

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



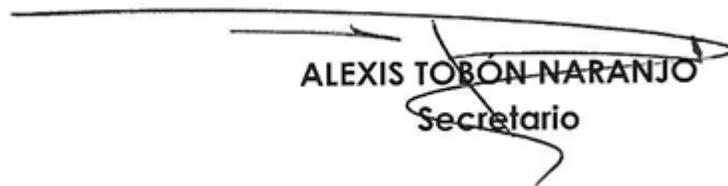
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 026

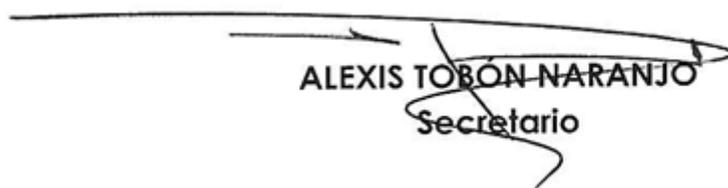
La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del parágrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2021-0219-2	Sentencia 2ª instancia	TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	JOHANA MARÍA PÉREZ RIVERA	Revoca sentencia de 1 instancia	Febrero 10 de 2022
2022-0096-4	Tutela 2ª instancia	Martha Luz González Restrepo	NUEVA EPS	Confirma fallo de 1ª instancia	Febrero 14 de 2022
2022-0042-5	Tutela 1ª instancia	Willinton José Torres Argumedo	Juzgado 2º de E.P.M.S. de Antioquia	concede recurso de apelación	Febrero 14 de 2022
2021-1942-5	Incidente de desacato	Pedro Miguel Vargas Gil	Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otro	Requiere al accionado	Febrero 14 de 2022
2022-0119-6	Tutela 1ª instancia	ANDRÉS YOVANY SÁNCHEZ FERNÁNDEZ	FISCALÍA 29 SECCIONAL APARTADO ANT Y OTROS	Concede derechos invocados	Febrero 14 de 2022
2021-1830-6	Sentencia 2ª instancia	TENTATIVA DE HOMICIDIO	NICOLÁS HERNANDO CUARTAS MUÑOZ	Confirma sentencia de 1ª instancia	Febrero 14 de 2022

FIJADO, HOY 15 DE FEBERO DE 2022, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

RADICADO: 05 101 60 00271 2020 00010
INTERNO: 2021-0219-2
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE
ESTUPEFACIENTES
ACUSADA: JOHANA MARÍA PÉREZ RIVERA
DECISIÓN: REVOCA DECISIÓN

Medellín, diez (10) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Aprobado Sala Mayoritaria según acta Nro. 014

1. ASUNTO

Corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la Fiscalía General de la Nación en contra de la decisión proferida el 14 de diciembre de 2020, por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar - Antioquia por medio de la cual se absolvió a la señora Johana María Pérez Rivera.

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

2. RESUMEN HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Estos se describen en la sentencia impugnada en los siguientes términos:

“En desarrollo de diligencia de registro y allanamiento, llevada a cabo el día 5 de julio de 2020, a las 12:50 horas en la carrera 47 No. 58-31 en el barrio El Manzanillo de Ciudad Bolívar Ant., se produjo la captura de la señora JOHANA MARÍA PÉREZ RIVERA, por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, luego de haber encontrado -75 gramos de marihuana- en el sótano de la vivienda-, así como cuarenta y cuatro (\$44.000) mil pesos, dinero en efectivo

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Capturada como fue la señora Johana María Pérez Rivera, fueron sometidos a audiencia preliminares concentradas de control de garantías el día 6 de julio de 2020 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciudad Bolívar (Antioquia), en las cuales fue legalizada la captura en flagrancia que había operado, igualmente se formuló imputación a la aprehendida como autora del delito de Tráfico, Fabricación O Porte De Estupefacientes, establecido en el artículo 376 inciso 1 y 2 del Código Penal, en la modalidad de “Conservar con fines de venta”, cargo que no fue aceptado. Acogiendo los planteamientos de la fiscalía, a la imputada se le impuso medida de aseguramiento de carácter preventivo en centro de reclusión.

El escrito de acusación fue radicado el 4 de septiembre de la anualidad anterior y la verbalización de los cargos se llevó a cabo el día 24 del mismo mes y año, en el Juzgado Penal del

Circuito de Ciudad Bolívar. La audiencia preparatoria se realizó el 28 de octubre de esa anualidad y el juicio oral se desarrolló el 9 de diciembre pasado, fecha en la que se emitió el sentido del fallo de carácter absolutorio.

El 14 de diciembre de la anualidad inmediatamente anterior se dio lectura a la sentencia que ahora se examina en su legalidad, merced a que la delegada del ente persecutor manifestó su inconformidad frente al cargo por el cual se le absolvió a la procesada y con oportunidad hizo la indispensable sustentación, cuyo trámite ha dado lugar al arribo del proceso a esta instancia judicial.

4. LA SENTENCIA APELADA

En la sentencia absolutoria venida en apelación, la Juez de primer grado registra los datos que permiten identificar a la acusada, realiza enseguida una breve reseña de los fundamentos fácticos y la actuación procesal, para luego adentrarse en el debate probatorio.

Seguidamente indicó que las partes por medio de estipulación dieron por acreditado además de la plena identidad de la procesada, el hecho de haberse indicado las características de la sustancia incautada, así como su peso, concluyéndose *“la sustancia incautada arrojó positivo cannabis y sus derivados en peso neto de 75 gramos”*.

Indicó la falladora en sus disertos que es indubitable, la acreditación de la materialidad del delito, esto es, la incautación de la sustancia alcaolide en el sótano de la vivienda de la señora Johana María Pérez Rivera, evidencia probada como hecho cierto a través de estipulación probatoria, con informe de investigador de campo, en el que se describieron las sustancias incautadas, su clase y el peso que arrojó -75 gramos de cannabis-.

Frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se capturó la procesada, manifiesta que los agentes captores y la misma ciudadana fueron explícitos en informar, que se dio luego de realizar el registro y allanamiento en la vivienda, con los hallazgos conocidos, sin embargo, no se logró demostrar la finalidad del delito endilgado, esto es, conservar con fines de venta.

Ello más allá de la información suministrada por los funcionarios de la SIJIN, no se tiene otra prueba que permita arribar a conclusión diferente, esto es, se encontró estupefaciente dosificado en el sótano de la vivienda, pero los policiales Sebastián Tabares Metaute y Diego Fernando Eraso Narváez, no presenciaron u observaron directamente que se realizara negociación alguna, como tampoco verificaron la venta del alcaolide, basándose exclusivamente en la información suministrada por Julio Alberto Henao Quintero, para solicitar sí, el registro y allanamiento.

Para la a-quo si bien ubicaron la vivienda señalada en el barrio El Manzanillo y obtuvieron información de personas, no identificadas, que les dijeron que allí se expendían sustancias, las mismas fueron fuentes anónimas, quedando su legitimidad a la deriva.

Analizó el testimonio rendido en juicio por el señor Julio Alberto Henao Quintero, quien expresó que es adicto a las sustancias alucinógenas y en una sola ocasión, cierto día en horas de la noche, -no precisó fecha- le compró a la señora Johana María dos baretos cada uno en cuantía de quince mil pesos (\$15.000), después no le volvió a vender esta sustancia porque en su decir, ella lo fildó de "sapo", es decir, de informante porque los uniformados iban a su vivienda. Esta venta sucedió al parecer un mes antes que se capturara a la dama.

Considera así la falladora primigenia que la captura de la señora Johana María no se realizó por haberse sorprendido en la venta de estupefacientes, sino porque conservaba sustancias, en el sótano de su casa, siendo menester demostrarse esa finalidad concreta, pues no basta con la declaración de aquel testigo que se acerca a la SIJIN, quien, sin razón alguna, en forma voluntaria y de un momento a otro adujo que una dama un mes atrás le vendió sustancias estupefacientes.

Basa su análisis pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal², acerca de la conducta de

² Radicados 51.204 enero 13 de 2019, 56574 del 29-01-2020, 51627 del 29 de abril de 2020, decisiones de la M.P. Doctora Patricia Salazar Cuellar y radicación 55471 del 28 de octubre de 2020, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, aclarando que la fiscalía debe demostrar el verbo rector correspondiente a la tipificación de la ilicitud contenida en el Art. 376 del C. Penal, siendo imperioso acreditar el propósito del agente que fuese sorprendido en dicha actividad, lo que se echa de menos en el presente caso, por cuanto la discusión en estos casos se debe enfocar en el tema de la finalidad con la cual porta o conserva la sustancia estupefaciente, que debe examinarse en sede de tipicidad como ingrediente subjetivo tácito, de tal suerte que, si ese propósito está orientado al consumo sin importar la cantidad, la conducta será atípica o cuando no se acredita el fin, el cargo va en declive a la pretensión del ente fiscal.

Para el efecto, tuvo en cuenta lo manifestado por la procesada, quien afirmó ser adicta a este tipo de sustancias psicotrópicas, informando cuando la capturaron hacía poco tiempo había salido de purgar una condena por similar conducta, saliendo resocializada, pues no quería volver a incurrir en otras ilicitudes y aunque alias "Minorca o Minorco" al igual que otras personas quisieron que ella continuara en la actividad ilícita y le solicitaron guardarles estupefacientes y armas en su vivienda, ella se negó a tal pedido, porque no quería volver a la cárcel, desconociendo cómo fue a parar en el sótano de su casa la sustancia que encontró el personal de la SIJIN ayudados de un canino. Si bien manifestó conocer al señor Julio Alberto Henao quintero, también señaló que no se dedica a vender estupefacientes en su casa.

Esgrime la falladora si bien son antagónicas las versiones del testigo de cargo, con la de la acusada, se cuestiona ¿cuál de las declaraciones tiene mayor peso, cual es más convincente para la judicatura? Respondiéndose en verdad la versión del ciudadano Julio Alberto constituye un hecho indicador, que al parecer la implicada ejercía una actividad ilícita, tales aseveraciones no fueron demostradas, entretanto no se allegó prueba que indicara que la sustancia incautada para la venta, argumento central que lleva a que se absuelva a la procesada, disponiéndose su libertad inmediata, siempre y cuando no fuera requerida por otra autoridad en asunto diferente, con sustento en lo dispuesto en el Art. 451 del C. de P. Pena,

5. LA APELACIÓN E INTERVENCIÓN DE LAS PARTES

5.1 La delegada fiscal 09 seccional como recurrente

La inconformidad expresada por la Fiscalía en el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo confutado, radica en proponer la tesis consistente en que el Juzgado de primer nivel no apreció en debida forma las pruebas allegadas al proceso, con las cuales, en sentir de la recurrente, el Ente Acusador sí logró derrumbar la presunción de inocencia que le asistía a la acusada, y por ende era procedente que en su contra se dictara un fallo condenatorio, acorde con los delitos por los cuales la procesada Johana María Pérez Rivera fue llamado a juicio.

En ese sentido, y para sustentar el recurso de alzada, la Fiscal recurrente invocó los siguientes argumentos:

El señor Julio Alberto Henao Quintero fue la persona que dio a conocer la ubicación del inmueble, así como el nombre de la persona que lo habitaba y que vendía las sustancias, información que fue verificada por los investigadores de la Sijín, en este caso, los patrulleros Sebastián Tabares Metaute y Diego Fernando Erazo Narváez, quienes verificaron la existencia del inmueble, en la carrera 47 No. 58-31, barrio Manzanillo, donde efectivamente vivía la señora Johana María, siendo enterados por personas del sector que al sitio llegaban personas extrañas, pero que ellos por miedo no denunciaban, algo lógico, ante la oleada de violencia que se presenta a diario relacionado con el tema de los estupefacientes.

Los antes investigadores llevaron a cabo la diligencia de allanamiento y registro, encontrando en dicho inmueble, en la sala, dentro de una cajita, la suma de cuarenta y cuatro mil pesos (\$44.000.00) en efectivo, y en el sótano, con la ayuda de un canino, bolsa blanca con cincuenta y dos (52) bolsas pequeñas, dosificadas, con sustancia vegetal, correspondiente a cannabis, como se estableció en el informe pericial presentado por el perito.

Considera la censora si bien el dinero no es en cantidad exorbitante, no tenía por qué estar en la sala de la residencia, en una caja, y en billetes de bajas denominaciones. En cuanto a la sustancia, que tampoco se trató de grandes cantidades,

fue hallada en un sitio poco usual, no habitado como lo indicó el patrullero Tabares Metaute, graduada, hallazgo que se obtuvo con la ayuda de un canino, contrario a como lo quiso hacer ver la procesada, al manifestar que fue ella quien les insistió a los policiales que entraran a ese sitio con el canino.

Tampoco le da credibilidad cuando la procesada manifestó que en uno de los paredones del sótano hubieran huecos, por donde cabe una mano, pues esa circunstancia no fue percibida por los patrulleros que realizaron el procedimiento, pues al contrario de ello, los gendarmes hicieron alusión que a dicho lugar se podía entrar por otro lado, en este caso una puerta, que estaba completamente sellada con una tabla y una malla, lo que coincide con el dicho de la persona investigada, más no con la posibilidad de que la sustancia hubiera sido dejada allí por otra persona, y a través de los presuntos espacios en el muro.

Reprocha el raciocinio develado por la a-quo cuando aseguró *“la información constatada por los agentes captores en tan sólo tres horas, del día anterior a la diligencia de registro y allanamiento, quedó circunscrita al mero plano de lo especulativo, no fue probada, pues no se verificó con otra fuente humana la manifestación suministrada por el informante Julio Alberto”*. Al respecto, no existe norma que indique que deban ser varias las personas que den la información, ni que establezca el tiempo en el que se deban llevar a cabo las labores de verificación de la información dada, en este caso no se trató de vigilancia de personas o de cosas, señaladas en los

artículos 239 y 240 del Código de Procedimiento Penal, sino de los motivos fundados establecidos en los artículos 220 y 221 de la misma normatividad, para la orden de registro y allanamiento.

Asevera no ser cierto que el testigo Julio Hernán hubiera recordado el nombre de la ciudadana porque así se lo hizo saber la Delegada Fiscal, si bien, por error involuntario, en el momento que se realizó una de las preguntas se aludió la sílaba “Yo ...”, no se terminó el nombre, y fue el señor Julio quien indicó: “me acordé del nombre, Yohana ...”, por lo que bien pudo haber hecho mención de otro nombre que sonara igual, como Yolanda, Yomaira, Yolima, entre otros, a quien describió en similar manera a lo plasmado en el arraigo, como blanca, bajita, dijo además que estuvo detenida por estupefacientes.

En este caso, la Fiscalía aportó medios de convicción que permitieron colegir destinada a la venta la cantidad de marihuana que conservaba la procesada, Johana María Pérez Rivera, lo cual se hizo con el testigo directo, señor Julio Alberto Henao Duque, que se presentó en juicio oral a confirmar su dicho, y con el testimonio de los investigadores que dieron a conocer los pormenores de la investigación por ellos adelantada y el resultado de la misma.

De igual manera adujo la recurrente que el Juzgado de primer nivel se equivocó al concederle credibilidad a la versión dada por la misma inculpada, pues es obvio que no iba a admitir que la información que se dio en su contra, que se verificó, y que posteriormente hubo un resultado positivo, era cierta, y por ello

aludió que no vendía droga, persona consumidora, de la cárcel había salido resocializada, desconocía cómo había llegado la sustancia hasta el sótano, cuando ella misma dijo haber tapado otra puerta de entrada que había al sitio, y que fue ratificado por los policiales; aunado a que conocía al señor Julio, que tenía una mujer "mudita", y sin embargo inquirió que ésta iba y le "decía" que si ella necesitaba bolsitas se las conseguía, se cuestionándose, cómo lo hacía?, si esta persona era sordo muda? como así también lo indicó el señor Julio Alberto en su deponencia.

Tampoco se puede exigir como lo hizo la juez de instancia que los investigadores observaran de manera directa la venta de estupefacientes, puesto que la conducta por la que se acusó fue bajo el verbo rector "conservar" con fines de venta, que fue lo que finalmente se demostró.

En razón de lo anterior, habiéndose demostrado, más allá de toda duda, la materialidad del hecho y la responsabilidad penal de la acusada, solicita se modifique la decisión de primera instancia, y en consecuencia se condene a la señora Johana María Pérez Rivera como autora del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, bajo el verbo rector "conservar" con fines de venta.

5.2 La defensa de la procesada como no recurrente

El representante judicial en mención indica que no le asiste razón al recurrente respecto de los argumentos de disidencia

presentados en contra del fallo de primera instancia, por cuanto las contradicciones que dice, se presentaron, no concurren.

Alega la delegada fiscal, en su recurso de apelación, el inconformismo por no dársele valor probatorio a su testigo, pues pretendía el ente acusador, dar credibilidad acerca de la conducta acusada, con la simple manifestación de una persona poco creíble, tanto en su actitud, como en su declaración en la audiencia de juicio oral.

Adujo la opugnante que, con el mencionado testigo, se pudo haber demostrado la conducta acusada, porque este manifestó haberse acercado a comprar en alguna oportunidad la sustancia para su consumo; pero este testigo no fue claro, toda vez que no precisó fechas exactas.

Al recurrente manifiesta que el testigo fue valiente en denunciar, toda vez que las demás personas que supuestamente consumían sentían temor por la oleada de violencia, pero este argumento se queda sin piso, en la medida que de entrada especula sobre el actuar de las autoridades, como si las personas no tuvieran confianza en ellas, además de no demostrar en juicio si quiera un asomo de miedo por la violencia.

Dice la delegada fiscal, que el dinero encontrado en la vivienda de la señora Johana María Pérez Rivera, indica el expendio de la misma, y todo por encontrarse en la sala de la vivienda, entonces, según la fiscalía, ¿cómo y en dónde debe estar el

dinero exactamente para que no sea considerado como sospechoso de ser producto de venta? Además de lo anterior, no compaginan la cantidad del dinero, con la sustancia incautada, si la droga y el dinero son producto de la venta, debió encontrarse más cantidades, tanto como de sustancia estupefaciente, así como de dinero.

La fiscalía acerca de los paredones del inmueble en donde se encontró la sustancia, expresa que no es posible unos huecos, y que eso no coincide con lo manifestado por los investigadores, pero sí acerca de la otra forma de entrar y la puerta sellada con una malla, entonces, ¿coincide con algo sí, y con algo no?, antes esto demuestra que la señora JOHANA MARÍA PÉREZ, siempre habló con sinceridad, pero además, las fotografías del informe y que se presentaron en juicio oral, no demuestra o no muestra el paredón en su totalidad, solo una parte, lo que indica que ese paredón si es como lo expresó la acusada en el juicio oral.

No es entendible, como la policía en un tiempo inferior a 24 horas, constata una supuesta Información, solo se basaron en el decir de una persona, pero nada más, incluso la señora JOHANA PÉREZ, manifestó, que ese día antes fueron personas a preguntar si ella vendía sustancias, situación que fue extraña para ella misma, pues siempre dijo haber dejado claro que ella ya no se dedicaba a eso; fue entonces, que luego llegaron los policías con la orden de registro y allanamiento, siendo atendida por la misma PÉREZ RIVERA, sin ningún ánimo de sospecha.

Indica la delegada fiscal que según el artículo 220 y 221 del CPP, son suficientes los motivos fundados basados en la declaración de una persona, que como quedó evidenciado en el juicio, rindió una declaración sospechosa, entonces, no son verdaderos motivos fundados la simple información de esa persona y menos en las circunstancias en las que se dio su recepción en la audiencia de juicio oral.

También indica la delegada fiscal, que el testigo Julio Alberto arriesgo su vida, toda vez que este y su familia estaba amenazados, pero esto no pasa más allá de lo especulativo, teniendo en cuenta que no se comprobaron ningún tipo de amenazas, reiterando además la declaración sospechosa en el juicio oral.

Para el no recurrente es importante tener en cuenta que para la demostración o efectiva materialización de esta conducta, la Fiscalía como encargada del poder punitivo del Estado, debe demostrar, todas aquellas circunstancias que rodean el delito, es decir, demostrar cada una de las situaciones que encajen en las categorías dogmáticas del delito, la sola conservación por sí sola no constituye el ilícito contemplado en el artículo 376 del Código Penal, la Corte Suprema de Justicia en distintos pronunciamientos, a saber las Sentencia 51204 de 2019 y sentencia 51627 de 2020, en los cuales exige el ánimo de venta de las personas capturadas, más no tanto la cantidad de sustancia incautada.

Entonces, de la prueba practicada en el juicio oral, no es dable afirmar que la señora JOHANA MARÍA PÉREZ RIVERA, si tuviese el ánimo de venta, además el dinero incautado no se compadece con quien sí efectivamente se esté dedicando a comercializar dicha sustancia.

Bajo el anterior análisis, no se dio por probada la materialidad de la conducta, con la prueba arrojada y valorada por la juez de primera instancia, por lo que solicita, se confirme la decisión de primera instancia.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

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

5.2. Problema jurídico

Es pertinente indicar que en virtud del principio de limitación y no reformatio in pejus, la Sala centrará su atención en la revisión de los aspectos impugnados y en consecuencia en aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto, sin que sea permitido agravar la situación del procesado ya que la defensa es apelante único.

De la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, se desprende que en su sentir el Juzgado de primer nivel incurrió en yerros en la apreciación del acervo probatorio, por cuanto con las pruebas aducidas al juicio por parte del Ente Acusador se lograron reunir los presupuestos exigidos por el artículo 381 del C. de P.P. para poder proferir una sentencia de carácter condenatorio en contra de la señora Johana María Pérez Rivera.

Para poder resolver el problema jurídico propuesto por la recurrente en la alzada, la Magistratura en un principio tendrá como hechos ciertos e indiscutibles, por estar plenamente acreditados con las pruebas allegadas al proceso, las que algunas de ellas fueron objeto de estipulaciones probatorias, los siguientes:

La celebración de una diligencia de allanamiento y registro en el interior de un inmueble ubicado en la carrera 47 N° 58 - 31 del barrio "Manzanillo" del municipio de Ciudad Bolívar, que arrojó como resultado el hallazgo de 74 gramos de una sustancia vegetal que luego de ser sometida a la PIPH, resultó ser positiva para marihuana o cannabis. De igual manera en dicha diligencia, en el sótano se incautó una bolsa blanca, los que a su vez contenían 52 bolsas plásticas transparentes resellables y también se incautan \$44.000 en billetes de baja denominación.

Los motivos fundados que dieron lugar para que la Fiscalía librara la orden de allanamiento y registro, tuvieron su génesis en la información que suministrara el señor Julio Alberto Henao

Quintero a los investigadores de la Policía Judicial, en el sentido consistente en que en el aludido inmueble una muchacha de nombre Johana, de tez blanca, bajita, delgada, narizona, cabello color negro, de unos 25 a 30 años de edad, quien salió hacía como un año de la cárcel por vender alucinógenos, vende sustancias estupefacientes, utilizando como modus operandi "Uno va hasta la casa de Johana, uno le toca la puerta y ella abre, lo hace entrar a la casa de ella y allá le vende el vicio"³.

La identificación del delator- Julio Alberto Henao Quintero- siempre fue conocida, por cuanto fue testigo de la Fiscalía General de la Nación, quien declaró en juicio oral sobre su condición de consumidor, además de aseverar haberle comprado marihuana a la procesada.

La captura en situación de flagrancia de la procesada Johana María Pérez Rivera por efectivos de la Policía Judicial, la que tuvo lugar porque se encontraba en el interior del inmueble en el que se practicó la diligencia de allanamiento y registro, en el cual, como se sabe se encontró un alijo de marihuana que arrojó un peso neto de 74 gramos.

La plena identidad de la procesada, quien responde al nombre de Johana María Pérez Rivera, identificada con la cédula de ciudadanía N° 32.135.238 expedida en Ciudad Bolívar, nacida el 12 de octubre de 1980 en Ciudad Bolívar, hija de Arcadio de Jesús y Martha Rocio, de ocupación recolectora de café,

³ Carpeta digital. Folio 26.

residente en Ciudad Bolívar en la Cra. 47 N° 58-31, barrio El Manzanillo.

Estando claro lo anterior, el tema de la controversia gira en torno a que no se probó que la procesada tenía la sustancia incautada para la venta, acorde con lo consignado en el fallo confutado *“lo trascendente, es llegar a la conclusión si la sustancia incautada se conservaba para la venta. Aspecto que no se acreditó y esa es la razón para que el Despacho al emitir el sentido del fallo anunciara ABSOLUCIÓN”*⁴.

Lo anterior fue refutado por la Fiscalía en la alzada, quien adujo que con las pruebas allegadas al proceso, entre ellas el testimonio del señor Julio Alberto Henao Quintero, pudo demostrar que la procesada era la misma persona a la que conoce por vender drogas, llegando a comprarle un mes atrás, en el mentado lugar, una bolsa de marihuana por valor de \$15.000. A lo que se le debía aunar que era digna de poca credibilidad, porque se trataba de una persona que acudió al proceso con el protervo y descarado propósito de querer favorecerse.

Frente a la anterior controversia, la Sala desde ya dirá que le asiste la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por la Fiscalía en lo que atañe con la denuncia de los yerros en los que incurrió en Juzgado de primer nivel cuando al momento de apreciar el acervo probatorio decidió otorgarle absoluta credibilidad a la procesada, como bien lo reclamó la apelante,

⁴ Sentencia de primera instancia, pág. 14

el testigo principal de la fiscalía, fue contundente al validar la labor de venta de alucinógenos que realiza Johana María.

De igual manera, la Sala no puede desconocer que el Juzgado de primer nivel erró cuando al valorar las pruebas adujo que con el testimonio absuelto por Julio Alberto la Fiscalía no logró demostrar que la procesada Pérez Quintero era la misma persona a quien el confidente señaló como "Johana" que vende vicio en el sector de manzanillo, el que como todos sabemos, según el decir del informante, era la directamente implicada en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes que se perpetraba al interior del inmueble posteriormente allanado.

Para poder arribar a la anterior conclusión, se torna fundamental que se tenga en cuenta lo siguiente:

De un análisis del testimonio rendido por el señor Julio Alberto Quintero Henao, se extrae que el deponente expuso en el juicio:

Fiscal: ¿Usted sabe porque se le citó a esta audiencia? ¿Por qué razón?

Testigo: Por estos problemas que nosotros tenemos con esta pelada que ustedes cogieron.

Fiscal: ¿Por favor me explica con qué muchacha?

Testigo: Con la pelada que cogieron, a esa pelada yo iba y le compraba vicio allá, le compre dos bolsitas nada más, y de ahí pa allá no me siguió vendiendo más que porque la policía llegaba donde mi y entonces yo era un sapo de la policía y eso no es así.

Fiscal: ¿Y quién es esa muchacha?

Testigo: Ella se llama, ella se llama como es que es, madre es que yo no se leer, no me acuerdo el nombre de ella.

Fiscal: ¿Y cómo es ella?

Testigo: Ella es blanquita, bajita, pelilarguita.

Fiscal: ¿Y dónde vive ella?

Testigo: En el manzanillo

Fiscal: ¿En qué parte de manzanillo?

Testigo: Por la calle vieja, se llama calle vieja por el manzanillo

Fiscal: ¿Usted puede explicar concretamente la residencia de la señora Yo..perdón de la señora que usted manifiesta?

Testigo: ella se llama Yohana, ya se me vino a la mente. La residencia de ella, así ahí una casita en un hueco, ahí un cafetalito ahí, ahí en toda la esquina vive ella, en una puerta blanca.

Fiscal: ¿Qué más características de la casa?

Testigo: la casa, la ventanita esta pintada como de rojo

Fiscal: ¿Al lado de la casa ahí otras casas o que ahí al lado de esa casa?

Testigo: Aquí al lado de la casa, ahí un cafetalito ahí

Fiscal: ¿Y usted por qué sabe que esta persona vive ahí?

Testigo: Como le digo yo a usted, yo desde pequeño he vivido en ese manzanillo, en casa de mi mamita, la mamita que murió, a nosotros nos levantaron desde muy pequeños allá, esa casa la mamá se la dejó a ella

Fiscal: ¿Y usted dice que le compró a ella dos bolsitas?

Testigo: Si madre, en dos veces, y no me volvió a vender más que porque yo era un sapo de la policía decía ella.

Fiscal: ¿Qué le compró en esas dos veces?

Testigo: Marihuanita

Fiscal: ¿Y cuánto valía esa marihuana?

Testigo: A 15 pesos me la vendía. Quince mil.

Fiscal: ¿Y usted porque dice que ella no le volvió a vender?

Testigo: Que porque la policía arrimaba a la casa mía a preguntarme a mí ahí cosas, ella decía que yo era un sapo que la aventaba a ella y eso no era así.

Fiscal: ¿Señor Julio usted esa información se la dio a alguien?

Testigo: Si, a la Sijin.

Fiscal: ¿Qué información les dio?

Testigo: Yo les dije a ellos que a nosotros no tienen amenazado, cuando yo vine acá a hablar. Ahí nos tienen amenazados a toda la familia, a la señora mía, al hijo y a todos.

Fiscal: ¿Quién lo tiene amenazado?

Testigo: Johana y ese pelao que le dicen "Minorco", que también está capturado acá con la vecina, con Johana.

Fiscal: ¿Y usted por qué conoce a Minorco?

Testigo: madre como le he dicho a usted, nosotros desde pequeño en ese Manzanillo.

Fiscal: ¿y que tiene que ver Minorco con Johana?

testigo: ellos también son de la misma vuelta, para vender drogas, todas esas vueltas, usted sabe que eso se habla así.

Fiscal: ¿usted dice que le compro dos veces a Johana, cuando fue eso?

Testigo: Antes de que la cogieran a ella, como al mes.

En el presente caso, se está en presencia de un testigo directo, que tenía conocimiento de las andanzas de la procesada, quien se dedica a la venta de sustancias alucinógenas, y tal afirmación la lanza, porque en un mes antes que la capturaran, en dos oportunidades se había acercado hasta su casa a adquirir marihuana, cada paquete por valor de \$15.000.

Ese mismo relato que suministró en la audiencia, en anterior oportunidad lo había exteriorizado ante agentes de la SIJIN de la Ciudad Bolívar quienes, ante la información detallada de aquel, realizaron allanamiento a la casa de la procesada, encontrando en el sótano de su propiedad, una bolsa blanca que en su interior contenía 52 papeletas de marihuana, tasada. Tal explicación fue dada por el agente de policía que participó en el procedimiento Sebastián Tabares Metaute.

En su deponencia el gendarme explicó acerca de las labores realizadas el día del allanamiento, significando que al llegar a la vivienda en la carrera 47 con calle 58-31 del barrio El Manzanillo fueron atendidos por la señora Johana María y al registrar el interior hallaron en la sala dentro de una caja la suma de Cuarenta mil pesos (\$44.000), correspondientes a un billete de \$20.000, uno de \$10.000 y los demás en billetes de \$2.000. Luego al inspeccionar el sótano de la casa, al cual ingresaron por unas escalares que dan acceso al mismo desde el interior, pasando por la cocina y una poceta, con la ayuda de un perro canino encontraron una bolsa que en su interior contenía 52 bolsas de cierre hermético con sustancia vegetal, es decir, debidamente

dosificadas, elementos materiales probatorios que embaló y rotuló para dejarse a disposición de la fiscalía respectiva.

Después de corroborar la información suministrada por el sicofante, informó que en compañía del policial Eraso Narvárez se desplazaron al sitio señalado por el informante y realizaron labores de vecindario, así como identificación de la casa señalada, además, de constatar si a dicha morada llegaban personas extrañas en horas del día o de la noche, pues decían que allí se vendía estupefacientes.

El deponente adujo que acudió a la Fiscalía con la finalidad que librarán una orden de allanamiento y registro, y que luego de obtener la orden, en compañía de otros policiales, procedieron a llevar a cabo la diligencia de allanamiento y registro en la carrera 47 con calle 58-31 del barrio El Manzanillo, siendo atendido por la señora Johana María, y al registrar el interior de la propiedad hallaron en la sala dentro de una caja la suma de Cuarenta mil pesos (\$44.000), correspondientes a un billete de \$20.000, uno de \$10.000 y los demás en billetes de \$2.000. Luego al inspeccionar el sótano de la casa, al cual ingresaron por unas escalares que dan acceso al mismo desde el interior, pasando por la cocina y una poceta y con la ayuda de un perro canino encontraron una bolsa que en su interior contenía 52 bolsas de cierre hermético con sustancia vegetal, es decir, debidamente dosificadas, elementos materiales probatorios que embaló y rotuló para dejarse a disposición de la fiscalía respectiva.

Informó además el gendarme Tabares Metaute que la vivienda registrada limita por un costado con otra casa y por la parte posterior -atrás- linda con una quebrada, el lado izquierdo da con un solar. Agregando que el sitio donde se halló el estupefaciente es un cuarto subterráneo, al cual se accede desde el interior, construido en ladrillo en sus cuatro paredes, concurriendo una puerta que estaba sellada con tablas y malla

En igual sentido, se escuchó en el foro público al agente de la policía Diego Fernando Eraso Narváez, quien en similares términos a su compañero policía, realizó aseveraciones en aspectos referentes a la forma como realizaron la diligencia de registro y allanamiento en el barrio El Manzanillo en la casa habitada por la señora Johana María Pérez Rivera, persona a la cual se capturó en flagrancia.

Agregó igualmente el declarante que la diligencia en cita, la realizaron porque el día anterior, 4 de julio del presente año, se recibió información por parte del señor Julio Alberto Henao Quintero, quien les hizo saber que en la casa de la señora Pérez Rivera se expendían estupefacientes, debiendo realizar labores de vecindario en orden a constatar esta información, al punto que, observaron cuando ingresó a la casa un señor de nombre Daniel del que también les comunicó el informante era el encargado de surtir a la ciudadana en mención, pero solo halló unas bolsas vacías. En cuanto a las labores de vecindario, informó haber hablado con unas 5 personas del sector, a quienes les daba miedo comunicar a las autoridades las actitudes ilícitas que notaban.

Del contenido del testimonio rendido por los policiales Tabares Metaute y Eraso Narváez, observa la Sala que se está en presencia de testigos híbridos quienes brindaron información que le constaba, por ser producto de su conocimiento personal de los hechos, mezclada con información de referencia suministrada por el informante Julio Alberto. Por ende, los deponentes Sebastián Tabares Metaute y Diego Fernando Eraso Narváez debe ser considerados como testigos directos de los hechos que de manera personal y directa le consta por haberlo percibido con sus sentidos, en especial de todo aquello que atestó respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como se llevó a cabo la diligencia de allanamiento y registro, los motivos que impulsaron la práctica de esa diligencia, y de las evidencias físicas que encontraron en el interior del inmueble allanado.

La defensa con el testimonio de la acusada Johana María Pérez Rivera, pretendió justificar la presencia de la sustancia alucinógena incautada en el sitio de los hechos, porque supuestamente la pared tiene dos huecos y por ahí alguien pudo haberlo arrojado. Además, manifestó que en anterior oportunidad estuvo detenida porque en su casa tenía oculto un estupefaciente que le dieron a guardar, para este momento la sustancia incautada no era de ella, desconociendo como llegó ahí, afirmando, que salió resocializada de la cárcel, por lo que esta vez quería hacer las cosas bien.

Adujo la procesada que fue por iniciativa suya que los "Sijinudos" bajaron hasta el sótano donde encontraron el estupefaciente, por lo que se cuestiona, que de haber sabido que habría droga escondida, no los hubiera increpado para que revisaron el lugar en compañía del canino. Desconoce porque su vecino Julio Hernán manifiesta que ella vende droga, por el contrario, la esposa de aquel que es muda, iba hasta su casa y le decía "que sino necesitaba bolsitas que ella subía a comprárselas"⁵. Agregando que era aquel ciudadano, quien en compañía de su familia vendía alucinógenos, situación de la cual estaba enterada la policía.

Hizo ver que el día antes de su captura, tres personas se acercaron a su casa para que les vendiera alucinógenos, hecho que la extrañó por cuanto nunca ha vendido estupefacientes, reprendiendo a esas personas para que le revelaran ¿quién les estaba diciendo que ella vendía vicio?

Contó que un mes antes que la capturaran por estos hechos, el muchacho a quien apodan como "minorco" en compañía de otras personas, se acercó hasta su residencia para que le guardara un bolso grande de Nike, contentivo con drogas y armas, rehusándose a almacenárselos, porque no quería estar metida en más problemas, exteriorizándole a aquel sujeto que su casa estaba quemada, porque anteriormente habían cogido vicio, por lo que no quería volver a estar detenida por hechos similares.

⁵ Audiencia de juicio oral de fecha 9 de diciembre de 2020.

De la deponencia de la acusada, para la Sala su dicho es sospechoso y carente de soporte alguno, por tratarse de una persona que decide declarar en su propia causa con la malsana intención de salir exculpante de los cargos endilgados con juicios de valor sobre otras personas que no comprueba en modo alguno además de las incongruencias en sus aseveraciones, tal como lo avizorara la censora en su alegato de alzada.

Decimos lo anterior, por cuanto sus manifestaciones son inconsistentes y débiles de soportar, por ejemplo, al decir que la esposa de Julio Hernán es muda, sin embargo, aquella en reiteradas oportunidades fue hasta su casa a decirle “que si yo no necesitaba bolsitas que ella iba a subir a comprarlas”⁶, circunstancia que no fue dilucidada por la defensa en su interrogatorio, pues no se sabe si ella maneja el lenguaje de las personas con ese tipo de discapacidad o tiene las habilidades para establecer comunicación con aquella persona.

Dijo además en su deponencia, que el señor Julio Hernán es quien vende alucinógenos, entonces como se explica que la esposa de aquel, le manifestara constantemente que si ella quería le compraba droga en la parte de arriba, si su misma pareja también vende sustancias psicoactivas, circunstancia que tampoco fue dilucidada.

Explicó la acusada que desconoce cómo llegó la droga hasta el lugar donde fue encontrada, en su sentir, pudo ser ingresada por uno de los dos huecos que se encuentran en la parte de

⁶ Audiencia de juicio oral de fecha 9 de diciembre de 2020. Min. 1:37:46

atrás del sótano, sin embargo, esa explicación no encontró elemento de corroboración en las pruebas allegadas por la defensa, además que fue clara en manifestar que por ese lugar ingresan murciélagos – mismos que la perjudican- porque es muy oscura, sin hallar explicación del por qué no cerró los orificios anteriormente. Entonces si los animales en mención la estaban afectando como lo quiso hacer ver, porque no había cerrado los mencionados orificios, o sino era su deseo seguir teniendo problemas con la justicia, porque no previó la circunstancia que ahora aduce como inexplicable.

Al margen de ello, en contraposición al principio de la investigación integral surgió el denominado principio de “la incumbencia probatoria”⁷, en virtud del cual, en aquellos eventos en los cuales la Defensa pretenda proponer una hipótesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, a fin de procurar el éxito de sus pretensiones es obvio que no se encuentra eximida de acreditar o de demostrar los supuestos de hecho en los que se fundamenta la tesis esgrimida en pro de sus intereses.

Lo antes expuesto quiere decir que a pesar de lo consignado en el inciso 4º del artículo 29 de la Carta y en el artículo 7º C.P.P. en donde se preceptúa que la carga de la prueba la tiene la Fiscalía, de igual forma la Defensa, en aquellos eventos en los cuales pretenda refutar la teoría del caso propuesta por el Ente Acusador, si quiere salir avante en sus pretensiones, no debe

⁷ El cual según lo ha expuesto la Corte en la sentencia de 1º instancia del 8 de septiembre de 2015. SP12772-2015. Rad. # 39419, en materia de la carga de la prueba «le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico».

quedarse de brazos cruzados, y más por el contrario le asiste el deber de suministrar las pruebas con las cuales pueda demostrar la hipótesis propuesta.

En el caso en estudio se observa que la Defensa pretende que se le de credibilidad al dicho de su prohijada, aquella le asistía la obligación de allegar al proceso las pruebas pertinentes del caso, que le pudieran permitir demostrar que su defendida desconocía el por qué ese alucinógeno se encontraba encaletado en el sótano de su vivienda.

También reveló la encausada que los policiales ingresaron al sótano porque de manera desprevenida se los pidió, al punto, que se ofreció para acompañarlos por ser el lugar muy oscuro, y colaborarles con el ingreso del canino, justificación que se contradice con el dicho de los agentes de la Sijin que participaron en el procedimiento de allanamiento y registro al lugar, quienes de manera muy clara explicaron paso a paso la manera como se llevó a cabo el mismo, no encontrándose en sus atestiguaciones, lo que ahora aduce la señora Pérez Rivera.

Relató que desde su última entrada a la cárcel por similar delito al que ahora se investiga, salió resocializada, no obstante, en este acápite para la Corporación se cuenta con un elemento disiente de su actuar, esto es, que Johana María, manifestó que un mes antes de su captura, alias "Minorco" se acercó hasta su casa a pedirle que le guardara armas y estupefacientes, como contraprestación, él le pagaría por dicho servicio, negándose a tal ofrecimiento, además de recordarle a aquel sujeto que su

casa estaba “quemada”, porque ya antes había guardado “vicio pero esta vez no”.

Bien sabido quedó entonces, que anteriormente ya había detenida por los mismos hechos, porque según ella, ya había sido capturado con droga al interior de su casa, que no accedió al ofrecimiento a causa de su resocialización y de su residencia ser objeto de objetivo por parte de las autoridades, pues la misma ya estaba “marcada”, siendo diáfano para la Sala, que con el testimonio directo del señor Julio Hernán, que la droga hallada en el sótano de su casa, era para la comercialización del producto, pues tal como lo aseveró la acusada, ella conoce al testigo porque se criaron juntos en el barrio, dando a entender, que es factible su conocimiento sobre lo acaecido.

De igual manera, además de lo anterior existen otras plausibles razones para desconfiar de la credibilidad de lo atestado por parte de Johana María, porque para la Sala se torna en algo extremadamente irracional e inadmisibles que en el mundo actual cómo se desarrollan los negocios, más aun cuando ya había estado detenida por hechos similares, no tratarse de cuidarse y tapar los huecos por donde al parecer le plantaron la droga, o si era tan cauta, y sabía que su residencia estaba registrada por antecedentes de droga porque no ser más cuidadosa y estar pendiente de lo que sucedía al interior de su morada.

Tales inconsistencias le darían pie a la Magistratura para considerar, al igual que la recurrente, que la testigo en mención compareció al juicio para recitar una versión previamente asimilada, con la única finalidad de salir adelante de esta situación, y así no tener que volver a estar al interior de un centro de reclusión.

En suma para la Colegiatura, al igual que lo reclamado por la recurrente, no existe duda alguna de que el Juzgado de primer nivel incurrió en los yerros de valoración probatoria, denunciados por la apelante, al momento de apreciar los testimonios rendido por la señora Johana María Pérez Rivera, por cuanto el *A quo* no se dio cuenta que se estaba en presencia de una testigo digna de poca credibilidad, quien declinó su derecho a guardar silencio con la proterva intención de favorecerse, al pretender falazmente justificar la presencia del alijo en el inmueble en donde tuvo lugar la diligencia de allanamiento y registro.

De lo hasta ahora expuesto por la Sala se podría concluir que acorde con los postulados que orientan el principio del *in dubio pro reo* no sería factible poder dictar una sentencia condenatoria en contra de la procesada Johana María Pérez Rivera, como consecuencia de las falencias suasorias que dimanar de la prueba testimonial de la Fiscalía, o sea el testimonio absuelto por Julio Hernán Quintero Henao, generada por su condición de testigo directo de los hechos, y de los policiales Sebastián Tabares Metaute y Diego Fernando Erazo Narváez al ser testigos directos de lo encontrado en la diligencia

de allanamiento y registro y de oídas de lo manifestado por Julio Hernán, sumado a la dudosa o poca credibilidad que ameritaría lo declarado por la procesada Johana María Pérez Rivera.

La tesis de la a-quo no puede ser de recibo por parte de la Colegiatura, por cuanto en el proceso existen una serie de pruebas indiciarias, que adicionadas con las pruebas estipuladas por las partes, válidamente se podría llegar a ese grado de conocimiento exigido por los artículos 7º y 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra de la procesada Johana María Pérez Rivera en lo que atañe con el cargo enrostrado en su contra por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, bajo la modalidad de "Conservar con fines de venta".

Tal afirmación se dice porque en contra de la inculpada gravitaban unos indicios graves de responsabilidad criminal, los que serían producto de los siguientes juicios de inferencia:

Acorde con las reglas de la lógica y de la experiencia, se tiene que la presencia injustificada del estupefaciente en el sitio en el que fue hallado, es indicativa de que dicho sujeto de una u otra forma posiblemente se encuentra implicado en la comisión del reato o que tiene algo que ver con el mismo. Sumado al señalamiento directo del señor Julio Hernán, quien fue enfático en declarar que la procesada vende sustancias alucinógenas, por cuanto en dos oportunidades aquella le vendió "marihuanita", a \$15.000 cada bolsa.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio vemos que existen pruebas que a modo de hechos indicadores demostraban la captura en flagrancia de la encausada por cuanto fue sorprendida cuando se encontraba en el interior de un sitio en donde se halló un alijo de marihuana que arrojó un peso neto de 74 gramos.

De igual manera la Sala no puede desconocer que la defensa de manera vana pretendió justificar con pruebas dignas de poca credibilidad la presencia del estupefaciente en el inmueble en donde tuvo lugar la diligencia de allanamiento y registro.

Tales hechos indicadores, permiten inferir como hecho oculto o inferido el consistente en que la procesada estaba en el sitio de los hechos por encontrarse implicado en la comisión del delito respecto del cual resultó capturada en flagrancia.

De otro lado, una de las reglas de la lógica tiene por establecido que *«quien no da una explicación coherente de su actuar, es porque la realidad de lo sucedido no le favorece...»*⁸. Lo cual generalmente se presenta en aquellos eventos en los que la persona señalada como presunta responsable de un delito se vale de coartadas mendaces, falsas justificaciones o de cualquier otro tipo de estratagemas o ardidés poco creíbles o verosímiles, con la finalidad de desmarcarse de las sindicaciones efectuadas en su contra.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 8 de octubre de 2.008. Rad. # 29310. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

Ese tipo de comportamientos pueden estructurar lo que se ha conocido como *el indicio de mala justificación*, el que, se reitera:

“Consiste en la explicación dada por el sindicado que no se ajusta a la realidad, porque el sujeto falta a la verdad o por falta de verosimilitud.

Es hecho ordinario y fundamento de la inferencia, el de que quien obra correctamente puede en todo momento explicar en forma clara su conducta...”⁹.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, la Sala es de la opinión consistente en que en contra de la procesada existe el indicio de mala justificación, porque como está bien demostrado, la Defensa se valió del dicho de su prohijada digno de poca credibilidad, con el propósito de poder justificar vanamente la presencia del estupefaciente en el sitio de los hechos, porque al parecer la verdad de lo acontecido no le favorecía, siendo esa la razón por la que se valió de ese tipo de pruebas para justificar lo injustificable.

Dígase, además, tal como se dejó sentado en párrafos precedentes, que una de las reglas de la experiencia nos señala que quien es sorprendido con instrumentos o herramientas que son necesarias para la comisión de un delito, es indicativo de que esa persona posiblemente se encuentra implicada en la comisión del ilícito.

⁹ PELÁEZ VARGAS, GUSTAVO: Indicios y presunciones. Página # 65. Editorial Temis 1.977. (Negritas fuera del texto original).

En el presente asunto se tiene que en el interior del inmueble allanado los funcionarios de la policía judicial encontraron, la sustancia estupefaciente–marihuana- elemento que concuerda con la declaración del testigo, quien hacía un mes atrás ya le había comprado marihuana a la procesada, no pudiendo seguir adquiriendo el producto, porque aquella le había manifestado que él era un sapo de la policía.

Todo lo anterior, nos permite inferir como hecho oculto o desconocido el consistente en que la procesada Johana María Pérez Rivera al interior de su casa, tenía la droga guardada en el sótano de su casa, con la finalidad de venderla.

A modo de síntesis, contrario a lo que se dijo en el fallo confutado, la Sala es de la opinión consistente en que el proceso existían unas pruebas de naturaleza directa e indirecta, que fueron subvaloradas por el Juzgado de primer nivel al momento de apreciar el acervo probatorio, las que satisfacían las exigencias requeridas por los artículos 7º, inciso 4º, y 381, inciso 1º, del C.P.P. para que en contra Johana María Pérez Rivera se pudiera proferir una sentencia de carácter condenatoria, por cuanto dichos indicios convergían en comprometer de manera indubitable la responsabilidad criminal de la enjuiciada por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de conservar con fines de venta.

Ante tal situación, la Colegiatura revocara el fallo confutado en todo aquello que tiene que con la absolución con la que fue

favorecida la ciudadana Pérez Rivera respecto del cargo enrostrado en su contra por incurrir en la comisión del delito de delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de conservar con fines de venta, para en su lugar declarar la responsabilidad de aquella por ese cargo.

Consecuente con la declaratoria en sede de 2ª instancia del compromiso penal endilgado a la procesada Johana María Pérez Rivera por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de conservar con fines de venta, tipificado en el artículo 376 inciso 2, le corresponde ahora la Sala llevar a cabo las correspondientes operaciones de dosimetría punitiva que se han de tener en cuenta en el escenario de la dosificación la pena a imponer.

El delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, contenido en el Art. 376 inc. 2 del Código Penal modificado por el art. 11 de la ley 1453 de 2011, conlleva una pena 64 a 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuyo ámbito punitivo de movilidad asciende a 44 meses.

El ámbito punitivo de movilidad es de 44 meses, dividido en cuatro, es igual a 11 meses, con lo cual los cuartos quedan así:

Cuarto mínimo: 64 a 75 meses
Cuarto medio: 75 a 97 meses
Cuarto Máximo: 97 a 108 meses

No concurren circunstancias de mayor punibilidad, por lo tanto nos ubicaremos en el cuarto mínimo, es decir entre 64 y 75 meses.

De esta forma, la pena a imponer será de **SESENTA Y CUATRO (64) MESES DE PRISIÓN y MULTA DE DOS (2.00) SMLMV**, y que por estar acorde con las disposiciones que sobre dosificación punitiva enmarca el artículo 60 y 61 del código represor mereció su aprobación, por lo que será entonces ese el quantum punitivo que han de asumir la procesada Johana María Pérez Rivera por el punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes bajo los verbos rectores "Conservar con fines de venta" consagrado en el artículo 376, inciso 2º del Código Penal.

En cuanto al pago de la multa, se facultará a Johana María Pérez Rivera, para que lo haga a plazos de conformidad con el numeral sexto del artículo 39 del código penal. En consecuencia, pasado un mes de ejecutoria de esta sentencia y por 24 meses seguidos, deberá cancelar el valor de la multa, a favor del Tesoro Nacional, facultándose a la autoridad administrativa que corresponda su cobro y ejecución.

A lapso igual al de la pena de prisión decretada, asciende la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que ha de soportar la acusada.

De igual forma, en lo que concierne con el reconocimiento de subrogados y sustitutos penales, vemos que como

consecuencia del monto de la pena de prisión impuesta a la acriminada no se cumplen con los requisitos objetivos exigidos tanto para la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como para la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, razón por la que la procesada Johana María Pérez Rivera no se le reconocerá dichos sustitutos ni subrogados penales.

No obstante, lo dicho en precedencia, la Corporación hará referencia a las circunstancias en que fue capturada la señora Pérez Rivera, en virtud de una orden de registro y allanamiento, luego de realizar la verificación de información del ciudadano Julio Alberto Quintero Henao sobre venta de estupefacientes en la residencia ubicada en la carrera 47 No. 58-31 en el barrio El Manzanillo, quien en entrevista manifestó que es consumidor desde hace muchos años y que compra la sustancia estupefaciente en ese lugar.

Al respecto, el Sistema Jurídico Penal Colombiano preceptúa dentro de los principios rectores, que la imposición de la pena obedece a criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El artículo 4 del código penal, contempla que la pena cumple funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. En el caso que nos ocupa, el hecho de que se le haya encontrado a la ciudadana Pérez Rivera conservando estupefacientes para su venta, deja ver sin mayor esfuerzo la personalidad del agente, que por decir lo menos no se aviene

al comportamiento social que debe imperar en una sociedad, guiada por criterios democráticos y de convivencia pacífica.

En virtud a la necesidad como sub principio de la proporcionalidad, y de cara a lograr una prevención especial positiva del condenado, para la Sala es claro que Johana María, debe someterse a un tratamiento penitenciario intramural, donde le hagan ver el mal tan grande que se le hace a la sociedad, al poner en venta sustancias alucinógenas. Es importante que sepa que quienes suministran estupefacientes al menudeo, se convierten en sujetos utilizados por los grandes narcotraficantes, quienes se enriquecen ilícitamente a costa de la salud física y mental de quienes desafortunadamente han caído en la drogadicción.

Debe entender la procesada que con su indebida actividad, ha contribuido en forma importante en el crecimiento de un flagelo que corroe la sociedad y que por ninguna razón se justifica. No es otro sitio distinto a la prisión el ideal para que el sentenciado readecue su comportamiento, pues de dejarse en libertad y al no intervenir el Estado a través de la limitación al derecho de locomoción, cuando se infringe el estatuto penal, es tanto como cohonestar con su actividad y patrocinar que siga vendiendo estupefacientes

En contexto, es el propio legislador, quien ha considerado la importancia de atacar el flagelo del narcotráfico, poniendo su mirada en quienes portan, venden, trafican, distribuyen y/o conservan alucinógenos, impidiendo que sigan ejerciendo uno

cualquiera de estos verbos alternativos, con la prohibición de acceder a la suspensión condicional de la pena y a la prisión domiciliaria.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el delito de Conservación con fines de venta de estupefacientes hace parte de la lista de punibles que excluyen beneficios y subrogados penales, se reitera, la negativa tanto la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena como la Prisión Domiciliaria a la ciudadana Johana María Pérez Rivera.

Finalmente, como quiera que en la actualidad se sabe que la procesada se encuentra en libertad, a fin que se haga efectivo lo resuelto y decidido en el presente fallo de 2ª instancia, se procederá a librar en su contra la correspondiente orden de captura.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con los eventuales recursos de los cuales sería susceptible esta sentencia de segunda instancia, la Corporación no puede desconocer que se está en presencia de la primera sentencia condenatoria, por lo que acorde con lo ordenado por la Corte Constitucional en las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, que regularon el principio de la doble conformidad, y de lo que en términos similares adujo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 23 de abril de 2019. Radicado Número 54.215, válidamente se puede concluir que la defensa de Johana María Pérez Rivera podría interponer en contra del presente fallo el recurso de impugnación excepcional.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala **REVOCARÁ** la sentencia absolutoria de primera instancia proferida el 14 de diciembre de 2020 por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar– Antioquia.

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

6. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar en las calendas del 14 de diciembre de 2020, mediante la cual se absolvió a la encausada de los cargos endilgados en su contra, los cuales estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de conservar con fines de venta, para en su lugar **DECLARAR** la responsabilidad criminal de la procesada por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de conservar con fines de venta, tipificado en el Inciso 2º del artículo 376 C.P.

SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior se **CONDENARÁ** a la procesada Johana María Pérez Rivera a purgar una pena de pena de 64 meses de prisión y multa de 2 SMMLV. En cuanto al

pago de la multa, se facultará a Johana María Pérez Rivera, para que lo haga a plazos de conformidad con el numeral sexto del artículo 39 del código penal. En consecuencia, pasado un mes de ejecutoria de esta sentencia y por 24 meses seguidos, deberá cancelar el valor de la multa, a favor del Tesoro Nacional, facultándose a la autoridad administrativa que corresponda su cobro y ejecución.

A lapso igual al de la pena de prisión decretada, asciende la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que ha de soportar la acusada.

TERCERO: NO CONCEDERLE a la procesada Johana María Pérez Rivera el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria.

CUARTO: ORDENAR que por Secretaría se proceda a librar las correspondientes órdenes de captura en contra de la procesada Johana María Pérez Rivera, a fin que se haga efectivo lo resuelto y decidido en el presente proveído.

QUINTO: SIGNIFICAR que en contra de la presente decisión de segunda instancia procede tanto el recurso de Casación como el recurso de impugnación excepcional, los cuales deberán ser interpuestos y sustentados por los legitimados a recurrir dentro de las oportunidades de ley.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**Con Salvamento de Voto
PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

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

Firma Con Salvamento De Voto

**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:

**12066cb95375b437bfdea88c4ebffbbe8a22ff9193f6e88664a51f8d
7291de8**

Documento generado en 10/02/2022 05:55:45 PM

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

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

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

Medellín, catorce (14) febrero de dos mil veintidós (2022)

N° interno : 2022-0096-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05 034 31 04 001 2021 00175
Accionante : Martha Luz González Restrepo
Accionada : NUEVA EPS y AFP COLPENSIONES
Decisión : **Confirma**

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 017

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida por el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE ANDES (ANT.), por medio de la cual se concedió el amparo de las garantías fundamentales invocadas por la señora MARTHA LUZ GONZÁLEZ RESTREPO; diligencias que se adelantaron en contra de la NUEVA EPS, AFP COLPENSIONES, INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA VISIÓN DE LAS AMÉRICAS y la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES – .

ANTECEDENTES

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

“Refiere la accionante que cuenta con cincuenta (50) años de edad, se encuentra afiliada a la NUEVA EPS desde el año 2020 y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –.

Agrega que cuenta con incapacidades continuas desde el año 2014, por los diagnósticos de “ARTROSIS, FIBROMALGIA, HIPOTIROIDISMO, TUMOR MALIGNO DEL CUERPO DEL ÚTERO, TRASTORNO DEL SUEÑO, NEURALGIA Y NEURITIS”, además indica que no se le ha efectuado el pago de las incapacidades generadas entre el 26 de noviembre de 2020 y el 20 de octubre de 2021, a pesar que las mismas ya fueron radicadas ante la NUEVA EPS, aclarando que dicho pago lo debe efectuar la AFP COLPENSIONES, porque ya se han superado los 180 días continuos de incapacidad.

Aclara que antes de estar afiliada a la NUEVA EPS, se encontraba con afiliación en salud a MEDIMAS EPS; entidad que le canceló la totalidad de las incapacidades generadas hasta el mes de octubre de 2020.

Afirma que las incapacidades generadas entre el 26 de noviembre de 2020 y el 20 de octubre de 2021, no le fueron canceladas, a pesar de estar radicadas en la NUEVA EPS, aclarando que el pago lo debe realizar su aseguradora de Fondo de Pensiones – AFP COLPENSIONES – dado que ya se superaron los 180 días continuos de incapacidad.

Indica que el 17 de agosto de 2021, recibió un oficio por parte de la NUEVA EPS, en el que se le solicitó se reincorpore a sus labores, debido a que la calificación de pérdida de la capacidad laboral fue inferior al cincuenta por ciento (50%).

Así mismo refiere que el día 10 de septiembre de 2021, el médico laboral expidió un certificado en el que manifiesta “NO SE PUEDE REINCORPORAR A SUS LABORES”, indicando que esto es prueba suficiente para iniciar trámite de valoración médica por pérdida de capacidad laboral, a más de que recalca que por indicaciones de su médico tratante, tampoco es posible continuar con su vida laboral normalmente.

Manifiesta que el día 8 de octubre de 2021 solicitó a la NUEVA EPS cita para que le fuera emitido concepto de rehabilitación, pero el día 17 de noviembre anterior, le negó respuesta en la que le manifestaban que ya había sido calificada, aclara la accionante que, la calificación a la que hace referencia la NUEVA EPS, fue emitida en el año 2017 y que con el transcurso del tiempo su salud se ha visto más deteriorada, al igual que le han surgido nuevas patologías.

En consecuencia, depreca del Juez Constitucional, se conceda el amparo invocado y en consecuencia (sic), se ordene a la entidad que corresponda, el pago de las incapacidades, así como las que se generen con posterioridad al día 540 de incapacidad; así mismo solicita que el dinero producto de dicho pago sea consignado en su cuenta de ahorros.....”

Por los hechos expuestos, el señor Juez de instancia declaró procedente la acción de tutela promovida por la señora MARTHA LUZ GONZÁLEZ RESTREPO, en contra de las entidades accionadas y, en consecuencia, dispuso:

PRIMERO: SE CONCEDE el amparo invocado por la ciudadana MARTHA LUZ GONZÁLEZ RESTREPO, quien actúa en su propio nombre y representación y respecto de las garantías constitucionales de la vida en condiciones dignas, seguridad social en materia de salud, mínimo vital y petición; lo anterior, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte motiva.

SEGUNDO: SE ORDENA a la NUEVA EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente decisión proceda con las correspondientes gestiones de carácter administrativo, tendientes a hacer efectivo a la accionante MARTHA LUZ GONZÁLEZ RESTREPO, el pago de las incapacidades médicas comprendidas entre el mes de noviembre de 2020 y octubre de 2021, habida cuenta que la citada GONZÁLEZ RESTREPO, ha superado incapacidades de más de 540 días, por lo que la EPS deberá seguir asumiendo el pago de estas, hasta que las mismas cesen; dinero que deberá ser depositado en la cuenta de ahorros N°....., la cual se encuentra a nombre de la accionante señora GONZÁLEZ RESTREPO.

Dicha decisión fue impugnada por el apoderado de la NUEVA EPS, señalando que el concepto de rehabilitación favorable luego de las incapacidades que de manera prolongada ha tenido la accionante, fue enviado a la AFP COLPENSIONES el 24 de marzo de 2021, mediante correo electrónico y así dicha

entidad asumiera el pago del auxilio de incapacidad después del día 180, como también se procediera a calificar la pérdida de la capacidad laboral de la señora Martha Luz, actividad luego de la cual se estimó el porcentaje de PCL en un 36.62%, de lo cual la NUEVA EPS apenas tuvo conocimiento el 30 de julio de 2021, cuando se había generado desde el 14 de septiembre de 2017.

De cara a lo expuesto, señala el apoderado judicial que legalmente, en los casos de incapacidad permanente parcial lo procedente es el reintegro laboral, de ahí que se emitiera carta a la empleada en ese sentido, el 17 de agosto de 2021.

Por lo expuesto, solicita el representante de la promotora de salud, se revoque lo decidido por el A quo, pues a la AFP COLPENSIONES es a quien corresponde el pago de las incapacidades superiores generadas a la señora accionante, superiores al día 180.

De igual manera, solicita se les autorice para recobrar al ADRES por los valores que sobrepasen los 540 días de incapacidad de la actora.

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 centra en determinar si en la acción de tutela impetrada por la señora Martha Luz González Restrepo asistió razón al juez de primera instancia al ordenar a la NUEVA EPS el pago de las incapacidades médicas comprendidas entre el mes de noviembre de 2020 y octubre de 2021, y que le fueran generadas por los diagnósticos de ARTROSIS, FIBROMALGIA, HIPOTIROIDISMO, TUMOR MALIGNO DEL CUERPO DEL ÚTERO, TRASTORNO DEL SUEÑO, NEURALGIA Y NEURITIS.

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 el mecanismo así formalmente se cuente con él, 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.

En el caso concreto, la Sala considera que es procedente la acción de tutela formulada por la accionante, toda vez que de los hechos relatados por ella, se desprende que si bien ha radicado las diferentes constancias de incapacidad ante la NUEVA EPS para el pago de las correspondientes prestaciones

sociales, entre el mes de noviembre de 2020 y octubre de 2021, dicha entidad se ha negado a su pago, no obstante tratarse del medio de subsistencia con el cual cuenta como trabajadora mientras se restablece su estado de salud.

De allí que, consecuentemente, *“la acción de tutela se convierta en el medio idóneo para la protección de otros derechos fundamentales que con tal situación también pueden resultar afectados, como el mínimo vital y la salud cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas”*.¹

Además, es pacífica la jurisprudencia Constitucional al señalar que *“El pago de incapacidades sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”*.²

Ahora bien, tal y como se ha pronunciado de manera insistente la H. Corte Constitucional acerca de las responsabilidades de cada uno de los actores del SGSSI en el desembolso de la citada prestación económica, es que el pago de las incapacidades laborales por enfermedad que se presume de origen común causadas a partir del día 181 corre por cuenta de la AFP, hasta el día 540, y es así como se han establecido de acuerdo

¹ Sentencia de tutela del 8 de febrero de 2018, CSJ Sala Civil, radicado 623538.

² Corte Constitucional, sentencia T-140/16

a la normatividad vigente, pautas³ en la materia como son, las siguientes:

- *El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, párrafo 1°).*
- *Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).*
- *La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).*
- *Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).*
- *Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.*

³ Al respecto puede consultarse, entre otras, las sentencia T- 333 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

- *Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad.*

En el caso que nos ocupa, lo relevante es que no obstante a la señora Martha Luz se le han venido generando incapacidades por enfermedad común, que se han prolongado en el tiempo, acudió a la NUEVA EPS procurando su cancelación bien fuera por esa entidad, o en esa sede se le instruyera sobre el paso a seguir si es que cumplía determinado tiempo incapacitada. Sin embargo, pese a insistir en el pago de dichas prestaciones sociales no obtuvo una solución suficiente para superar la ausencia del salario que venía percibiendo como trabajadora.

La razón fundamental sobre la cual la NUEVA EPS soportó su defensa de cara a la ausencia de pago de dichas prestaciones, se fincó en que la señora Martha Luz había sido calificada en su pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje inferior al 50%, luego lo procedente era su reintegro a su lugar de trabajo. No se expuso en esa oportunidad, como lo hace vía impugnación, que antes del día 180 y para el mes de marzo de 2021, había enviado concepto favorable de rehabilitación a la AFP COLPENSIONES en aras de que esta entidad se encargara de continuar con el pago de incapacidades médicas que se le generaran a la accionante.

Ante ese panorama, lo cierto es que la NUEVA EPS como entidad a la cual acudió la afectada procurando el pago del dinero sustitutivo del salario que devengaba como empleada de la INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA VISIÓN DE LAS AMÉRICAS, se negó al pedido de la usuaria, bajo el argumento de que ya existía una rehabilitación siendo necesaria su reincorporación a su lugar de trabajo, ello en contravía del pronóstico del médico tratante quien adujo el 10 de septiembre de 2021, que *el concepto de reintegro fue emitido con base en una calificación de hace más de tres años, donde las condiciones de la paciente han cambiado, presenta otras patologías más complejas y de alto costo, debe ser calificada para una pensión de invalidez para la cual cumple criterios. Se encuentra postrada en cama y depende de una de sus hijas para todos sus cuidados. Se recomienda continuar control y tratamiento por especialistas, solicitar prorroga de incapacidad (no se encuentra en condiciones para un reintegro laboral), informar novedades al área de seguridad y salud de la empresa, y solicitar calificación integral al fondo de pensiones por medio de la EPS teniendo en cuenta la evolución desfavorable de la paciente.*

Evidenciada así la conducta de la promotora de salud, NUEVA EPS, lo relevante en el particular es la situación de desamparo en la cual estaría la actora si se da un mayor plus a la discusión de índole administrativo propuesta vía apelación por la aludida entidad, cuando ya está claro que a la fecha lo realmente cierto es que la señora Martha Luz supera los 540 días de incapacidad y, por ende, debe continuar dicha aseguradora con el pago de los diferentes rubros generados por las incapacidades dictaminadas por el profesional de la salud. Plantear una solución diferente a la establecida por el juez primary, comportaría someter a la afectada a una suerte de vaivenes generados entre las

entidades involucradas en este plenario, en desmedro de su mínimo vital, y soslayando que para solventar esa clase de conflictos, existen sedes de carácter administrativo como el ADRES, para demandar el reembolso de los valores que considere la entidad obligada, no son de su resorte, siendo ese tema algo al margen de este trámite constitucional.

A la fecha, entonces, siendo superados los 540 días de incapacidad continua, la NUEVA EPS es la entidad responsable del pago de las incapacidades generadas hayan sido o no superiores al día 180, pues, insístase, tal consigna tiene como única finalidad preservar los derechos fundamentales de la actora, sobre trámites burocráticos generados en el proceso de pago de las ya mencionadas prestaciones sociales.

Bajo ese hilo conductor, la Sala confirmará la orden impartida en primera instancia.

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
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

N° Interno : 2022-0097-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Radicado : 05 034 31 04 001 2021 00175
Accionante : Martha Luz González Restrepo
Accionadas : NUEVA EPS y otro

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:

b3bb1c48cb98cc197446bdf1ca8eb4e15d55a26430890d5fd0f3ffb67
5c672b6

Documento generado en 14/02/2022 04:46:12 PM

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

Radicado: 2022-0042-5

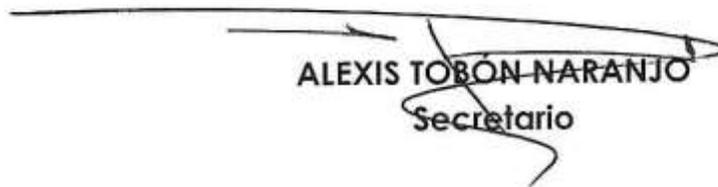
ACCIONANTE: Willinton José Torres Argumedo

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado **RENÉ MOLINA CÁRDENAS** expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionante recurre el fallo de primera instancia¹; mismo que se interpone dentro de término legal, teniendo en cuenta que el trámite de notificación culminó el pasado 04 de febrero de 2022, con la notificación al accionante.

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos corren desde el día 07 de febrero de 2022 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 09 de febrero de 2022.

Medellín, febrero diez (10) de dos mil veintidós (2022)


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivos 15 y 16

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, febrero diez (10) de dos mil veintidós (2022)

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

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**RENÉ MOLINA CÁRDENAS
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**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:
011cd27a3c51b60a9bdfab08bf7963844e7e88d5bfa304190a87a5bace9dc095

CARRERA 52 NRO. 42-73, PISO 27, OFICINA 2701.
232 5569 -232 0868

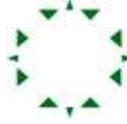
secsptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co

Documento generado en 14/02/2022 08:48:22 AM

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

Incidente de desacato

Accionante: Pedro Miguel Vargas Gil
Accionado: Juzgado Primero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia
Radicado interno: 2021-1942-5



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, catorce de febrero de dos mil veintidós

El pasado 9 de febrero se requirió en una primera oportunidad al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia con fin de obtener el cumplimiento de la orden emitida. Aunque a la fecha se han recibido informes que dan cuenta de los actos realizados a fin de dar cumplimiento, no se ha demostrado que se haya brindado respuesta de fondo y que el afectado tenga conocimiento de ella.

Por tanto, previo a dar inicio formal al trámite incidental de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, **se requiere nuevamente** al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia para que en el término de dos (2) días informe a esta Sala sobre el cumplimiento del fallo de tutela de la referencia.

Por la Secretaría infórmese lo resuelto al Juzgado accionado y al accionante.

COMÚNIQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Incidente de desacato

Accionante: Pedro Miguel Vargas Gil
Accionado: Juzgado Primero Penal del Circuito
Especializado de Antioquia
Radicado interno: 2021-1942-5

Firmado Por:

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:

05c2a0c1bc551569a090cc182f905e21689331a27492a8eccc53e2e071c4186a

Documento generado en 14/02/2022 03:18:28 PM

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso Ni: 050002204000202200051 **NI:** 2022-0119-6

Accionante: ANDRÉS YOVANY SÁNCHEZ FERNÁNDEZ

Accionados: FISCALÍA 29 SECCIONAL DECOC APARTADO (ANTIOQUIA) Y EL PROGRAMA DE PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Decisión: Concede

Aprobado Acta Ni: 019 de febrero 14 del 2022

Sala No.: 06

Magistrado Ponente

DR. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, febrero catorce del año dos mil veintidós

VISTOS

El señor Andrés Yovany Sánchez Fernández, solicitó protección Constitucional a su derecho fundamental a la vida, presuntamente vulnerado por parte de la Fiscalía 29 Seccional de Apartadó y el Programa de Protección de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación.

LA DEMANDA

Indica el señor Andrés Yovany Sánchez Fernández, que integró por largo tiempo la organización delincriminal el *Clan del Golfo*, Subestructura Carlos Vásquez, decidiendo desmovilizarse y contribuir con la justicia aportando información de casi 100 integrantes entre cabecillas, colaboradores y servidores públicos que colaboran con la organización, entre otros.

Se encuentra en curso en la Fiscalía 29 Seccional de Apartadó, investigación penal por las conductas punibles de concierto para delinquir agravado en contra de cabecillas e integrantes del grupo delincriminal organizado *Clan del*

Golfo, organización que delinque en los municipios de Apartadó, Carepa, Chigorodó y Mutatá, dentro de la cual actúa como víctima y testigo.

El día 19 de octubre de 2021, es decir, luego de que integrantes de esa organización irrumpieron su casa, con ayuda de un amigo se trasladó hasta el municipio de Chigorodó, en ese municipio buscó ayuda en el Comando de Policía Urabá, quienes al día siguiente lo trasladaron a las instalaciones de la Fiscalía 29 Seccional DECOC Apartadó, donde por medio de declaración jurada aportó información de los integrantes del *Clan del Golfo* del frente Carlos Vásquez, *“cabecillas de la organización, segundo comandante del frente, comandante políticos del frente, comandante financiero del frente, comandante de los jefes urbanos, jefe urbano de municipios, comandante de contraguerrilla, comandante de escuadra, patrulleros, comandantes de puntos y punto, al igual que he aportado información sensible sobre graves hechos de corrupción al interior de la Policía Nacional y su estructura jerárquica, así como la corrupción del ejército nacional, donde directamente miembros del Gaula Militar encargado de la seguridad de detenidos en la brigada XVII de Carepa, apoyaron la fuga de dos cabecillas del FRENTE CARLOS VASQUEZ. Como también la organización tiene un personal en el aeropuerto infiltrado que aportan fotografías de las aeronaves y personal de la fuerza pública que llega a la región a realizar operaciones contra el CLAN DEL GOLFO, así mismo la organización tienen una persona que trabaja en una emisora en la zona que le ayuda con los medios logísticos de las centrales de radio de comunicaciones a su favor”*.

Dado lo anterior, desde el 20 de octubre de 2021 se encuentra custodiado en las instalaciones de casa Gaula en el municipio de Apartadó, porque su vida se encuentra en peligro, asegurando que, a finales del mes de octubre del año anterior, arribaron varios sicarios a su morada con el fin de asesinarlo, ya que conoce mucha información de la organización.

Asegura que dentro de la organización delictiva se desempeñaba como escolta del comandante alias *“mono cuco”*, quien la misma organización asesinó en el

año 2021, posteriormente la organización ha venido asesinando a los escoltas por que según ellos tiene información valiosa.

Asevera que en el momento que se encontraba en el despacho fiscal encausado, integrantes de la organización le escribieron por una aplicación que maneja la organización manifestándole que era objetivo militar, lanzando además amenazas en contra de su familia.

Manifiesta que desde el momento que comenzó su colaboración con la justicia, un investigador de la Policía Nacional y un miembro de inteligencia del Gaula Militar, lo han ayudado con la alimentación y alojamiento. Así mismo, la fiscalía del caso procedió a solicitar ante la Unidad Nacional de Protección de la Fiscalía acceso a los beneficios, recibiendo respuesta negativa el día 25 de enero de 2022, informando la no vinculación al programa de protección, según lo establecido en el literal A, artículo 52 de la resolución 0-1006 de 2016, conforme al principio de conexidad, calificando el riesgo como ordinario, decisión frente a la cual no procede recurso alguno.

Insiste que la única manera que su vida no corra peligro y seguir colaborando con la justicia, es estar protegido directamente por el estado Colombiano, porque la organización criminal *Clan del Golfo* es la mayor organización a nivel nacional y será fácil conocer su ubicación.

Actualmente, miembros de la Policía y Gaula Militar, lo tienen en un lugar secreto, brindándole seguridad, le proporcionan comida y alojamiento, pero ellos manifiestan que no cuentan con apoyo del estado, y tienen que disponer de su dinero para ello, manifestando impedimento para seguirlo efectuando.

Cuestiona que la Unidad Nacional de Protección de la Fiscalía General de la Nación determinó la falta de conexidad, la misma que en su sentir se encuentra establecida, dado que perteneció a la organización durante 13 años, aun cuando era menor de edad. En dicha organización desempeñó varios cargos importante, manejando el tráfico de estupefacientes a gran escala.

Como pretensión constitucional y medida provisional, insta por la protección a su vida, y en ese sentido se ordene el ingreso de manera urgente al programa de protección de la Fiscalía General de la Nación, dada las constantes agresiones y amenazas en contra de su humanidad.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la demanda el pasado 1 de febrero de la presente anualidad, se dispuso la notificación a la Fiscalía 29 Seccional DECOG Apartadó (Antioquia) y al Programa de Protección de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación, al tiempo que se dispuso la vinculación de la Policía Nacional de Colombia, del Gaula Militar, y del Comando de la Policía de Urabá. Posteriormente se dispuso la vinculación del funcionario de policía judicial DIJIN-AGAMENON Roberto Carlos Roa.

En ese mismo auto se negó la medida provisional solicitada toda vez que de los hechos narrados en el escrito de tutela no se pudo extractar que el señor Andrés Yovany se encontrara en un riesgo tal que hiciera impostergable la intervención del juez constitucional antes del término previsto para emitir el fallo de tutela y en esa medida, se tuviese que disponer provisionalmente alguna precaución, lo anterior dado que el accionante indicó en el escrito de tutela que actualmente está siendo protegido por el Gaula Militar y la Policía de Urabá.

El **Dr. Álvaro José Márquez Fiscal 29 Seccional DECOG Apartadó (Antioquia)**, por medio de oficio N° 004 calendado el día 3 de febrero de 2022, asintió los hechos expuestos por el accionante en su petición, en el entendido de que al mismo le recibieron declaración el 20 de octubre del año 2021, proporcionando información extensa sobre los hechos que conocía, diligencia efectuada por el funcionario de policía judicial DIJIN-AGAMENON Roberto Carlos Roa, el mismo que consideró que la información proporcionada por el actor es sumamente importante para edificar la inferencia razonable de autoría

y participación en contra de integrantes del *Clan del Golfo*, así como de servidores públicos que desde la clandestinidad apoyan al Grupo Criminal.

Señala que la región del Urabá históricamente ha sido afectada por grupos criminales, esta empresa criminal tiene una estructura que le permite tener el dominio de la zona puesto que cuenta con recursos económicos producto del negocio del tráfico de cocaína, pues por el privilegio geográfico de esa región permite el tráfico de sustancias con países centroamericanos y europeos. Lo anterior hace que en la práctica ubicar testigos que deseen facilitar información en contra del *Clan del Golfo* es una labor excepcional, ya que ningún ciudadano desea tener que enfrentar a los integrantes de estas organizaciones en futuros juicios.

Indica que el demandante facilitó información en declaración de aproximadamente 50 páginas donde relacionó a más de 100 personas integrantes del *Clan del Golfo*, entorno que ubica al actor en una situación inminente de riesgo para su vida y la de su núcleo familiar. Dado lo anterior, solicitó ante la Unidad Nacional de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación medidas de protección, sin embargo, la misma fue negada, argumentando que no existía conexidad del riesgo con la declaración por el actor facilitada, encontrándose inconforme con la determinación. Señala que por el contrario la fiscalía debe realizar un estudio del contexto, analizando la naturaleza de la información, su pertinencia, oportunidad y su actualidad, aunado al contexto de agresividad de la organización criminal para aquellos que los delatan.

Señala que el funcionario judicial Roberto Carlos Roa con el apoyo de otros funcionarios, mantienen al demandante bajo medidas de seguridad en un lugar secreto, situación que es transitoria pues los servidores exponen que no cuentan con los recursos para continuar protegiéndolo. Además que el funcionario Roberto Carlos Roa, indicó que esa organización mientras le tomaba declaración al demandante le enviaban mensajes por una aplicación de nombre THREEEMA persuadiéndolo para que no hablara, que respondía su

familia, asegura que el servidor de policía judicial cuando intentó tomar captura de la pantalla de la amenaza el emisor del mensaje los borraba, así mismo, por conocimiento por parte del demandante relató que integrantes de este grupo criminal ya se habían acercado hasta su vivienda donde habitan algunos familiares causando intimidación en caso de que facilitara información a las autoridades.

Resalta que no intenta debatir con la Unidad Nacional de Víctimas y Testigos de la Fiscalía puesto que pertenecen a la misma entidad, aun así, tiene el deber legal de velar por la protección con las víctimas y con los testigos.

Adjuntó a la respuesta, copia de la solicitud de protección ante la Unidad Nacional de Protección de Víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación del día 16 de diciembre de 2021, y copia del acta expedida por la Unidad Nacional de Protección que niega la vinculación.

El **comandante del Departamento de Policía de Urabá, Coronel Heinar Giovany Puentes Aguilar**, por medio de oficio del 3 de febrero de 2022, se pronunció respecto a los hechos esgrimidos por el tutelante de la siguiente manera:

Inicia manifestando que el Comando del Departamento de Policía de Urabá no tiene injerencia alguna en lo pretendido, pues la causa de la presente acción constitucional es el descontento del demandante por la determinación de no inclusión en el Programa de Protección de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación. Propone la excepción de falta de legitimación por pasiva.

Relacionado a la protección de personas, el Gobierno Nacional expidió la resolución 0 –1006 DE 2016, por ende, es la Fiscalía General de la Nación – Programa de Protección de Víctimas y Testigos y la Fiscalía 29 Seccional DECOC de Apartadó, son las competentes para atender lo pretendido por el actor, pues la Policía no puede asumir una carga que no le corresponde. Además, se debe tener en cuenta que la actividad de Policía es general y no particular.

Finalmente solicita desvincular del presente trámite al Departamento de Policía de Urabá, ante la ausencia de vulneración de derechos por parte de ese comando.

El **Mayor Héctor Andrés Salamanca Sabogal Jefe Asuntos Jurídicos DIJIN**, por medio de oficio calendado el día 4 de febrero de 2022, relató que el día 19 de octubre de 2021 se presentó el señor Andrés Yovanny Sánchez Fernández a las instalaciones del Comando de Policía de Urabá, solicitando ayuda, pues el *Clan del Golfo*, estaría atentando en contra de su vida, advirtiendo que tenía conocimiento de información importante sobre dicha estructura criminal, de inmediato contactaron al Fiscal 29 Seccional DECOC, quien ordenó brindarle protección y el día 20 de octubre de 2021 le recibieron la diligencia de declaración jurada.

Asevera que el Fiscal 29 Seccional DECOC Apartadó procedió a solicitar ante la Unidad Nacional de Protección de la Fiscalía, la inclusión del demandante en el programa de protección de testigos de la Fiscalía General de la Nación, pero la misma fue negada por la unidad.

Por medio de la resolución 0-1006 de 2016 la Fiscalía General de la Nación, reglamenta el programa de protección a testigos intervinientes en el proceso penal de la fiscalía. Finalmente relata que existen razones suficientes para afirmar que el director de Investigación Criminal, no ha vulnerado derechos fundamentales al accionante, presentándose una falta de legitimación en la causa.

El **Mayor José Alfredo Herrera Carrillo Comandante Guala Militar de Urabá**, por medio de oficio del día 4 de febrero de 2022, manifestó que en la región del Urabá antioqueño personal del Guala Militar y de la Policía Nacional de la Dijin, procedieron a brindarle apoyo con la seguridad del señor Andrés Yovanny Sánchez con el fin de salvaguardar su vida por contar con información de la organización *Clan del Golfo*.

Indica que los responsables de esa persona son los investigadores de la DIJIN, que adelantan el caso con la Fiscalía 29 Seccional, al igual, que los mismos se encuentran adelantando la inclusión del demandante en el Programa de Protección y Asistencia de la Fiscalía.

El Teniente Coronel Héctor Jairo López López director de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación, señaló que en el caso del señor Andrés Yovany Sánchez Fernández, creo el caso N° 2113852N dentro del cual emitió ordenes de trabajo a la unidad de evaluaciones e investigaciones con el fin de adelantar evaluación técnica de amenazas y riesgo en favor del accionante, bajo lo establecido en la resolución 0-1006 de 2016.

Derivado del estudio técnico se generó el informe de fecha 17 de enero de 2022 y dentro de las labores realizadas por el evaluador se llevó a cabo entrevista del actor, en la misma el investigador a cargo procedió a explicarle el motivo de la misma, información del programa, sus principios rectores, consentimiento, reserva legal, las normas que lo regulan, forma de operar, las medidas de protección, los deberes y obligaciones del programa, entre otras.

Recalcó el evaluador la importancia de propender sobre las medidas de autoprotección y autoseguridad, comprometiéndose a practicarlas en pro de su bienestar, finalmente determinó el investigador su no vinculación, pues una vez recolectada la información pertinente y analizada a través del instrumento técnico de valoración de riesgo (TVR), evidencio un riesgo *ORDINARIO*, arrojando un resultado del 38.49% sido necesario un puntaje mínimo superior al 50%. Además, que en ese momento no encontró un hecho generador de riesgo alguno.

Igualmente, constató la carencia de conexidad establecida en el literal A del artículo 52 de la resolución 0-1006 de 2016, como requisito para el inicio de un proceso de protección. Lo anterior, a pesar de la participación del demandante como testigo al interior del proceso penal identificado con CUI

050016099029201800082. Perteneciendo a la banda criminal *Clan del Golfo* por el termino de 13 años.

Así pues, se decidió por medio de acta de no vinculación del día 20 de enero de 2022, comunicándole al demandante a través de oficio N° 20221100004221 y al despacho fiscal solicitante mediante oficio N° 20221100004211.

Indica que una vez practicado el análisis y este resulte negativo debe atenderse lo dispuesto en el artículo 81 de la aludida resolución, siendo el archivo si el resultado es la no incorporación del candidato. Decisión que no es susceptible de recursos, según lo establecido en el artículo 101.

Resalta la imposibilidad que el programa de protección adopte sus decisiones en contravía de la regulación establecida, que reglamenta sus procedimientos y protocolos. Por tanto, mantiene la decisión de no vincular al candidato a protección precisando que el acta de vinculación se encuentra con plena vigencia, es de obligatorio cumplimiento y produce los efectos jurídicos contenidos en ella. Pues no ha sido anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo conforme lo preceptuado en el artículo 89 de la ley 1437 de 2011.

Añade que en caso de que no se encuentre una norma que establezca la competencia para brindar protección a una persona, será la Policía Nacional la encargada de brindar el amparo tal como lo estipula el artículo 218 de la Constitucional Nacional, en concordancia con el artículo 19 de la ley 62 de 1993.

Señala la autonomía del programa de protección, las cuales inician con una solicitud de protección la cual implica con una evaluación técnica de amenaza y riesgo realizada por un investigador designado por el director, al cual le corresponde decidir sobre el ingreso del evaluado y bajo qué medida de protección.

Corresponderle a la Dirección y Coordinación del Programa de Protección y Asistencia prevista en la ley 418 de 1997, la cual se encuentra condicionada a la verificación de una serie de requisitos, dentro de los cuales se encuentra el artículo 52 literal A, que establece el principio de conexidad, el cual exige la presencia de una relación material entre las causas del riesgo, amenazas o peligro y las declaraciones rendidas por el beneficiario. Evaluación en la cual se estudia el nivel de riesgo y amenaza con base en la noticia criminal, los hechos y la solicitud de protección, siempre y cuando se establezca que actúa como víctima dentro de un proceso penal, y que dicha información se torne eficaz para la administración de justicia, generándose así un riesgo extraordinario y extremo.

Concluye su intervención, resaltando la improcedencia de la acción de tutela cuando existan otros recursos o medios de defensa, además el acta que decidió la no vinculación en el programa se encuentra en plena vigencia, no ha perdido ejecutoriedad, es de obligatorio cumplimiento y produce efectos jurídicos contenidos en ella, pues no ha sido anulada por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Solicita se denieguen las pretensiones incoadas por el tutelante, ya que esa entidad no ha vulnerado derechos fundamentales.

El **investigador criminal DIJIN Roberto Carlos Roa**, remitió respuesta a la vinculación, manifestado que el señor Andrés Yovany Sánchez no solo esta brindado información en el proceso que adelanta la Fiscalía 29 DECOC de Apartadó, al igual se encuentra aportando información en un proceso que adelanta la Unidad Especializada de Investigación que se encarga de manejar casos sobre líderes sociales y reincorporados de las FARC. Asegura que han brindado comida y seguridad al actor, aunque la asistencia debe ser proporcionada por la Fiscalía General de la Nación, pues su vida se encuentra en peligro, implorando que se le brinde ayuda al demandante.

Finalmente señala que actualmente no tienen los recursos económicos para continuar asistiendo al demandante, pues el dinero está surgiendo de sus propios ingresos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

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

2. Solicitud de amparo

El señor Andrés Yovanny Sánchez Fernández, solicita el amparo Constitucional de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por parte de la Fiscalía 29 Seccional DECOC Apartadó (Antioquia) y el Programa de Protección de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación.

3. De la naturaleza de la acción

La acción de tutela se ha establecido como el mecanismo por excelencia ágil y eficaz de defensa de los derechos constitucionales fundamentales, frente a las amenazas o agresiones de las que sean objeto por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos específicamente contemplados en la ley.

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

4. “Regulación del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos e Intervinientes en el Proceso Penal de la Fiscalía General de la Nación. Reiteración de jurisprudencia¹

El Estado ha reconocido que la participación de personas en calidad de testigos en los procesos penales puede generar una afectación a la seguridad personal, por lo que se vuelven merecedores de protección especial “en virtud del interés superior de sus derechos fundamentales y en razón de una clarísima obligación del Estado por cuyo cumplimiento es responsable, entre otras autoridades, la Fiscalía General de la Nación, ante el riesgo en que pueda quedar por virtud de su testimonio”^[31].

En virtud de lo anterior, y por mandato constitucional —numeral 7 del artículo 250 de la Carta Política—, la Fiscalía General de la Nación ha fungido como ente encargado de la seguridad y protección de víctimas, testigos e intervinientes en el proceso penal. En ejercicio de dicha labor, mediante la Ley 418 de 1997, artículo 67, se creó el "Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso y Funcionarios de la Fiscalía" a cargo del ente investigador, cuyo fin era otorgar protección integral y asistencia social para aquellas personas que funjan como testigos, víctimas e intervinientes en procesos penales, así como a sus familiares — hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil y al cónyuge, compañera o compañero permanente—. Dicho artículo, prorrogado y modificado por múltiples leyes (Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1738 de 2014, entre otras), fue regulado inicialmente mediante la Resolución 0-5101 de 2008, la cual fue derogada por el artículo 184 de la Resolución 1006 de 2016, normativa que rige actualmente la aplicación del ya mencionado programa.

Se determinó que dicho programa estaría a cargo de la Dirección Nacional de Protección y Asistencia, la cual debería adoptar como principios transversales a todo el actuar la dignidad humana, la igualdad, libertad en el consentimiento, la celeridad, la reserva de la información, la eficacia, la necesidad, la protección integral, la validez probatoria, la prevalencia del interés general, el factor diferencial y de género y la autonomía, entre otros. En relación con los principios fundantes del Programa, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que este no puede tornarse en un instrumento que avale la comisión de delitos, toda vez que

¹ Corte Constitucional **Sentencia T-288/19**

“aquellas personas que son parte del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos e Intervinientes en el Proceso Penal y Funcionarios de la Fiscalía, deben abstenerse de incurrir en cualquier conducta típica, so pena de perder las medidas adoptadas a su favor. Esto se debe a que no es razonable que el Estado sea el garante o proporcione auxilio a un agresor de los bienes jurídicos que este protege”^[32].

Lo anterior resulta de la mayor importancia en la medida en que el programa funge como una herramienta para la correcta y efectiva administración de justicia, donde a partir de la protección de aquellos sujetos que se vean vinculados por diferentes razones a los procesos penales, se podrá recolectar mayores insumos que permitirán no solo mayor profundidad en las investigaciones, sino que además las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales sean proferidas con mayor sustento y por tanto, respetando el derecho al debido proceso.

En conclusión, frente a la incorporación, se debe verificar que exista:

“(i) un riesgo extraordinario que amenace la seguridad personal, al punto que éste sea específico e individualizable, concreto, presente, importante, serio, claro y discernible, y desproporcionado; (ii) un nexo causal directo entre participación procesal eficaz para la administración de justicia y los factores de amenaza y riesgo derivados de esa colaboración; (iii) se compruebe que la solicitud de vinculación al programa no está motivada por interés distinto que el de colaborar oportuna y espontáneamente con la Administración de Justicia; (iv) las medidas de seguridad necesarias correspondan a las que prevé el Programa; (v) que la protección del peticionario no constituya un factor que afecte en forma insuperable la seguridad de la estructura del Programa o de la Fiscalía General de la Nación; y, (vi) los beneficiarios hayan manifestado su voluntad de ingresar al Programa”^[33].

Por tanto, la labor del Programa es el determinar, con fundamento en los lineamientos previamente mencionados, las medidas de protección requeridas por los sujetos solicitantes de manera tal que su vida y su seguridad personal se vean resguardadas de cualquier amenaza declarada como extraordinaria.

En los diferentes instrumentos que han regido el Programa de Protección se ha determinado que el incumplimiento de los compromisos adquiridos por un

beneficiario en el acta de compromiso o en la Resolución 0-1006 de 2016, ha de resultar en la exclusión del mismo. “Sin embargo, la entidad no está facultada para disponer la exclusión del programa a priori, sino que en su lugar debe tender a mantener la protección si las condiciones de riesgo no han variado. Por tanto, en primera medida corresponde adoptar las medidas necesarias para remediar y prevenir nuevas infracciones y como último recurso disponer el retiro”^[34].

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en ponderar la necesidad de proteger el derecho a la vida con el ejecutar medidas ante el incumplimiento, accediendo en diferentes casos el reintegro de los beneficiarios cuando las situaciones de peligro y amenaza siguen siendo recurrentes, situaciones que se generaron en virtud de la colaboración con la justicia^[35].”

Del caso concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

Ahora bien, se extracta de la petición constitucional que eleva el señor Andrés Yovanny Sánchez Fernández, que protesta ante la Fiscalía 29 Seccional DECOC

Apartadó (Antioquia), con el fin de que se ordene su incorporación de manera inmediata en el Programa de Protección y Asistencia a Víctimas de la Fiscalía General de la Nación.

Así las cosas, esta Sala, entrará a definir si se cumplen con los requisitos para la procedencia de la acción constitucional.

La acción de tutela fue creada para que toda persona puede reclamar ante los jueces de la República en todo momento y lugar, bajo un procedimiento preferente y sumario la protección de los derechos fundamentales que consideren vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, no obstante, se debe de cumplir con los siguientes requisitos: (I) legitimación en la causa por activa; (II) trascendencia iusfundamental del asunto; (III) subsidiariedad; e (IV) inmediatez.

En cuanto al carácter subsidiario de la acción de tutela, al efecto y conforme al requisito de la *subsidiariedad*, el cual se establece cuando el accionante para la protección de sus derechos fundamentales no dispone de otro medio de defensa judicial, a no ser, que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; pues al existir otros medios judiciales idóneos y eficaces para la protección de esos derechos, este requisito se desvanece. Consecuente con lo anterior, un medio judicial es idóneo cuando es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales.

Recuérdese que esta acción es de carácter residual y subsidiaria y solo procede ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa, a menos que se invoque de manera transitoria para conjurar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, quebranto que debe ser aducido por quien acciona.

En ese sentido se vislumbra que el afectado, en el sentido de controvertir el acta por medio del cual le fue negada la vinculación al programa de protección y asistencia de la Fiscalía General de la Nación, el mismo puede ser debatido

por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativo.

Ahora, referente a la decisión que es objeto de la presente acción constitucional, donde se le niega la vinculación al Programa de Protección de la Fiscalía General de la Nación, al considerar amenazada su vida e integridad personal por ser víctima y testigo dentro de una investigación penal seguida en contra de integrantes de la organización criminal *Clan del Golfo*, pedimento que lo eleva por las presuntas amenazas en contra de su integridad y la de su grupo familiar.

Por su parte, el director de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación, informó que creó el caso N° 2113852N dentro del mismo emitió directrices a la unidad de evaluaciones e investigaciones, con el fin de adelantar evaluación técnica de amenazas y riesgos, bajo los preceptos de la resolución 0-1006 de 2016. En la misma se determinó la no inclusión del demandante en el programa, dado que no se constató la conexidad exigida, además que el riesgo fue puntuado como ordinario. Dicha decisión no es susceptible de recurso alguno.

En dicha evaluación, una vez recolectada la información pertinente y analizada a través del instrumento técnico de valoración de riesgo, se evidenció un riesgo de carácter ordinario, arrojando un resultado de 38.49% siendo necesario que supere el 50%, tampoco se encontró un hecho generador de riesgo en ese momento.

El Fiscal 29 Seccional DECOG Apartadó, asintió que el demandante proporcionó información amplia sobre la organización criminal al funcionario de Policía Judicial Roberto Carlos Roa, información que considera muy relevante para la investigación, señalando lo siguiente: *“El peticionantes facilito información en declaración de aproximadamente 50 páginas donde contextualizo y relaciono a más de cien personas que integran este GAO y algunos de estos repito con cargos superiores y otros siendo servidores públicos, contexto este que por*

supuesto coloca al peticionante en una situación inminente de riesgo para su vida y la de sus familiares.”

Asegurando además que, para salvaguardar la vida del actor, el funcionario Roberto Carlos Roa con el apoyo de otros funcionarios, lo custodian bajo medidas de seguridad en un lugar secreto, aun así, esa condición es transitoria porque los servidores exponen que no cuentan con los recursos económicos para proseguir con la manutención.

En este punto, es importante destacar lo manifestado por el demandante, corroborado por el despacho fiscal demandado, y por el investigador criminal Roberto Carlos Roa Martínez, en cuanto a las amenazas, intimidaciones y el atentado en contra de la vida del demandante.

Por otra parte, una vez analizada el acta donde se decidió la no vinculación del señor Andrés Yovany Sánchez Hernández, aportada en la respuesta de tutela por la Dirección de Protección y Asistencia de la Fiscalía, en ella se evidencia que no especifica cuales fueron las razones de peso para considerar el resultado del instrumento técnico de valoración de amenazas y riesgo en 38,49%, y el criterio del riesgo ordinario, además de las razones precisas para establecer la falta de conexidad, pues, se avizora que no fue evaluado lo manifestado por la Fiscalía 29 Seccional DECOG Apartadó, ni por los investigadores de la DIJIN.

Recuérdese que es deber del Estado proteger a todos los Colombianos, en especial aquellos que se encuentran sometidos a situaciones de riesgo que amenace su integridad personal o su vida como resultado de su participación en una investigación como víctima, testigo o interviniente.

Así las cosas, es ostensible que aunque existe un acto administrativo que emitió la dependencia encargada de analizar la situación de riesgos del accionante, y que el mismo puede ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa, evidente es que de lo contemplado en la misma

no se avizora que en efecto se tuvieron en cuenta los aspectos que han sido puestos de presente por las diferentes autoridades que han estado en conocimiento directo de la situación de riesgos del accionante por lo que si bien es cierto en esta instancia no es posible entrar a invadir la competencia de quien legalmente fue investido por la ley para resolver el asunto, y bien puede controvertirse lo allí decidido ante la jurisdicción contencioso administrativa también lo es que el trámite ante la misma visto el riesgo que se menciona viene padeciendo, podría resultar nugatorio de la real protección de a vida del accionante, y dado se itera que la decisión que emite tal autoridad no comprende todos los aspectos que permitan valorar el riesgo real del accionante por lo que resulta entonces pertinente la intervención excepcional del juez de Tutela y disponer que el amparo incoado por el señor Andrés Yovanny Sánchez Fernández, deberá de concederse, ante la amenaza de sus derechos fundamentales, a fin de que la dirección de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación, evalúe la información que esta suministrando tanto la Fiscalía 29 Seccional DECOC de Apartadó y el investigador criminal de la DIJIN Roberto Carlos Roa y evalúe nuevamente la situación del solicitante, pues tal y como lo ha resaltado la Corte Constitucional entre otras decisiones en la sentencias T-184 de 2013 y la T-355 de 2016, sobre la necesidad de revisar permanentemente la situación de las personas que solicitan protección a la Fiscalía General de la Nación al indicar :

“La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en ponderar la necesidad de proteger el derecho a la vida con el ejecutar medidas ante el incumplimiento, accediendo en diferentes casos el reintegro de los beneficiarios cuando las situaciones de peligro y amenaza siguen siendo recurrentes, situaciones que se generaron en virtud de la colaboración con la justicia”

Por lo anterior, esta Sala ORDENARÁ a la dirección de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación, que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a valorar de nuevo la solicitud de

inclusión incoada en favor del señor Andrés Yovanny Sánchez, teniendo en cuenta todos los aspectos puestos en consideración por la Fiscalía 29 Seccional DECOG de Apartadó y el investigador criminal de la DIJIN Roberto Carlos Roa y dentro de los 10 días siguientes emita nueva resolución al respecto, en concordancia a lo previsto el artículo 151 de la resolución 0-1006 de 2016.²

Providencia discutida y aprobadas por medios virtuales.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Andrés Yovanny Sánchez Fernández, en contra de la Dirección de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos e Intervinientes de la Fiscalía General de la Nación; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SE ORDENA a la dirección de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación, que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a valorar de nuevo la solicitud de inclusión incoada en favor del señor Andrés Yovanny Sánchez, teniendo en cuenta todos los aspectos puestos en consideración por la Fiscalía 29 Seccional DECOG de Apartadó y el investigador criminal de la DIJIN Roberto Carlos Roa y dentro de los 10 días siguientes emita nueva resolución al respecto.

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

² “ Las medidas se resolverán dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo del informe de Policía Judicial ...”

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada en permiso

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación:

3c0ad0b59fc5ef0b4e3ac14bcb8fbc87212801dcd8687c973a104683543d16b0

Documento generado en 14/02/2022 04:04:43 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso NI: 051016000271202000018 **NI:** 2021-1830-6
Acusado: NICOLÁS HERNANDO CUARTAS MUÑOZ
Delito: Tentativa de homicidio
Decisión: Confirma
Aprobado Acta No: 19 **Sala:** 6

Magistrado Ponente: Gustavo Adolfo Pinzón Jácome. -

Medellín, febrero catorce de dos mil veintidós,

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto, contra la sentencia condenatoria emitida el pasado 19 de noviembre del 2021, por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar.

II. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE. -

Los hechos que sirven de sustento a la acusación fueron narrados en la sentencia de primera instancia de la siguiente manera:

“Los hechos que dieron origen a la presente causa, se presentaron la noche del 26 de septiembre de 2020, cerca de la fonda -tienda- ubicada en la vereda Samaria del municipio de Ciudad Bolívar, donde se encontraban los señores ORFENIO DE JESÚS GUTIÉRREZ GARCÍA y su esposa desde pasadas las tres de la tarde ingiriendo licor, hasta allí arribó el señor NICOLÁS HERNANDO CUARTAS MUÑOZ, quien ofreció al primero unas prendas de vestir, pactaron entonces el pago por cuotas; después de dicha negociación, el vendedor que permaneció en el sitio también ingiriendo bebidas embriagantes, le pidió al comprador le cancelara los artículos de contado, petición que no fue del agrado del comprador, razón por la que devolvió las prendas, circunstancia que motivó una fuerte discusión entre ellos y salieron del establecimiento a la vía carreteable donde tuvieron un primer enfrentamiento, en el que ORFENIO recibió una lesión en el cuello y en una mano sin mayores consecuencias, en tanto NICOLÁS salió ileso y se retiró del lugar, hecho que se suscitó a eso de las ocho de la noche.

Transcurrieron algunos minutos y cuando ORFENIO con su señora Rosalba se disponía a abandonar el lugar para irse a su vivienda, volvió NICOLÁS a bordo de una motocicleta, y

nuevamente volvieron a enfrentarse en la vía pública, momento en el que ORFENIO lesionó con un machete en la oreja izquierda a NICOLÁS HERNANDO y éste en respuesta arremetió provisto de una rula en contra de su agresor que cae al piso desarmado, allí le causa múltiples heridas, después NICOLÁS se aleja; pasó un tiempo hasta que finalmente llegó desde el caso urbano la patrulla de la policía que recoge a ORFENIO gravemente herido y lo trasladan al hospital, después lo remiten a una clínica de la ciudad de Medellín donde logran salvarle la vida. A NICOLÁS lo capturan en las instalaciones del hospital, donde se le prestó la atención por la lesión que presentaba.”

Las audiencias preliminares concentradas de legalización de captura e imputación por el delito de homicidio en grado de tentativa, las realizó el 28 de septiembre de 2020, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con función de control de garantías de la localidad, el implicado NICOLÁS HERNANDO CUARTAS MUÑOZ, no aceptó el cargo. El ente fiscal solicitó en la misma audiencia, la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva domiciliaria. El 26 de noviembre de 2020, se recibió vía correo institucional escrito de acusación, se fijó para el 20 de enero de 2021 la audiencia, en esta ocasión por petición de la defensa se reprogramó para el 2 de febrero de 2021, fecha en la cual se materializó el foro virtual, momento en el cual la defensa invocó nulidad incluso de la imputación y de la acusación por presunta vulneración de garantías fundamentales, petición a la cual no accedió el Despacho, lo que motivó la interposición del recurso de alzada por. El 12 de marzo del presente año, la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia decidió confirma la determinación del despacho de primera instancia, el 6 de abril de 2021, se fijó el 22 del mismo mes y año, para realizar la audiencia preparatoria, evacuada ésta, se señaló el 26 y 27 de mayo para el juicio oral, y el 6 de septiembre, se culminó el período probatorio. Y el 08 de se anunció el sentido de fallo de carácter condenatorio y se dio curso a la audiencia de individualización de la pena.

III. SENTENCIA OBJETO DE APELACIÓN. -

Contiene un recuento de los hechos, la actuación procesal relevante, la filiación del acusado, las estipulaciones probatorias a las que llegaron las partes, las consideraciones del despacho, la ubicación jurídica de las conductas punibles y la valoración de la prueba aportada en el juicio.

Inicialmente, la Juez *a-quo* indicó que si bien es cierto el procesado esta alegando que obró amparado en una causal de justificación, no aparece demostrado como lo prende la defensa que en efecto los hechos se presentaron como lo es indica sino por el contrario aparece

clara que después del enfrentamiento inicial que se dio entre NICOLAS Y ORFENIO, el primer regresa al lugar de los acontecimientos y agrede a ORFENIO, no una sino varias veces, valiéndose de una rula con la que regreso al sitio de los hechos.

Se ocupó de lo ocurrido con el señor FRANCISCO JAVIER PINEDA RIOS, quien dice que vio todo lo sucedido inicialmente en su negocio, y posteriormente en las afueras del mismo, sin que sea posible tomar como cierto lo que indica aprecio, pues el lugar del segundo evento era en las afueras de la fonda y no tenía buena iluminación como lo relata la esposa e hija del ofendido ORFENIO.

Resaltó igualmente que los testigos traídos por la defensa, a saber, el trabajador del señor NICOLAS y su esposa, no suministraron mayores datos de los hechos por la incapacidad de la defensa de interrogarlos en debida forma ante las objeciones de la defensa, con lo que evidente es que la teoría que pretendía presentar el defensor no quedó acreditada.

Indicó que si lo que ocurrió fue una riña tal y como lo ha predicado de tiempo atrás la jurisprudencia no es posible que se hable de una legítima defensa.

Indicó que acreditado entonces como esta que en efecto el procesado al lesionar al señor ORFENIO, no buscaba defenderse sino agredirlo, vista la cantidad de veces que le hizo lances con la rula una vez estaba en el suelo y vista además la magnitud de las heridas propinadas y el lugar anatómico donde las mismas se produjeron, resulta demostrada la materialidad y autoría en el delito de tentativa de homicidio por el que se acusó.

A reglón seguido señaló que vista las circunstancias que rodearon la ejecución de los hechos en especial el primer momento de la agresión, resulta posible conceder la rebaja de pena contemplada en el artículo 57 del Código Penal.

Hizo entonces a NICOLAS HERNANDO CUARTAS MUÑOZ destinatario de una sentencia condenatoria, y al momento de fijar la pena se ubicó en el cuarto mínimo y en ese en su límite superior imponiendo una pena de 55 meses de prisión y le concedió al condenado la prisión domiciliaria.

IV. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO Y SUSTENTADO. –

El abogado defensor del procesado interpone recurso de apelación contra la sentencia condenatoria que sustenta de la siguiente manera:

Inicia señalando que se probó una legítima defensa indica que es claro que la presunta víctima, estaba bebiendo con otras personas desde horas antes en una fonda, lo que se presentó inicialmente fue el ofrecimiento de unas prendas de vestir, sobre las que se realiza una transacción comercial. NICOLAS HERNANDO CUARTAS, nunca fue visto armado antes de la confrontación, los hechos según la exposición de la Fiscalía se presentan entre NICOLAS y ORFENIO, después de consumir varios tragos de licor, cuando ORFENIO lanza palabras fuertes sin motivo alguno en contra de NICOLAS, por lo que este se aleja del punto al interior de la fonda y es ORFENIO quien se le acerca con un arma blanca – tipo peinilla, amedrentándolo y causándole unas leves lesiones a NICOLAS en el cuello. En ese momento los presentes en el lugar FRANCISCO JAVIER PINEDA y su hija, le pidieron a ORFENIO que no siguiera molestando, pero este responde *“no pare bolas que así somos los hombres”*, continuando con su comportamiento agresivo y retador, por lo que NICOLAS intervino tratando de calmar a ORFENIO, y alejándose del lugar hacia el billar, pero OFRENIO vuelve y le hace un lance con el machete, haciéndole un puntazo en el abdomen, ataque que no fue más grave porque NICOLAS logró evitarlo.

Señala que así se demuestra que su representado no tenía la intención de matar fue ORFENIO quien hizo lances en el cuello y estomago de NICOLAS, lo que además se corrobora con la valoración médica, persona que no portaba además ningún arma blanca en ese momento.

Después de estos hechos NICOLAS, se retira de la fonda, camino a su casa, pero por haberle entregado el dinero a FRANCISO JAVIER PINEDA el dinero para el pago de su arriendo decide volver a la fonda, y allí se presenta el segundo momento, pues cuando esta apunto de llegar al establecimiento con la motocicleta en moviente, se avanza sobre él ORFENIO, quien con su cuchillo le propina nuevamente cortes en la cabeza, hiriéndolo en la oreja, cuello y espalda como lo demuestra la valoración de Medicina Legal, y llegando a tumbarlo, por lo que estando NICOLAS en estado vulnerable en el piso, ORFENIO, vuelve a agredirlo, por lo que NICOLAS buscando defenderse busca el primer objeto que tiene a la mano y se defiende, cesando su actuar cuando NICOLAS esta desarmado.

Se evidencia entonces que se está frente a una legítima defensa, pues había la necesidad de defenderse de las agresiones de ORFENIO, quien no solo una sino en varias oportunidades logró agredirlo en el primer evento, y en el segundo cuando regresa NICOLAS al bar para buscar el dinero que había dejado, además ante esa nueva agresión

cuando estaba en la motocicleta, buscó el primer objeto que encontró para defender su vida, frente a la agresión de la que era objeto, respuesta que se dio frente a la agresión de forma adecuada y proporcionada, visto el elemento con el que estaba siendo agredido.

No puede entonces decirse que no obró en legítima defensa, y es una imputación deshonrosa que hace la Fiscalía que en efecto su asistido agredió indebidamente al señor ORFENIO, pues se insiste lo que hizo NICOLAS fue simplemente lo necesario y adecuado para defenderse de una agresión actual e injusta.

Al recorrer el traslado la representante de la Fiscalía General de la Nación, manifiesta que se debe confirmar la sentencia condenatoria en su integridad, pues no existe la legítima defensa que está alegando el señor defensor, visto los dos momentos en que se presentaron los hechos, siendo claro que en el segundo evento que NICOLAS aprovechado que ORFENIO ya había salido del lugar lo atacó por sorpresa poniendo en peligro la vida de esta persona.

Llama la atención de no entender porque el defensor simultáneamente dice que su representado obró en legítima defensa, miedo insuperable e ira e intenso dolor, sin presentar argumentos sobre estas dos últimas figuras, y censura que el defensor considere injuriosas las manifestaciones de la Fiscalía, pues la condena conforme a las pruebas aportadas en el juicio.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA. -

Visto los planteamientos del recurrente la Sala deberá verificar si la valoración de la prueba hecha por el Juez de primera instancia resultó acertada y en especial si en efecto se probó o no una legítima defensa.

Al respecto debe indicar la Sala de una vez, que el señor defensor pretende se de una lectura de los hechos que no corresponde a lo vertido en el juicio, pues aunque el admite que los mismos se presentaron en dos momentos diversos, una discusión inicial en la Fonda La Samaria, y otra en un billar, lo cierto es que ninguno de los testigos arrimados al juicio indican que el segundo evento se presentara en un billar, por el contrario, todos indican que fue en la vía pública fuera de la fonda.

De otra parte y aunque el señor defensor al sustentar la alzada señala que las declaraciones y entrevistas aportadas al juicio, señala que su representado regresó desarmado al lugar de

los hechos, en busca de un dinero que se le quedo para pagar el arriendo, persona alguna de las que declara en el juicio se refiere a ese evento, es mas ni siquiera la persona que supuestamente estaba guardando el dinero hace mención alguna a este hecho, como se desprende de lo vertido en el juicio por los testigos de descargo JESUS ANTONIO MURIEL ESCOBAR y GLORIA VELASQUEZ HENAO y el testigo de la Fiscalía FRANCISCO JAVIER PINEDA, por lo mismo esas manifestaciones que hace el señor defensor de los motivos por los cuales su representado volvió a la fonda donde se había presentado el primer alterado, no aparece probado.

Es que persona alguna que llega al juicio se itera señala que NICOLAS volviera a recoger un dinero para pagar un arriendo, por el contraigo, todos los que se refieren a su regreso indican que el volvió a la fonda pero ya en una moto y con una “rula”, en la mano suscitándose entonces un nuevo enfrentamiento con ORFENIO, quien para ese momento dejaba a fonda en compañía de su esposa, en ese orden de ideas si la narración fáctica que ahora hace el señor togado defensor para fundamentar su petición de reconocer la legitima defensa, no concuerda con lo probado en el juicio, inánime resulta adentrarse a considerar si en enero lo que el narra constituye o no legítima defensa.

De otra parte, no aprecia la Sala que las conclusiones expuestas en el fallo de primera instancia de porque no existió una legítima defensa sea erróneas, al respecto debemos precisar que la jurisprudencia de tiempo a tras ha señalado cuales son e los elementos constitutivos de la legítima defensa la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹ precisa de tiempo a tras lo siguiente:

“La legítima defensa es una causal de ausencia de responsabilidad porque justifica el actuar típico. En efecto, el numeral 6° del artículo 32 del C.P. dispone que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando «se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcional a la agresión». Requiere, por tanto, para su configuración, que en el proceso se encuentre acreditada la concurrencia de los siguientes elementos:

a). Que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual [patrimonio económico, vida, integridad física, libertad personal]. individual [patrimonio económico, vida, integridad física, libertad personal].

b). Que sea actual o inminente. Es decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo.

c). Que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice.

¹ SP 4289 del 2020.

d) *Que la entidad de la defensa, sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión.*

e) *Que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada. Es decir que, de darse la provocación, ésta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado.*²

Los elementos probatorios aportados en el juicio, nos dan cuenta de un altercado inicial entre ORFENIO Y NICOLAS, en el que los dos se agreden físicamente, el cual al parecer empieza por una diferencia sobre el pago de unas prendas y el hecho que ORFENIO quien había dicho que no tenía dinero para esto, siguiera en la ingesta de alcohol. Sin embargo una vez terminado tal enfrentamiento en que ORFENIO esgrimió un machete y alcanzó a causar una leve herida a NICOLAS, los dos abandonan el lugar, pero al poco rato cuando ORFENIO ya está en la calle en compañía de su esposa MARIA ROSALBA VANEGAS HOYOS e hija YURANIS GUTIEREZ VANEGAS, es que aparece de nuevo NICOLAS en una motocicleta, ya armado con una rula, y se enfrasca nuevamente en una reyerta con ORFENIO, quien después de caer al piso es lesionado una y otra vez por NICOLAS, tal y como se desprende no solo de lo narrado por su esposa e hija presentes en el lugar sino por las múltiples heridas que recibió y que fueron debidamente acreditadas con la valoración médico legal.

No fue entonces que NICOLAS debió defenderse de una agresión actual e injusta como bien pudo ocurrir en el primer evento donde ORFENIO, empezó los ataques, sino que ya cesado el mismo NICOLAS vuelve al lugar ya armado como se ha dicho con una rula, y se enfrasca nuevamente en una lid con ORFENIO, lo que indiscutiblemente constituye ya no un acto de defensa sino un efectivo acto de retaliación, que inhibe el pensar en una legítima defensa, señala el profesor LUIS EDUARDO MEZA VELASQUEZ, *“Si la violencia ha pasado ya no es actual y cualquier reacción tardía sería venganza y no defensa por no ser necesaria.”*³ Por lo tanto no existe ninguna legítima defensa en favor del procesado y la conclusión a la que se arriba en el fallo de primera instancia resulta acertada.

Ahora bien, no entiende la Sala en donde está estructurado el miedo insuperable que el señor defensor menciona en su alegato de apelación no se reconoció, y aunque también

² Cfr. CSJ. SP 26 Jun. 2002, Rad. 11679, y en similares términos SP 6 Dic. 2012, Rad. 32598; AP1018-2014, 5 Mar. 2014, Rad. 43033; y SP2192-2015, 04 Mar. 2015, Rad. 38635.

³ LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ. LA LEGÍTIMA DEFENSA, página 308 en la compilación La Legítima defensa Estudios de Derecho Penal General de la Editora Jurídica de Colombia. Bogotá 1993.

reclama se reconozca la circunstancia de ira e intenso dolor debe señalarse que la falladora de primera instancia si la reconoció, y aplicó la graciosa rebaja de pena contemplada en el artículo 57 del Código Penal, la cual si bien es cierto la Sala no encuentra debidamente acreditada, lo cierto es que como aquí, quien apeló solo fue la defensa, mal se haría sin dar al traste con el principio de la *no reformatio in pejus*, entrar a revocar el reconocimiento de tal diminuyente.

En este orden de ideas, no encuentra la Sala razón alguna para entrar a revocar la proviene materia de impugnación.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia materia de impugnación proferida 19 de noviembre del 2021, por el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar, en contra de NICOLAS HERNANDO CUARTAS MUÑOZ.

de conformidad a las razones expuestas en el cuerpo de este proveído.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse dentro de los 5 días siguientes (artículo 98 Ley 1195/10). -

CÓPIESE y a su ejecutoria DEVUÉLVASE al Juzgado de origen.

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

NANCY AVILA DE MIRANDA

Magistrada en permiso

ALEXIS TOBÓN NARANJO

Secretario

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

f8c0849b0f320dce7bfe3c92a4471332f13fd746964903f9930d192c0ce95609

Documento generado en 14/02/2022 04:04:32 PM

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

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