese orden de ideas, el artículo 415 ibídem, dispuso que toda declaración del perito debe estar precedida de un informe base de opinión pericial cuyo contenido debe ser dado a conocer a las demás partes con al menos cinco días de anticipación a la audiencia pública.

Recuerda asimismo, que la existencia de la aludida pieza debe ser anunciada desde la audiencia de formulación de acusación y en ese sentido, considera que los profesionales Felipe Restrepo Naranjo y Paula Andrea Martínez, no pueden ser decretados como peritos, a más de que no existe su informe base de opinión pericial emitida por cada uno de ellos.

En cuanto al investigador Juan Eddy Velásquez, señala que su declaración referiría a un hecho ya estipulado con la defensa, es decir, la plena identidad del procesado, tratándose de quien declarararía acerca de la confrontación de las huellas dactilares de dicha persona que reposan en la Registraduría Nacional.

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

Considera por lo tanto, tal solicitud probatoria se torna repetitiva e inútil.

FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

La fiscalía, en cuanto al testimonio del perito Felipe Restrepo Naranjo, afirma, se trata de un profesional de la salud quien atendió a la menor víctima entre el 17 y 19 de junio de 2019. En igual sentido, la Dra. Paula Andrea Martínez Hernández, en calidad de psicóloga atendió a la infante y de ello no hubo ningún sorprendimiento a la defensa puesto que la historia clínica en la cual participaron los anteriores profesionales le fue dada a conocer sin ningún obstáculo, en la cual consta la intervención de cada uno de aquellos y los cuidados brindados a la niña en la clínica León XIII.

Insiste en que el interés en la práctica de dichos testimonios obedece a la necesidad de establecer su valoración sobre el estado de la menor, la atención que le brindaron, por qué se la brindaron, las condiciones en que llegó la menor, tal como lo autoriza el artículo 412 de la ley procesal penal, a fin de presentar su concepto en audiencia.

Señala así mismo, busca la participación de dichos peritos para declarar sobre sus hallazgos en torno al estado de la menor, qué escucharon de ella, qué analizaron durante sus tres días de estadía en la clínica León XIII, y de tal forma presentar su informe en audiencia.

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

Aclara igualmente que en momento alguno buscó la incorporación de la historia clínica a través de los mencionados peritos pues, advirtiendo que también fue descubierta desde la acusación, de lo que se trata es que dichos profesionales narren en audiencia lo percibido por ellos, lo cual no representa un sorprendimiento a la contraparte, pues de su intervención también se le advirtió desde el escrito de acusación y la audiencia respectiva.

Frente al investigador Juan Eddy Velásquez, aclara, la única estipulación relacionada con él alude a que el señor Rubén Alonso Barrera Montoya se identifica con cédula de ciudadanía 71.175.539, de ahí que considere relevante escuchar a la mencionada persona en torno a su actividad de confrontación de huellas dactilares del procesado con las obrantes en la Registraduría Nacional puesto que es diferente el que se le haya asignado un cupo numérico a su plena identificación.

Así las cosas, solicita se escuchen como testigos peritos al pediatra Felipe Restrepo Naranjo, psicóloga Paula Andrea Martínez y el investigador Juan Eddy Velásquez.

NO RECURRENTE

DEFENSA:

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

Dice el señor defensor que el rechazo de los testigos aludidos obedeció a la ausencia de un informe base de opinión pericial que los respaldara como peritos, elemento indispensable de acuerdo a la sentencia SP2709 de 2018, de la Corte Suprema de Justicia; mucho menos el aludido documento fue enunciado desde la fase procesal destinada para ese fin. Además, no sería necesario incorporar la historia clínica de la menor.

En todo caso considera que la recurrente no atacó en debida forma lo decidido por la instancia pues trajo a colación argumentos de pertinencia, cuando de lo que se trata es de atacar las razones por las cuales el juez se apoyó en lineamientos del artículo 415 de la ley procesal penal, canon que exige para la prueba pericial un informe base de opinión, del cual insiste, ni se le anunció en el escrito de acusación, ni le fue dado el respectivo traslado, como sí sucedió respecto de la médico legista Angie Marcela Taborda Carvajal, adscrita al Hospital de San Antonio de Cisneros quien elaboró valoración sexológica a la menor.

Respecto al señor Juan Eddy Velásquez, recalca, lo estipulado fue su plena identidad, entendida como su nombre y cupo numérico asignado por la Registraduría Nacional y por lo tanto es un hecho sustraído del debate probatorio, bajo el entendido que de lo que ya se trata es de un hecho ya probado.

Solicita en ese orden de ideas, se confirme la decisión de primera instancia.

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico que se abordará enseguida, acorde al disenso ejercido por la Fiscalía frente a la decisión de instancia, alude a establecer si asistió razón a la A quo al rechazar como testigos peritos al pediatra Felipe Restrepo Naranjo y la psicóloga Paula Andrea Martínez, al no estar sus declaraciones, según la defensa, precedidas de un informe base de opinión pericial, e igualmente, si asistió razón a la funcionaria de instancia cuando inadmitió el testimonio del investigador Juan Eddy Velásquez, sin que representara utilidad alguna al proceso.

La audiencia preparatoria es, dese luego, el escenario en que las partes, Fiscalía y defensa, solicitan el decreto de las pruebas necesarias para estructurar su tesis de cargo o de descargo, respectivamente. El juez, en efecto, actúa como director siendo propio de su función velar por el respeto del debido proceso, labor que tiene lugar desde el mismo momento en que sabe identificar los conceptos necesarios para decidir si hay lugar a las solicitudes probatorias de las partes; solo de ello dependerá una decisión clara que permita el impulso procesal, de cara a la realización de la audiencia de juzgamiento.

En cuanto a la procedencia de la prueba y los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad la Sala de Casación Penal en decisiones como la proferida el 5 de mayo de 2019, bajo radicado 55042 explicó:

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

“La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que quien solicita un medio de convicción tiene la obligación de argumentar la petición en debida forma, con señalamiento claro de su objeto, es decir, lo que se busca verificar con su práctica y mostrar la utilidad para el esclarecimiento del tema de debate.

[...]

[...] como reiteradamente lo ha indicado la Sala, se considera que una prueba es conducente cuando su práctica es permitida por la ley como elemento demostrativo para que el funcionario judicial forme su juicio sobre la materialidad de la conducta investigada o la responsabilidad del procesado. Es pertinente, cuando guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento y, además, resulta apta y apropiada para demostrar un tema de interés en el trámite [...] y finalmente, es útil cuando reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario.

[...]

De ahí, que existe la carga procesal de quien formula la pretensión probatoria de determinar con claridad los hechos que el sujeto procesal pretende demostrar o desvirtuar con su práctica, y el vínculo que tienen con el objeto de investigación, presupuestos que le permitirán al funcionario judicial realizar el juicio de valor sobre pertinencia, conducencia y utilidad (CSJ AP7510-2016, rad. 37395).

Y desde ese mismo espacio preparatorio de la audiencia de juzgamiento, es imprescindible analizar si las evidencias pueden ingresar al juicio porque han superado el tamiz de licitud y legalidad, de acuerdo a los lineamientos fijados por la cláusula general de exclusión desarrollada por el artículo 29 de la Constitución Política, cuyo inciso final señala que es *nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*. Así por ejemplo, en sentencia del 5 de junio de 2019, radicado 54.151, la Sala de Casación penal ha contextualizado esa normativa de la

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

siguiente manera:

“(…) comporta un límite cardinal al poder punitivo que se vincula con las ideas de Estado de derecho y juridicidad de sus actos y de intangibilidad de las garantías esenciales del ciudadano, así como implica la sanción de inexistencia jurídica para aquél medio de convicción aprehendido y/o practicado con total desconocimiento de las reglas legales de producción, práctica y aducción –ilegalidad- o con violación de las garantías fundamentales –ilicitud-.

Tal postulado, asienta sus raíces en la vigencia del Estado liberal, la protección de la dignidad humana, el debido proceso y la legalidad, de tal modo que están proscritos todos aquellos métodos encaminados a obtener el conocimiento judicial a través del menoscabo de la voluntad e integridad del individuo.

Esto, debido a que la ruptura del sistema normativo penal por parte del infractor no puede ser conjurado por las autoridades estatales acudiendo también a prácticas lesivas del ordenamiento que dice proteger, so pretexto de combatir la criminalidad y la impunidad.

(…)

Lo deseable, de este modo, es que, el ejercicio de valoración probatoria esté precedido de un examen de licitud y legalidad en términos de producción y aducción respecto de cada elemento de conocimiento –primario o subsidiario-, de tal suerte que, solamente, aquellos que superen ese escrutinio puedan ser objeto de análisis judicial.”

En esta oportunidad, aunque la defensa se opuso a los testimonios del pediatra Felipe Restrepo Naranjo y la psicóloga Paula Andrea Martínez, bajo el tamiz del artículo 346 de la ley procesal penal que dispone el rechazo del elemento probatorio como sanción por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento, lo cierto es que tal postulación comporta en

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

realidad un problema de legalidad de la prueba de cara al debido proceso probatorio, que según fue expuesto debe ser atendido en la confección de la prueba pericial, conforme al artículo 415 de la ley 906 de 2004, y a partir del cual, según lo advertido por ese sujeto procesal, es imprescindible que el perito elabore un informe base de opinión de cara a su declaración en juicio.

No obstante, desde ya se anunciará que en modo alguno asiste razón a la primera instancia, al otorgarle la razón a la defensa, accediendo en efecto al rechazo de dichos testigos peritos, dado que en realidad su participación en juicio fue anunciada incluso desde el escrito de acusación, luego carece de fundamento su rechazo.

Ya desde el punto de vista de su legalidad en modo alguno se convierte en requisito *sine qua non* para su participación como perito en el debate oral, una base de opinión previa, pues como en forma clara lo dilucida el artículo 412 de la ley 906 de 2004, se le faculta para presentar de manera previa el informe base de opinión pericial o en la misma audiencia pública, posibilidad ésta validada así mismo en decisiones de la H. Corte Suprema de Justicia, como es la emitida bajo radicado 25920 del 21 de febrero de 2007:

“El informe pericial (artículo 415 Ley 906 de 2004) es la base de la opinión pericial, generalmente expresada por escrito, que contiene la ilustración experta o especializada solicitada por la parte que pretende aducir la prueba. Este informe debe ser puesto en conocimiento de las otras partes por lo menos con cinco (5) días de anticipación a la audiencia pública; y cuando se obtiene en la fase investigativa, se sujeta a las reglas de descubrimiento y admisión en la audiencia preparatoria (artículo 414 ibídem). Sin embargo, es

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

factible también que el informe pericial se rinda en audiencia pública, cuando así se solicita por la parte interesada (artículo 412 ibídem)”.

En igual sentido, y de manera posterior, la decisión proferida por la misma Corporación, el 14 de septiembre de 2009, en el proceso con radicado 31.981:

“En efecto, el recurrente con solo citar el contenido descontextualizado del artículo 415 de la Ley 906 de 2004, concluye que en todos los casos de testimonio de peritos se hace menester allegar con 5 días de antelación a la celebración de la audiencia de juicio oral, un informe que contenga “la base de la opinión” requerida por quien pretende hacer valer a su favor la prueba.

Sin embargo, está claro que ello no es así, pues, expresamente el artículo 412 ibídem consagra:

“Comparecencia de los peritos a la audiencia. Las partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubieren rendido, o para que los rindan en la audiencia.” (las subrayas no pertenecen al original).

En complemento de ello, el artículo 416 de la misma obra, estatuye:

“Acceso a los elementos materiales. *Los peritos, tanto los que hayan rendido informe, como los que sólo serán interrogados y contrainterrogados en la audiencia del juicio oral y público, tendrán acceso a los elementos probatorios y evidencia física a que se refiere el informe pericial o a los que se hará referencia en el interrogatorio”.* (resalta la Sala)

Inconcuo surge, de lo transcrito, que los peritos pueden concurrir a la audiencia tanto para sustentar el informe previamente presentado, como para rendirlo allí, de lo cual se deriva que ninguna irregularidad existe, en principio, cuando el perito no presenta el informe o resumen previo, si lo que se busca es precisamente hacerlo concurrir a la audiencia para que allí, sometido a interrogatorio y contrainterrogatorio, realice esa tarea.

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

No observa la Corte, porque nada dice al respecto el demandante, en dónde reside la ilegalidad de que no se presentase previo informe, de cara a lo que la normatividad contextualizada consagra.

Y esa conclusión no puede extractarse de lo que argumenta el recurrente, dado que se limita a transcribir el artículo 415 de la Ley 906 de 2004 y automáticamente concluir que se registró ilegal la actuación, en verdadera petición de principio que ningún sustento contiene.

Tan ostensible carencia de fundamentación llevaría por sí misma a la inadmisión del cargo”.

Postura reiterada en forma reciente en auto penal de la misma instancia, radicado 55.542, del 29 de julio de 2020:

“El recurrente se queja también de que el otrora apoderado descubrió «una prueba pericial, cuando es sabido que lo que debió mencionar fue la base de opinión pericial como elemento material».

Con este reparo es él, y no el anterior defensor, quien incurre en imprecisiones.

En efecto, quien representó a GONZALO ALBERTO SALAZAR en la audiencia de preparación del juicio explicó que pretendía hacer valer como prueba el testimonio del psiquiatra forense Óscar Armando Díaz Beltrán con los propósitos fundamentales de dar explicaciones sobre los «comportamientos conductuales notorios de este tipo de conductas» y de «controvertir los informes presentados por los peritos de la Fiscalía General de la Nación». En ese entendido, es claro que no reclamó su participación como un experto que hubiera intervenido en el caso concreto, sino como uno que acudiría a la vista pública para dar su opinión calificada sobre una temática especializada.

Precisamente, la Ley 906 de 2004 distingue entre los expertos que han realizado actividades concretas en el caso examinado de los que, sin haber conocido del mismo, participan en el juicio para elucidar determinadas ideas o conceptos

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

técnicos, científicos o artísticos relevantes para la solución de la controversia desde sus respectivas áreas de conocimiento.

Así, el artículo 412 de esa codificación prevé que los peritos pueden ser convocados a la vista pública «para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en la audiencia», mientras que el artículo 416 ibídem refiere a los peritos «que hayan rendido informe, como (a) los que sólo serán interrogados y contrainterrogados en la audiencia del juicio oral y público».

Precisamente por lo anterior, la Sala tiene admitido de tiempo atrás que

«...los peritos pueden concurrir a la audiencia tanto para sustentar el informe previamente presentado, como para rendirlo allí, de lo cual se deriva que ninguna irregularidad existe, en principio, cuando el perito no presenta el informe o resumen previo, si lo que se busca es precisamente hacerlo concurrir a la audiencia para que allí, sometido a interrogatorio y contrainterrogatorio, realice esa tarea».

[10: CSJ AP, 14 sep. 2009, rad. 31981. En igual sentido, CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920.]

Así las cosas, ningún reparo merece el comportamiento del anterior defensor de SALAZAR CORREA en cuanto no descubrió el reclamado informe base de opinión pericial, por la sencilla razón de que la presencia del médico Óscar Armando Díaz Beltrán en el juicio tenía por objeto, precisamente, que diera su opinión profesional en esa diligencia”.

Así las cosas, ninguna duda queda respecto a la posibilidad de permitir que el testigo perito presente su informe de opinión pericial en la misma audiencia de juicio oral, lo que está dilucidado de manera expresa por el artículo 412 de la ley procesal penal y así lo ha recabado la Sala de Casación Penal en las decisiones antes citadas, en las cuales se analizó un asunto

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

idéntico al aquí propuesto.

Es que precisamente los profesionales antes citados, darán cuenta de sus percepciones y conclusiones plasmadas en la historia clínica de la menor, durante el tiempo que estuvo hospitalizada en la clínica León XIII y fue atendida por ellos, lo cual, dicho sea de paso, no se surtirá de manera aislada sino que ello ocurrirá de consuno con las aserciones que al respecto presente la médico legista Angie Marcela Taborda Carvajal, adscrita al Hospital de San Antonio de Cisneros, donde fue atendida inicialmente la víctima, profesional que sí emitió una valoración sexológica y cuya intervención como perito fue decretada por la judicatura.

En uno y otro evento, lo cierto es que no obstante respecto del pediatra y la psicóloga que asistirán al juicio en calidad de peritos, no emitieron un informe base de opinión pericial previo, según lineamientos del artículo 415 de la ley procesal penal, ello no comporta la ilegalidad de esa probanza, mucho menos que haya de rechazarse, en la medida que lo pretendido por la fiscalía es viable a todas luces desde el punto de vista del debido proceso probatorio, y con fundamento, según ya se expuso, en el artículo 412 ibídem, del cual no existe obstáculo alguno para su aplicación de la manera como es pretendido por la delegada del ente acusador.

Ahora bien, en torno al testigo JUAN EDDY VELÁSQUEZ ZAPATA, inadmitido por la primera instancia por razones de utilidad, habrá de recordarse en primer lugar, en qué consistió

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

la estipulación probatoria relacionada con la identidad del procesado Rubén Alonso Barrera Montoya:

“que se llama Rubén Alonso Barrera Montoya y que se identifica con la cédula 71175379 como hecho probado que no admitirá discusión en juicio. Esa estipulación así planteada por la defensa, si accede mi estimada fiscal, solo eso, que se identifique con ese número de cédula y que ese es su nombre”.

No obstante lo anterior, la fiscalía solicitó como testigo perito al investigador Juan Eddy Velásquez Zapata, basándose en los siguientes argumentos:

“por último el testimonio del investigador JUAN EDDY VELASQUEZ ZAPATA presentó informe de investigador de laboratorio de fecha 10 de septiembre del 2020, confrontación dactiloscópica entre las impresiones dactilares, que obran en el registro decadactilar de la fiscalía general de la nación, a nombre de Rubén Alonso Barrera Montoya, con las impresiones dactilares existentes en el informe de consulta web de la Registraduría Nacional del Estado Civil a nombre de Rubén Alonso Barrera Montoya, se establece que se identifican entre sí en su morfología y ubicación exacta de los puntos característicos, la pertinencia Doctora radica en que este profesional realizó el informe de plena identidad por lo que tiene un conocimiento directo del mismo, pues el perito es testigo de los hechos o datos a partir de los cuales emite su opinión, los cuales en sí mismos son relevantes para tomar la decisión, bien porque tengan el carácter de hechos jurídicamente relevantes o de hechos indicadores, en este caso los hechos jurídicamente relevantes es que se trata del señor Rubén Alonso Barrera Montoya”

Desde este punto de vista, razón le asiste al A quo al inadmitir el testimonio del aludido investigador, puesto que se torna irrelevante la información que pueda surtirse a partir de la información que pueda aportar frente a las huellas tomadas al procesado y confrontadas con las que se encuentran en la

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

Registraduría Nacional, en consideración a que la única finalidad de tal actuar se orientó a establecer que se trata precisamente de Rubén Alonso Barrera Montoya y no de otra persona, lo que se encuentra ya debidamente despejado y sustraído del debate oral a través de la estipulación probatoria antes señalada, a partir de la cual es posible concluir que el procesado es efectivamente el señor Barrera Montoya identificado como quedó en el referido consenso.

Además, ha sido igualmente decantado por la Sala de Casación Penal en decisiones como la emitida el 13 de marzo de 2019, bajo radicado 48368, que *“Si bien es cierto que el artículo 128 del Código de Procedimiento Penal del 2004 consagra la obligación para la Fiscalía de “verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales”, también lo es que dicha exigencia debe cumplirla desde que inicia investigación.*

En esas condiciones, luego de individualizado el presunto responsable es que el ente acusador acude al juez de control de garantías en aras de adelantar audiencias preliminares como es el caso de la de formulación de imputación y por lo tanto, *“...el tema de la llamada plena identidad no tiene por qué representar objeto de prueba para el juicio”, puesto que en este [SPOA] desde las mismas audiencias preliminares debe estar el procesado individualizado o identificado en forma concreta para evitar problemas de homonimia (CSJ AP4435-2014, rad. 40663) (Subrayado fuera de texto).*

Corolario de lo que viene señalándose, se revocará el proveído de instancia, por medio del cual se accedió a la solicitud de rechazo probatorio propuesta por la defensa, para en su lugar admitir en calidad de peritos, al pediatra Felipe Restrepo

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

Naranjo y la psicóloga Paula Andrea Martínez Hernández.

De otro lado, la decisión que inadmite el testimonio del investigador Juan Eddy Velásquez Zapata se confirmará, en consideración a que su testimonio resulta irrelevante para el esclarecimiento de los hechos, a más de que la identidad del procesado ya fue objeto de estipulación probatoria.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión adoptada en sede de primera instancia por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, Antioquia*, el día 20 de mayo de 2021, en desarrollo de la audiencia preparatoria, a través de la cual accedió a la solicitud de la defensa de rechazar los testimonios en calidad de peritos, del pediatra FELIPE RESTREPO NARANJO y la psicóloga PAULA ANDREA MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, al interior de la actuación que se sigue en contra del señor RUBÉN ALONSO BARRERA MONTOYA, por el supuesto delictivo de *Acceso carnal violento*, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva. En su lugar se admiten los referidos profesionales en la calidad solicitada por la delegada del ente acusador.

SEGUNDO: SE CONFIRMA lo decidido en torno

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

a la inadmisión del testimonio del investigador JUAN EDDY VELÁSQUEZ ZAPATA, por lo expuesto en la parte motiva.

En consecuencia, **SE NOTIFICA** en estrados la presente decisión de segundo grado, a cuyo efecto **SE SIGNIFICA** que frente a la misma no procede recurso alguno.

Por último, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala sean retornadas las diligencias ante el Juzgado de origen, en punto a que se proceda con la audiencia pertinente.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

**Firma electrónica
PLINIO MENDIETA PACHECO**

**Firma electrónica
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

**Firma electrónica
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Firmado Por:

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

Radicado N° : 2021-0836-4
Auto (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 051 90 6000 270 2019 00042
Acusados : Rubén Alonso Barrera Montoya
Delitos : Acceso carnal violento

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

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

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

Código de verificación:

752e0e4cfe69fdd830597fccdb92fd8b2d9b6baae20765ba6703c87a2
b46c5fe

Documento generado en 10/11/2021 01:23:18 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

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

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

Radicado : 2021-0686-4 (Auto Ley 600 2ª instancia).
CUI : 05 000 31 07002 2016 01248
Acusados : Carlos Mario Mejía Parra
Delito : Concierto para delinquir agravado
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 134

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la defensa del sentenciado CARLOS MARIO MEJÍA PARRA, frente al auto interlocutorio proferido por el *Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia*, que data del *1º de septiembre de 2020*, a través del cual se le denegó la prisión domiciliaria.

Radicado N° : 2021-0686-4 (Auto Ley 600 2ª instancia).
CUI : 05 000 31 07 002 2016 01248
Acusado : Carlos Mario Mejía Parra
Delito : Concierto para delinquir agravado

2. ANTECEDENTES

El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas e Seguridad de Antioquia vigila la ejecución de la pena de TREINTA Y OCHO (38) MESES DE PRISIÓN que impuso al señor CARLOS MARIO MEJÍA PARRA el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, como autor del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, en sentencia del 2 de noviembre 2017, proferida bajo el sistema procesal de la ley 600 de 2000. Se le otorgó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena previsto en el artículo 7º de la Ley 1424 de 2010, por un periodo de prueba de 19 meses, que comenzó descontarse cuando el condenado suscribió el acta de compromisos respectiva, es decir, a partir del 10 de noviembre de 2017.

Mediante el auto interlocutorio No 2267 del 22 de julio de 2019, el Juzgado executor revocó al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la pena otorgada en el fallo porque incumplió la obligación de retornar al país en la fecha que se le indicó, luego de habersele dado un permiso para abandonarlo temporalmente; decisión confirmada por esta Sala Penal, el 23 de octubre de 2019.

A través del auto del 14 de enero de 2020, se ordenó expedir la respectiva orden de captura en contra de este sentenciado, e iniciar proceso de extradición de que tratan los artículos 512 y ss. del C. de P. Penal. En efecto, se ofició al Ministerio del Interior y de Justicia para que allí procedieran con lo

Radicado N° : 2021-0686-4 (Auto Ley 600 2ª instancia).
CUI : 05 000 31 07 002 2016 01248
Acusado : Carlos Mario Mejía Parra
Delito : Concierto para delinquir agravado

de su competencia, ya que en este momento el sentenciado se encuentra prófugo de la justicia residenciado en otro país.

El defensor del señor Carlos Mario Mejía Parra solicitó ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia el otorgamiento de la prisión domiciliaria, por considerar que reúne los requisitos fijados por los artículos 38 de la ley 599 de 2000.

3. DE LA DECISIÓN IMPUGNADA.

El 1º de septiembre de 2020, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, luego de significar que era viable pronunciarse en esa sede respecto del sustituto reclamado pues no se ha adelantado su análisis en sede de conocimiento, negó la prisión domiciliaria al señor Carlos Mario Mejía Parra con fundamento en los artículos 38 y 38 B de la ley 599 de 2000, modificados por los artículos 22 y 23 de la ley 1709 de 2004, en cuyos requisitos se fija como factor objetivo para la procedencia de dicho sustituto, que la pena mínima fijada en la ley para la conducta punible no exceda de 8 años de prisión y no tratarse de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68 A de la ley 599 de 2000.

De ahí que, al remitirse la A quo a este último canon, haya establecido que el delito de Concierto para delinquir se encuentra en el abanico de conductas punibles por las cuales se impide la concesión de algún subrogado o sustituto penal, lo cual

Radicado N° : 2021-0686-4 (Auto Ley 600 2ª
instancia).
CUI : 05 000 31 07 002 2016 01248
Acusado : Carlos Mario Mejía Parra
Delito : Concierto para delinquir agravado

devino en la negación de la prisión domiciliaria que solicitara el señor Mejía Parra a través de su defensor.

4. FUNDAMENTOS DEL RECORRENTE

La defensa, luego de desviarse por argumentos alusivos a la libertad condicional y las razones por las cuales su prohijado actualmente se encuentra residiendo en España, señaló que de cara a los artículos 38 y 38B de la ley 599 de 2000, el señor Mejía Parra puede acceder a la prisión domiciliaria, puesto que la pena de 38 meses a él impuesta, es inferior al límite objetivo de ocho años, considerando que desde ese punto de vista no existe restricción legal alguna mucho menos que tenga cabida el artículo 68 A ibídem.

Así mismo, de acuerdo a la ley 1424 de 2010, de Justicia y Paz, estableció en su artículo 9, inciso 2º, que *“la aplicación de los subrogados y demás beneficios de justicia transicional previstos en esta ley para desmovilizados, se aplicarán de forma preferente a lo dispuesto en otras normas, sin atender al máximo de la pena que cabría imponer”*.

Por lo expuesto, solicita revocarse lo decidido en primera instancia, y en efecto, se le otorgue al señor Parra Mejía la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero dejar sentado que el problema jurídico que abordará la Sala, consiste en establecer si la decisión de negar la sustitución de la ejecución de la pena intramural por domiciliaria, proferida por el *Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia*, se fundamentó en los criterios legales definidos para el efecto.

Para resolver el anterior planteamiento debe recordarse en primer lugar que el señor Mejía Parra fue sentenciado el 2 de noviembre de 2017, bajo el sistema procesal de la ley 600 de 2000, por hechos sucedidos en el año 2007.

Para la época de los hechos, se encontraba vigente el artículo 38 de la ley penal, en los siguientes términos:

Artículo 38. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez competente, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (05) años de prisión o menos.

(...)

Ahora bien, para el momento de proferirse sentencia condenatoria el anterior canon había sido modificado por la ley 1709 de 2014, de la siguiente manera:

Radicado N° : 2021-0686-4 (Auto Ley 600 2ª instancia).
CUI : 05 000 31 07 002 2016 01248
Acusado : Carlos Mario Mejía Parra
Delito : Concierto para delinquir agravado

ARTÍCULO 38B. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA. <Artículo adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:>
Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

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.

(...)

En cuanto al aspecto objetivo alusivo al monto de la pena cuyo límite es exigido para la procedencia del sustituto de la prisión domiciliaria, no se ha generado discusión alguna en torno a que se trata del establecido desde la norma que tipifica la conducta punible, más no el identificado luego de su individualización, según lo entiende el señor defensor. Así lo ha decantando la Sala de Casación Penal, por ejemplo, en decisión del 28 de enero de 2015, radicado 44776:

Se equivocó, pues, el censor al advenir que su asistida reunía este presupuesto como consecuencia de haber sido condenada a 49 meses de prisión, toda vez que el monto de sanción definitivamente impuesto por el juzgador no es el parámetro señalado normativamente para determinar el cumplimiento o no del requisito de la prisión domiciliaria – como si ocurre con la suspensión condicional de la ejecución de la pena – sino, se recaba, la pena mínima prevista en la ley para cada delito.

Siendo así las cosas, si se tomara el artículo 38 original en consideración a que según el artículo 340 de la ley 599 de 2000, el delito de Concierto para delinquir agravado para la época de los hechos motivo de juzgamiento comportaba como

Radicado N° : 2021-0686-4 (Auto Ley 600 2ª instancia).
CUI : 05 000 31 07 002 2016 01248
Acusado : Carlos Mario Mejía Parra
Delito : Concierto para delinquir agravado

pena mínima 6 años, resulta palmario que al ser superior a los cinco años aludidos por dicha norma, impediría desde ese punto de vista la concesión del mentado sustituto penal.

Ahora bien, si lo pretendido por el apelante es la aplicación del presupuesto objetivo del artículo 38B, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 que, evidentemente resulta ser más benigno en cuanto a éste tópico se refiere, al prescribir como requisito una pena mínima inferior o igual a ocho años, en este escenario cobra vigencia el numeral segundo del mentado precepto, que en concordancia con el canon 68A actual, proscribire la posibilidad de reconocer el pluricitado beneficio a quienes hubieren sido sentenciados por injustos, entre otros, como el de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO:

“ARTÍCULO 32. *Modifícase el artículo [68A](#) de la Ley 599 de 2000 el cual quedará así:*

Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. *No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; **la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión**; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.*

*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**;*

(...)”

Radicado N° : 2021-0686-4 (Auto Ley 600 2ª instancia).
CUI : 05 000 31 07 002 2016 01248
Acusado : Carlos Mario Mejía Parra
Delito : Concierto para delinquir agravado

Según lo aduce el libelista, existe la posibilidad de acudir al artículo 38B introducido por la ley 1709 de 2014 y así tomar elementos de una y otra norma, a modo de *lex tertia*, propugnando por el otorgamiento de la prisión domiciliaria al sentenciado, sin que tenga cabida lo señalado por el artículo 68 A, lo cual no es viable pues se incurriría en una aplicación fragmentada de la norma, como lo explicara la misma Alta Corporación:

*“Ahora, como con acierto lo adujo el Tribunal, es claro que la pretensión del impugnante es crear una *lex tertia*, en la medida en que reclama la aplicación del 38B, según el texto de la Ley 1709 de 2014, pero con fragmentos normativos ajenos a ese cuerpo legal, esto es, contrastando la remisión del numeral 2° a la luz de un artículo 68A distinto al vigente para ese momento, lo que resulta abiertamente desacertado.*

La jurisprudencia de la Sala ha descartado, en estos casos, la creación de una tercera ley, no solo porque ello es labor propia del legislador, sino porque esa combinación desnaturaliza por completo la figura del beneficio o subrogado, termina contrariando su finalidad y violenta el principio de igualdad. Así lo ha puntualizado (CSJ SP2998-2014, rad. 42623):

[7: Postura reiterada, entre otras, en CSJ AP1684-2014, rad. 43209 y CSJ AP5599-2018, rad. 53899.]

*...no puede acudirse a una combinación inapropiada de requisitos de una y otra normas, porque si bien, la Corte ha aceptado en algunas ocasiones la posibilidad de aplicar la llamada *lex tertia*, ello opera en circunstancias muy particulares, también desarrolladas ya por la jurisprudencia de la Sala (CSJ SP, 3 sep. 2001, 16837), que refieren la posibilidad de realizar esa mixtura cuando los preceptos confrontados remiten a institutos, subrogados o sanciones diferentes, y no en los casos en que se busca aplicar un beneficio concreto a partir de tomar en consideración elementos disonantes de las diferentes normatividades en juego.*

Al respecto, señaló la Corte:

Radicado N° : 2021-0686-4 (Auto Ley 600 2ª instancia).
CUI : 05 000 31 07 002 2016 01248
Acusado : Carlos Mario Mejía Parra
Delito : Concierto para delinquir agravado

Lo importante es que identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, por ejemplo, no sería posible tomar de la antigua ley la calidad de la pena y de la nueva su cantidad, pues un tal precepto no estaría clara y expresamente consagrado en ninguno de los dos códigos sucesivos, razón por la cual el juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador. A esta distinción de preceptos para efectos exclusivos de favorabilidad (ella supone una ficción), de modo que hipotéticamente puedan separarse en su aplicación, contribuye, verbigracia, el espíritu del artículo 63 del estatuto vigente, según el cual el juez podrá suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad y exigir el cumplimiento de las otras (multa e inhabilitación), sin que por ello se convierta en legislador o renegado de la respectiva disposición sustantiva que obliga la imposición de las tres penas como principales y concurrentes, pues la decisión judicial no es norma sino derecho aplicado.”¹

Es pertinente el pronunciamiento citado porque tratándose del sustituto de la prisión domiciliaria, figura sometida a diversas modificaciones en el ordenamiento jurídico, no es viable crear vía interpretación judicial una nueva disposición compuesta por los aspectos más favorables de cada precepto normativo, pues finalmente la libertad de configuración es propia del legislador, encargado de crear las normas penales según criterios de política criminal.

En efecto, como se expuso en el aludido pronunciamiento, lo importante es que identificada una previsión normativa, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, de ahí que no sea viable acceder al pedido del recurrente en punto a tomar aspectos favorables a su defendido, del

¹ Auto interlocutorio del 26 de junio de 2019, Corte Suprema de Justicia, radicado 54.305.

Radicado N° : 2021-0686-4 (Auto Ley 600 2ª instancia).
CUI : 05 000 31 07 002 2016 01248
Acusado : Carlos Mario Mejía Parra
Delito : Concierto para delinquir agravado

artículo 38 de la Ley 599 de 2000, sin las modificaciones insertas por preceptos futuros, y de la ley 1709 de 2014, cuando se amplió el límite de la pena fijada en la norma a 8 años pero se incluyó el delito de Concierto para delinquir agravado en las excepciones consagradas en el artículo 68A para acceder a la prisión domiciliaria. Una y otra norma, comportan especiales características en cada sistema, de no ser así, otra hubiera sido la manera de construir el precepto normativo.

Queda entonces por señalar que esa postulación propia de la defensa, no puede prosperar porque de lo que se trata es de identificar cuál precepto normativo era el más favorable, bien sea el vigente al momento de los hechos, o el que rige en la época en que fue tomada la decisión bajo análisis; de ahí que en todo caso si se acudiera al artículo 38 de la ley 599 de 2000, en su expresión original y por ende sin modificaciones posteriores lo impediría su factor objetivo; ahora, si lo aplicaba junto con las modificaciones de la ley 1709 de 2014, indefectiblemente se activaban las exclusiones del 68A ibidem, luego tampoco implicaría una situación más favorable al señor Juan Carlos Mejía Parra.

De otro lado, mucho menos tendría para esta oportunidad alguna relevancia la Ley de Justicia Transicional, 1424 de 2010, que estableció en su artículo 9, inciso 2º, que *“la aplicación de los subrogados y demás beneficios de justicia transicional previstos en esta ley para desmovilizados, se aplicarán de forma preferente a lo dispuesto en otras normas, sin atender al máximo de la pena que cabría imponer”*.

Precisamente los lineamientos de dicha normativa fueron aplicados en la sentencia por el juez fallador,

Radicado N° : 2021-0686-4 (Auto Ley 600 2ª
instancia).
CUI : 05 000 31 07 002 2016 01248
Acusado : Carlos Mario Mejía Parra
Delito : Concierto para delinquir agravado

hasta el punto de haberle concedido al sentenciado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el que le fuera revocado de manera posterior por el incumplimiento de los deberes a los cuales se comprometió.

De lo que se trata en esta oportunidad es de la aplicación de la ley, de obligatoria observancia por parte del funcionario judicial, como es la tener en cuenta la imposibilidad de conceder la prisión domiciliaria por expresa prohibición del artículo 68 A de la ley penal y frente a lo cual el apelante no exhibió argumento alguno que indicara la necesidad de proceder de manera distinta, sin que fuera suficiente acudir en forma abstracta y general a la mencionada ley que en su momento sirvió para regular el marco dentro del cual se presentaría la desmovilización de distintos grupos al margen de la ley.

Siendo así las cosas, lo que impera es confirmar lo resuelto en primera instancia.

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

RESUELVE

Primero.- SE CONFIRMA de manera íntegra la decisión adoptada en sede primera instancia por

Radicado N° : 2021-0686-4 (Auto Ley 600 2ª
instancia).
CUI : 05 000 31 07 002 2016 01248
Acusado : Carlos Mario Mejía Parra
Delito : Concierto para delinquir agravado

el *Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia*, según la cual se denegó al enjuiciado JUAN CARLOS MEJÍA PARRA, la sustitución de la pena intramural por la domiciliaria, de conformidad con el *artículo 38B del Código Penal*; lo anterior, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva.

Segundo.- SE SIGNIFICA que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Tercero.- SE DISPONE retornar las diligencias al Juzgado de origen, a fin de que se continúe con el trámite inherente a la vigilancia y ejecución de la pena impuesta al señor MEJÍA PARRA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

**Firma electrónica
PLINIO MENDIETA PACHECO**

**Firma electrónica
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

**Firma electrónica
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Firmado Por:

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

**Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**

Radicado N° : 2021-0686-4 (Auto Ley 600 2ª
instancia).
CUI : 05 000 31 07 002 2016 01248
Acusado : Carlos Mario Mejia Parra
Delito : Concierto para delinquir agravado

**Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

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

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

Código de verificación:
8e73c8685f2583aedc836c5ecf2489e018fbe3cb6336703863860f5d277b9890
Documento generado en 10/11/2021 01:24:28 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**