

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

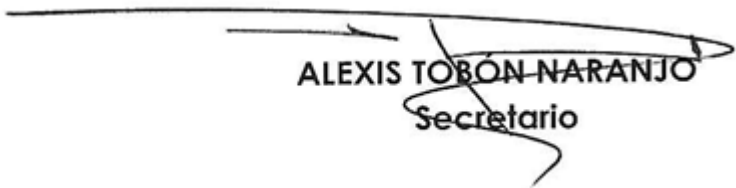
ESTADO ELECTRÓNICO 03

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.

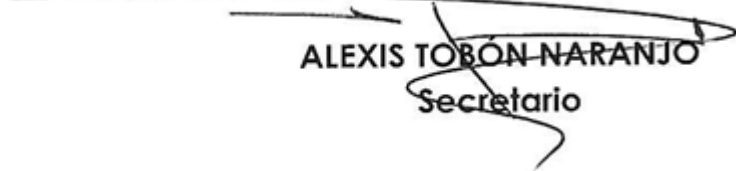
Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2018-1779-1	Sentencia 2º instancia	HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA Y OTRO	ALEXANDER DUARTE ZAPATA	Revoca sentencia de 1 instancia	Febrero 22 de 2022
2019-0915-1	Sentencia 2º instancia	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	JUAN PABLO CRUZ GIL	Revoca sentencia de 1 instancia	Febrero 22 de 2022
2022-0075-2	Tutela 2º instancia	MARÍA NELLY RÍOS GARCÍA.	COLPENSIONES y otros	Confirma fallo de 1º instancia	Febrero 21 de 2022
2021-1839-2	Sentencia 2º instancia	Actos sexuales con menor de 14 años	V.M.C. U	Confirma sentencia de 1º instancia	Febrero 22 de 2022
2022-0100-3	Tutela 2º instancia	Alfonso Torres Rojas	Unidad Administrativa Especial de Atención y reparación a las victimas	Confirma fallo de 1º instancia	Febrero 21 de 2022
2022-0188-3	Consulta a desacato	Jesús David Vélez Correa	NUEVA EPS	Declara nulidad	Febrero 21 de 2022
2022-0196-3	Consulta a desacato	José Miguel Mejía Padilla	COOMEVA EPS	Declara nulidad	Febrero 22 de 2022
2022-0212-3	Tutela 1º instancia	Alveiro Alexander Estrada Ascuntar	Juzgado 2º de E.P.M.S. de El Santuario Antioquia y o	Requiere accionante	Febrero 22 de 2022
2021-0133-3	Tutela 2º instancia	Carlos Arturo Montoya	COLPENSIONES y otros	Confirma fallo de 1º instancia	Febrero 22 de 2022
2022-0179-3	Tutela 1º instancia	Juan Diego Cartagena Betancur	JUZGADO 3º DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA	Rechaza acción constitucional	Febrero 23 de 2022
2021-0146-4	Tutela 1º instancia	Danny Esteban Daza Berrío	Juzgado 2º Laboral del Circuito de Apartado	Niega por improcedente	Febrero 21 de 2022
2016-2508-4	Sentencia 2º instancia	RECEPTACION AGRAVADA	Arley de Jesús Cardona Panesso.	Confirma sentencia de 1º instancia	Febrero 23 de 2022

2021-1807-5	Auto ley 906	Hurto calificado y agravado	Anderson Esmith Franco Urrea	Fija fecha de publicidad de providencia	Febrero 22 de 2022
2022-0015-5	Auto ley 906	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	Carlos Fernando Jiménez Espinal	Fija fecha de publicidad de providencia	Febrero 22 de 2022
2021-0541-4	Auto ley 906	Concierto para delinquir agravado	Zulma Julieth Bedoya Castro	Fija fecha de publicidad de providencia	Febrero 22 de 2022
2022-0189-5	Consulta a desacato	Gustavo de Jesús Arboleda López	Unidad Administrativa Especial de Atención y reparación a las víctimas	Revoca sanción impuesta	Febrero 21 de 2022
2022-0145-6	Tutela 1º instancia	DILSON HERNÁNDEZ CORTES	Juzgado 4º de E.P.M.S de Antioquia y otro	Niega por improcedente	Febrero 21 de 2022
2021-1453-6	Sentencia 2º instancia	Desaparición Forzada	EDER FRANCISCO BENITEZ POLO	Confirma sentencia de 1º instancia	Febrero 21 de 2022
2022-0199-6	Decisión de Plano	abuso de función publica	Marji Estela Echeverri Jiménez	Dirime conflicto de competencia	Febrero 22 de 2022

FIJADO, HOY 22 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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 022

RADICADO : 2018 1779
DELITOS : HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA
CONCIERTO PARA DELINQUIR
ACUSADO : ALEXANDER DUARTE ZAPATA
PROVIDENCIA : SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra del fallo proferido el 12 de septiembre de 2018, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante el cual decidió CONDENAR al señor ALEXANDER DUARTE ZAPATA por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA y como CÓMPLICE del CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO.

ANTECEDENTES

Se dice en la sentencia que los hechos por los cuales fue vinculado al proceso el señor ALEXANDER DUARTE ZAPATA sucedieron el 08 de febrero de 2004, en la calle 110 con carrera 54 del barrio 20 de octubre del municipio de Apartadó (Ant.), donde se reportó el

deceso de la señora Martha Cecilia Aguirre Ríos, como consecuencia de varios impactos producidos por arma de fuego. DUARTE ZAPATA, quien en su rol de colaborador del frente Arlex Hurtado del Bloque Bananero de las AUC, cumplió el mandato criminal que le fuera designado por John Jairo Álvarez Manco, en calidad de Urbano de la estructura criminal. Por otra parte, la víctima hacía parte de la población civil y por tanto considerada como persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario.

El 02 de noviembre de 2017, la Fiscalía delegada ante los juzgados penales del municipio de Andes vinculó mediante indagatoria al señor Alexander Duarte Zapata (Cfr. Fl. 243 C.O. 2) y el 07 de noviembre siguiente resolvió la situación jurídica del indagado imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de Homicidio en Persona Protegida y Concierto para Delinquir Agravado (Cfr. Fl. 244 y ss. ídem), decisión que fuera recurrida por la defensa el 20 de diciembre siguiente (Fls. 262-265 ídem) y denegada por extemporaneidad en la presentación de la censura (fl. 266 ídem).

El 18 de enero de 2018, se amplió la indagatoria (fl. 279 y ss. ídem) y el 12 de marzo del mismo año, se calificó el mérito del sumario con Resolución de Acusación en contra del procesado como coautor material de los delitos de Homicidio en Persona Protegida y Concierto para Delinquir Agravado. La providencia cobró ejecutoria el 22 de marzo de 2018. (Cfr. Fls. 341-355 ídem).

El proceso fue sometido a reparto ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de Antioquia y le correspondió al segundo de dicha especialidad, quien, dispuso correr traslado de que trata el

artículo 400 de la Ley 600 de 2000, el 25 de abril de 2018¹ y se convocó a la audiencia para el 31 de mayo de 2018, sin embargo, la misma no pudo realizarse por inasistencia del defensor. (Cfr. Fl. 359 vto y 378 y ss. C.O. 2). El 12 de junio siguiente se adelantó la audiencia preparatoria (fl. 380 ídem) y el 21 de agosto del mismo año culminó la práctica probatoria, donde además, se escucharon los alegatos de conclusión. (Cfr. Fl. 410 ídem). La sentencia fue proferida el 12 de septiembre de 2018. (fl. 411 y ss. ídem).

LA DECISIÓN OBJETO DE APELACIÓN

Para lo que interesa, el Juez de primera instancia encontró merito suficiente para emitir la sentencia condenatoria, al existir elementos probatorios que dan cuenta de la colaboración que efectuaba el procesado DUARTE ZAPATA a la empresa criminal para cumplir con uno de los fines por los cuales fue creada, de la que dedujo, se sitúa en el plano de la complicidad frente al punible de Concierto para Delinquir Agravado a través de uno de los integrantes de las AUC, Frente Arlex Hurtado, como lo era John Jairo Álvarez Manco, conocido con el alias de “Mono” o “Monito”.

En cuanto al delito de Homicidio en Persona Protegida, advirtió el fallador de primer grado que, con las pruebas documentales y testimoniales allegadas al plenario, no cabía duda alguna frente a la materialidad de la conducta, misma que ocurrió el 08 de febrero de 2004 y de la cual dieron cuenta los señores Edgar de Jesús y Flor Marleny Aguirre Ríos, hermanos de la víctima Martha Cecilia. También tuvo en cuenta el informe de necropsia No 2004AP-018; el acta de inspección técnica a cadáver y el Registro Civil de

¹ Cfr. Fl. 359 del C.O. 2.

Defunción de la señora Martha Cecilia Aguirre Ríos, con lo que se puede concluir la muerte violenta que la víctima padeció en manos de la organización delincriminal Frente Arlex Hurtado, Bloque Bananero de las Autodefensas Unidas de Colombia.

Frente a la responsabilidad penal que le asiste al implicado DUARTE ZAPATA, el A quo destacó que luego del debate probatorio no quedó duda alguna frente a los responsables del homicidio y resaltó lo expuesto al respecto por el postulado a Justicia y Paz, John Jairo Álvarez Manco, quien dio cuenta de los pormenores de la orden que se le impartió como “Urbano” para que lo cometiera, misma que le fue dada por el Comandante del ala militar alias “Cepillo”, a través del Comandante Político. Así mismo, dio cuenta de la razón por la cual se le impartió el mandato, que fue por colaboración con la guerrilla y porque la víctima había denunciado a alias “viejo Rafa”, circunstancias que fueron ratificadas en diligencia de indagatoria efectuada a Mario de Jesús Granja Herrera, alias “El Flaco”, Comandante de Urbanos del Frente Arlex Hurtado, superior inmediato de Álvarez Manco, este último quien optó por llevar a cabo el cometido a través de dos colaboradores de la organización criminal, dentro de los cuales se señaló a Alexander Duarte, alias “El Orejón”, y a Franklin, de quien no recordó el apellido, quienes una vez perpetraron el atroz crimen procedieron a su encuentro para entregarles las armas a fin de que él las guardara.

Se estableció en el fallo de primera instancia la forma como pudo calificarse el repugnante suceso, dentro de lo establecido por el artículo 135 del Código Penal, al haberse demostrado, no sólo, que la conducta homicida se cometió con ocasión y en desarrollo del conflicto armado interno, sino también, la calidad que ostentaba la

víctima de ser integrante de la población civil, es decir, ajena al conflicto.

Por lo anterior, condenó a ALEXANDER DUARTE ZAPATA a la pena de prisión de 372 meses de prisión, como coautor del Homicidio en Persona Protegida, en concurso y bajo la calidad de cómplice, del Concierto para Delinquir Agravado.

LA IMPUGNACIÓN

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

Advirtió que la condena se basó básicamente en los dichos del confeso homicida John Jairo Álvarez Manco, quien fuera el que ordenó la muerte de la señora Martha Cecilia Aguirre Ríos.

Solicitó que fuera analizado lo dicho por el testigo José Castro, quien advirtió que el día en que sucedieron los hechos estuvo con el procesado hasta las horas de la noche, que se quedaron en su casa viendo los programas de televisión.

Señaló que quedó evidenciada la animadversión del señor Álvarez Manco hacia su representado, en tanto que ningún otro de los participantes del homicidio lo señaló y no le encuentra lógica que después de pasados 14 años se haga “encarcelar” a un padre de familia, trabajador, de quien se refirió como un colaborador, pero se pregunta colaborador de qué, cuando lo que se evidenció fue que aquél se saltó el conducto regular de la organización, sin ostentar ningún mando como para contratar sicarios y sin que éstos recibieran alguna remuneración.

Considera que no es razonable que una persona asesine a otra sin conocerla y sin recibir nada a cambio, por lo que concluyó que el hecho lo cometió Álvarez Manco y sin escrúpulo alguno lo que quiere es “enredar” a terceros y por tanto esas inconsistencias y dudas deben resolverse en favor del procesado.

Hizo referencia a que alias “Viejo” aseguró no conocer a la occisa y que no tuvo inconveniente alguno con ella; que no conocía a su prohijado y que tampoco hizo parte de la organización criminal.

Advirtió que la Fiscalía no profundizó en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, limitándose a la presentación de los actos urgentes; lo que había en expedientes de la época y a “los dichos mentirosos de falso testigo”. Explicó que su asistido le ha reiterado que es inocente frente a los hechos, quien, fácilmente pudo haberse acogido a la Ley de Justicia y Paz.

Consideró que se está cometiendo un yerro en torno a la valoración de las pruebas testimoniales de sujetos con evidentes intereses personales de vincular a terceras personas. Ante la debilidad de esas pruebas, advirtió, no es procedente deducir la comisión de unos delitos de tan alta entidad en torno a la privación de la libertad.

Calificó el testimonio de Álvarez Manco como de oídas, en tanto no estuvo presente en la comisión del hecho, por lo que existen dudas que, reitera, deben resolverse en favor del procesado.

Resaltó que las únicas pruebas que se trajo al proceso fue las declaraciones de los homicidas “que nada ganaban con vincular personas ajenas a la organización que por más malas que fueran no iban a salir de su

casa, donde estaban descansando de la jornada de trabajo de una semana” para ir a cometer un homicidio sin ninguna remuneración.

Solicita a la Sala se haga un nuevo análisis del material probatorio, pues advierte que no se ha dado aplicación a la exigencia del artículo 332 de la Ley 600 de 2000 que señala la existencia de dos indicios graves para deducir la participación de su prohijado en los hechos objeto de este proceso.

Encuentra contradicción en la declaración efectuada por el testigo estrella, pues refirió que el mismo día en horas de la mañana él se dispuso a asesinar a un sujeto, pero que en horas de la noche procedió a contratar dos sicarios para asesinar a una indefensa mujer a quienes no les pagó, sólo les prestó las armas, pero no vio nada, sólo escuchó los disparos que eran de revólver calibre 38, por lo que advierte que con la prueba obrante no es factible sustentar un fallo de condena y por ello solicita se ordene la libertad de quien ha sido injustamente privado de ella.

2. El señor Fiscal como no recurrente, considera en primer lugar, que la sustentación del recurso por parte del censor fue inadecuada, por cuanto no atacó de fondo los fundamentos de la providencia impugnada; en segundo lugar, señaló que, el problema jurídico planteado por el recurrente, en el sentido de que no existen indicios que a la luz del artículo 332 de la ley 600 de 2000, demuestren la participación del procesado, no se presentó, por cuanto efectivamente no los existieron, pues la providencia se basó en la prueba directa y testimonial.

Solicita en consecuencia se mantenga la decisión impugnada.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado se contrae en el análisis de las pruebas allegadas al expediente y el mérito otorgado por el despacho de primera instancia, en tanto se considera por la defensa que son insuficientes para emitir un fallo de carácter condenatorio.

Lo primero a destacar es que, de los argumentos expuestos por el censor, se advierte que no está cuestionando lo referente a la existencia del grupo armado ilegal, Frente Arlex Hurtado del Bloque Bananero de las AUC, ni tampoco el homicidio en persona protegida del que fue víctima la señora MARTHA CECILIA AGUIRRE RÍOS, pues, la censura abarca solamente el aspecto subjetivo, referente a la responsabilidad penal que le pueda asistir a su prohijado en la comisión de las conductas.

Para resolver, la Sala procedió a analizar el material probatorio con que cuenta el expediente.

En cuanto a la forma en que se recogió dicho material, se cuenta con el oficio DSFA. 4313, del 17 de octubre de 2012, mediante el cual se remite el oficio 010758 del 28 de septiembre del mismo año, suscrito por la Fiscal Jefe de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, que, según el remitente, *“contiene información aportada en diligencia de versión libre rendida el 06 de julio de 2010, por el postulado MARIO DE JESÚS GRANJA HERRERA”* y que hace referencia a la participación de terceros en el homicidio de la señora Aguirre Ríos, dentro de los cuales se menciona a Alexander Duarte, alias “el orejón”. Si bien es cierto dentro de las diligencias se menciona que se anexa en medio magnetofónico la versión rendida por el postulado, la misma no se encontró dentro del expediente. Dentro de la compulsa de copias,

se hace referencia al alias “El Orejón” y dentro de la relación de terceros que participaron, sólo se hace referencia a Duarte con el alias de “Orejón”. (Cf. Fl. 35 y ss. c.o. 1).

Dada la anterior información, mediante escrito del 04 de marzo de 2013, se ordenó reactivar el proceso² y continuar con el trámite (fl. 44 ídem) y mediante resolución del 04 de octubre de 2016, se ordenó la apertura de la instrucción previo análisis de una grabación magnetofónica donde, según constancia, los postulados Mario de Jesús Granja Herrera y John Jairo Álvarez Manco, confesaron su participación en el crimen cometido en contra de la señora Martha Cecilia Aguirre Ríos y vincularon como autor intelectual a Ferney Suaza Marín. Se ordenó en consecuencia la vinculación de estas tres personas mediante diligencia de indagatoria (Cf. Fl. 50 y ss. Ídem).

Conforme al orden de la foliatura, se tiene que el 13 de octubre de 2016, se le recibió indagatoria a Mario de Jesús Granja Herrera, quien, sobre los responsables del homicidio de la señora Aguirre Ríos, señaló a John Jairo Álvarez Manco y a Ferney Suaza y resaltó que desconocía si Álvarez Manco había acudido con otra persona para dar muerte a la dama en mención. (Cf. min. 55 y ss. ídem), lo que se contradice con lo expuesto en los oficios 4313 del 17 de octubre de 2012 y el 010758 del 28 de septiembre de 2012, antes referidos, dentro del cual se hace referencia a que Granja Herrera, señaló entre otros, al sujeto Alexander Duarte. (Cf. Fls. 30 y 31).

² Que mediante resolución inhibitoria del 29 de julio de 2004 se había ordenado el archivo. (fl. 19 y ss. C.O. 1).

El 22 de enero de 2016 (sic)³, rindió indagatoria John Jairo Álvarez Manco, en la que señaló como responsables del homicidio de la señora Aguirre Ríos a Ferney Suaza, quien, según su versión, fue el sujeto que le señaló la víctima a los autores materiales; a Mario Granja, quien dio la orden de asesinarla; a alias “Cepillo”, como líder militar y él (John Jairo Álvarez) como el encargado del sector de Policarpa; así como también “a los muchachos encargados de disparar”: Alexander Duarte, alias “el orejón” y a Franklin. Aseguró el indagado que estaba en capacidad de reconocer a Ferney Suaza. (cf. fl. 58 y ss). y así lo hizo en diligencia de reconocimiento fotográfico llevado a cabo el 02 de febrero de 2017. (Cfr. Fls. 62 y ss. ídem).

Fue llamado nuevamente a diligencia de declaración jurada al señor Álvarez Manco, el 09 de mayo de 2017, donde, con respecto a la individualización de las personas que ejecutaron el homicidio, indicó que: *“La verdad es que yo los conocía por el alias, a ALEXANDER DUARTE, alias EL OREJÓN y al otro muchacho lo conozco como FRANKLIN..., ALEXANDER no se desmovilizó. Lo que se (sic) de ALEXANDER DUARTE es que estuvo detenido, podría ser como en el 2010 o 2011. A mi (sic) me hicieron un reconocimiento fotográfico, de unas fotos borrosas, en blanco y negro, pero no recuerdo la fiscalía, ahí no lo saqué, eso estaba borroso, en un álbum que no se veía”*. Se le preguntó qué más sabía sobre alias “El orejón” y alias “Franklin” y lo único que dijo era que no había sido éste el único homicidio que habían cometido estos dos sujetos.

Frente a la indagatoria rendida por Mario de Jesús Granja Herrera, alias “flaco”⁴, ante la Unidad Especializada, Grupo de Investigación

³ Al parecer, la fecha de realización de la diligencia, fue en el año 2017, pues, sólo mediante auto del 05 de octubre de 2016, se fijó fecha para la realización de la diligencia para el 13 de octubre de 2016, fecha en la que le fue practicada diligencia de indagatoria a Mario Granja. (Cfr. Fl. 52).

⁴ Cfr. fls. 55 y ss. C.O. 1.

Especial de la comunidad de Paz de San José de Apartadó, el 13 de octubre de 2016, fue vinculado por el homicidio de la señora MARTHA CECILIA AGUIRRE RÍOS. El indagado afirmó que para el año 2004, hacía parte del Frente Arlex Hurtado, Bloque Bananero de las AUC y se desempeñaba como comandante de “Urbanos” de Apartadó. El día que ocurrió el homicidio “09 de febrero de 2004” (sic), se encontraba en permiso fuera del municipio, en el balneario “La Fortuna”, donde recibió una llamada de John Jairo Álvarez Manco, quien le dijo que tenía a una señora que fue señalada por Ferney Suaza (Político de la organización en el municipio de Apartadó) como colaboradora de la guerrilla. Que éste ya había hablado con alias “Cepillo” (comandante militar del Bloque Bananero) quien lo autorizó para darle muerte a la mencionada señora.

Advirtió que, en razón a ello, le manifestó a su subalterno que, si Ferney ya había hablado con “Cepillo” y éste lo había autorizado, procediera a dar muerte a la dama, pero era Ferney quien debía hacerse responsable por ello.

Señaló en dicha oportunidad que ese hecho ya lo había confesado ante Justicia y Paz. Se advirtió por parte del defensor, que el procesado para el 06 de julio de 2010, había aceptado su participación en la muerte de la señora Aguirre Ríos.

En cuanto a la indagatoria rendida por John Jairo Álvarez Manco, alias “Mono” o “Monito”⁵. Sobre los hechos señaló que era un domingo, en horas de la tarde (sin recordar la fecha), cuando recibió llamada de Ferney Suaza, quien le indicó que tenía que hablar con él y acudió al billar donde se encontraba (el indagado); le dijo, que

⁵ Cfr. fls. 58 y ss.

debía dar muerte a una señora por órdenes de “Cepillo”, sin embargo, Álvarez Manco, le manifestó que iba a llamar a Mario de Jesús Herrera, alias “Flaco”, para que, como su jefe, le indicara cómo debía proceder.

Expuso además que llamó a alias “el flaco” y le pasó a Ferney con quien habló un momento. Luego Ferney lo pasó al teléfono, habló con su superior y le dijo que enseguida lo volvería a llamar porque iba a confirmar. Posteriormente, recibió la llamada de Mario de Jesús, quien le dijo que todo estaba confirmado.

Aseguró el indagado que le preguntó a Ferney, la razón por la cual se le iba a dar muerte a dicha dama, a quien nunca conoció y, aquél, le manifestó que era porque la señora estaba denunciando “al viejo Rafa”. John Jairo le pidió a Suaza la dirección y le manifestó que llamaría a “los pelados colaboradores del barrio”, para él “no calentarse”.

Afirmó que, para realizar el atroz crimen, llamó a Alexander Duarte alias “Orejón” y a Franklin - de éste no recordó el apellido, pero aseguró que era desmovilizado del Bloque Bananero-, quienes llegaron al billar donde se encontraba con Ferney, quien llevó a aquellos hasta el lugar donde vivía la señora Aguirre Ríos (por la misma calle del billar); se devolvió nuevamente y, una vez sonaron los disparos, cada uno cogió por su lado. Los asesinos, pasado un rato, le llevaron las armas de fuego con que dieron muerte a la señora Martha Cecilia y el indagado procedió a guardarlas, sin saber si fue el mismo día o al día siguiente, porque les dio la orden de esconderse y luego llamó a alias “flaco”, a quien le informó que la orden había sido cumplida y aquél le ordenó también que se ocultara.

Se le preguntó por qué razón se había dicho que quienes asesinaron a la señora Martha Cecilia eran tres sujetos que andaban en bicicleta, y éste respondió que eso era falso. Explicó que si bien fueron tres los que fueron a ubicar el sitio donde se hallaba la víctima (Ferney, Alexander y Franklin), posteriormente se devolvieron hasta donde él se encontraba y luego fue Alexander con Franklin a darle muerte, quienes efectivamente se trasladaron en bicicleta para cometer el hecho. Las armas utilizadas eran dos revólveres calibre 38, uno largo y el otro niquelado, los dos “*de dotación de las Autodefensas*”, marca Llama.

En indagatoria rendida por Ferney Suaza Marín, el 11 de febrero de 2017⁶, negó cualquier vínculo como integrante de la organización criminal, así como también, cualquier participación suya o conocimiento del homicidio del que fue víctima la señora Aguirre Ríos. También indicó que los señalamientos que hizo Álvarez Manco y Granja Herrera, sobre su participación en el mencionado homicidio, tienen un tinte vindicativo porque estuvo presente en el momento de la captura de Álvarez Manco. También aseguró que aquéllos hacían sus fechorías a espaldas de su superior militar, Carlos Vásquez, alias “*Cepillo*”.

Fue también llamado a diligencia de declaración jurada el postulado RAFAEL EMILIO GARCÍA, el 27 de febrero de 2017⁷, quién, sobre los hechos materia de investigación, señaló no conocer a la víctima y que se enteró que era una líder, por una fiscal que se lo dijo. Y que, según la funcionaria, “*el monito*” había dicho en la versión que rindió, que la orden la había dado Ferney Suaza, acatando una

⁶ Cfr. fls. 64 y ss. ídem.

⁷ Cfr. fls. 81 y ss. ídem.

orden de su superior que era él para ese entonces, pero advirtió que su comandancia era dentro de la parte política y no de la militar. Negó en dicha declaración, haber dado cualquier orden de carácter militar a sus subalternos de la parte política, porque esa no era su labor.

Expresó no haber estado familiarizado con los integrantes del ala militar de la empresa criminal y aunque en ocasiones, alias “Cepillo” en conjunto con el comandante de urbanos, lo invitaban a dar charlas sobre la política de la organización a sus subalternos, el grupo ascendía a 30 o 40 sujetos, por lo que no le era fácil recordarlos. Vino a conocer a alias “monito” y a alias “el flaco”, luego de la desmovilización y afirmó no haber conocido a Alexander Duarte ni a Franklin. Supo sobre los hechos materia de este proceso cuando la fiscal lo llamó a rendir versión sobre el caso; no conoció a la Asociación de Desplazados de Apartadó (ASOCODEA) y, ante la pregunta que se le hiciera de que si luego de enterarse del hecho sangriento padecido por la señora Marta Cecilia Aguirre Ríos supo quién era esta dama, afirmó que no, porque como ya lo había expresado, nunca iba a las cabeceras municipales por las órdenes de captura que pesaban en su contra.

También aseguró que en la comunidad de San José de Apartadó no tenía a ningún político, ya que dicho corregimiento era manejado directamente por el comandante militar y vino a enterarse de los hechos padecidos en aquel territorio, cuando los postulados contaron cada uno, la historia de lo que allí sucedió.

Reiteró no haber conocido a la señora Martha Cecilia, ni haberse enterado de que ésta hubiese presentado una denuncia en su contra. En cuanto a los hechos que fueron expuestos por John

Jairo Álvarez Manco, en el sentido de que la orden de asesinar a la víctima fue en razón a que estaba denunciando a alias “*el viejo Rafa*”, según se lo informó Ferney Suaza, es falso, porque no conoció a esta señora y nunca le informaron que lo hubiese denunciado o el por qué; ni si quiera, las diferentes autoridades que lo han llamado por denuncias puestas en su contra le han informado que la señora lo hubiese denunciado. Negó conocer qué acción tomó la organización al momento de enterarse de la muerte de la señora Aguirre Ríos.

El 09 de mayo de 2017, se recibió declaración jurada a JOHN JAIRO ÁLVAREZ MANCO (Cfr. Fls. 100 y ss. C.O. 1), quien, ratificó que los señalamientos que ha hecho en contra de Ferney Suaza corresponden a la realidad y que los mismos fueron hechos por su compromiso con la justicia y con las víctimas de decir la verdad, más no por retaliaciones en contra de aquél.

En cuanto a los dos sujetos que ha señalado como autores materiales del homicidio de la señora Aguirre Ríos, informó que, con respecto a ALEXANDER DUARTE, lo conoció por el alias “*orejón*”, no se desmovilizó de las Autodefensas y supo que estuvo detenido en el año 2010 o 2011. Que el asesinato de la señora Aguirre no es el único que tanto éste como “*Franklin*” han cometido.

Frente a la descripción que dio para individualizar a Alexander Duarte, expresó que era más o menos de 1.67 o 1.68 de estatura; ni gordo ni muy acuerpado; trigueño, más o menos claro; de pelo ondulado, negro; tenía las partes de las orejas más bien salidas, por eso le decía “*el orejón*” y la boca más bien gruesa, grande; de unos 23 o 24 años, la última vez que lo vio.

Añadió que la Fiscalía hizo un reconocimiento fotográfico de esta persona (Alexander Duarte), sin embargo, las fotos eran borrosas y en blanco y negro, por lo que no lo pudo reconocer.

Indicó que en el momento en que Ferney Suaza le dio información sobre la víctima, los autores materiales no estaban presentes y que éstos sabían sobre la función que cumplía Ferney dentro de la organización.

Se le preguntó si podría dar más información sobre alias “el orejón”, como por ejemplo su ubicación a lo que respondió *“la verdad no tengo otro dato porque a mi me privaron de la libertad y no supe de ese muchacho FRANKLIN, del orejón supe que estuvo preso en el 2009, creo que estaba en Barranquilla, a él lo capturaron creo que en Santa Marta, disque trabajando con las bandas emergentes, no me consta si es así.”* (fl. 105 vto),

Se llamó a indagatoria a Raúl Emilio Hasbún Mendoza, el 18 de mayo de 2017, (Cfr. Fls. 112 y s.s. C.O. 1), comandante de la estructura criminal, quien, aseguró que Ferney Suaza sí hizo parte de la organización que lideraba, aunque no recordó la fecha, pero sí indicó que tuvo la oportunidad de reunirse con él desde el año 1998 o 1999, en el 2000 o 2001 y también, a finales de 2003. Así mismo afirmó que dicho sujeto estaba a cargo de Carlos Vásquez, alias “Cepillo” y de Rafael García, alias “El Viejo”, comandante político del frente. Aceptó su responsabilidad en el crimen cometido en contra de la señora Martha Cecilia Aguirre Ríos, por la línea de mando, ya que tanto John Jairo Álvarez Manco, alias “el Monito”; Mario de Jesús Granda “el flaco” y Ferney, hacían parte de la organización criminal que él comandaba. Sin embargo, respecto de Alexander Duarte, alias “el Orejón”, señaló que no sabía quién era.

Así mismo, afirmó conocer a Mario Granja Herrera y a John Jairo Álvarez Manco desde hacía aproximadamente 9 años y ha estado con ellos en todo el proceso de Justicia y Paz, quienes han sido merecedores de la sustitución de la medida de aseguramiento por haber cumplido con el proceso de Justicia y Paz, en cuanto a verdad, justicia y reparación. *“Quiero decir con esto, que si ellos lo dijeron, señor fiscal, para mí, son personas serias sobre este tema, no andan relacionando a civiles o a terceras personas, ahí por relacionarlas”*.

Ahora, se tiene dentro de la foliatura, declaración rendida por Mario Granja Herrera de fecha 28 de septiembre de 2015, es decir, previa a las antes analizadas, dentro de la cual, hizo referencia al asesinato de la señora Aguirre Ríos, sin embargo, sólo menciona a Ferney Suaza como la persona que le señaló a la víctima a John Jairo Álvarez Manco. (Cf. Fl. 118).

También, John Jairo Álvarez Manco rindió declaración jurada el 03 de noviembre de 2015, en la que adujo su participación en el crimen cometido en contra de la señora Aguirre Ríos, así como también sobre la participación que tuvo Ferney Suaza, su superior, Mario Granja, a quien él le dio a conocer la orden que presuntamente venía de alias “Cepillo”, según se lo indicó Ferney y que para cometer el crimen llamó a dos muchachos, Alexander Duarte, alias “el Orejón” de quien al parecer supo estaba en las bandas emergentes. y a Franklin. (Cfr. Fls. 120 y ss. ídem).

No obstante, ante la información de por sí vaga, sobre los autores materiales del homicidio de la señora Aguirre Ríos, fue citado este mismo sujeto el 09 de junio de 2017 a rendir declaración jurada, misma que fue solicitada por la defensa de Ferney Suaza, en la que aseguró que como testigos de la reunión que tuvo con esta persona

el 08 de febrero de 2004, se encontraba Alexander Duarte, alias “*el orejón*” y alias Franklin. También aseguró sobre estos dos sujetos que no sabía sobre su ubicación o si se encontraban vivos o muertos; que de haber sido él quien hubiese disparado en contra de la señora Martha Cecilia, no hubiese tenido inconveniente en confesarlo.

Mediante informe de policía judicial No. 5-387596⁸ del 10 de julio de 2017, dentro del cual se especificó la tarea realizada tendiente a individualizar a los autores materiales del homicidio del que fue víctima la señora Aguirre Ríos, se pudo destacar que el funcionario policial que realizó el informe, en primer lugar, se dirigió a los postulados de Justicia y Paz, quienes, presuntamente le confirmaron la existencia de un sujeto de nombre Alexander Duarte a quien apodaban “*el orejón*”.

Con base en dicha información, procedió a verificar en la base de datos de la SAC CTI Medellín, “*sobre las posibles combinaciones del nombre ALEXANDER con el apellido DUARTE*”, del que arrojó un total de 118 registros posibles y tras labores de campo y entrevistas informales con postulados, fue descartando nombres hasta que llegó a dos que reunían las características, de las que podía inferir que se trataba de Alexander Duarte, militante de las AUC, Frente Arlex Hurtado, con el alias de “*el orejón*”, los cuales, correspondían a los nombres Alexander de Jesús Duarte Lozano y Alexander Duarte Zapata con c.c. 71.240.586. Al obtener nuevos datos morfológicos y geográficos a través de entrevistas a los postulados, solicitó las tarjetas de preparación de estos dos sujetos, logrando establecer con las mismas, que Alexander Duarte Zapata “*comporta grandes*

⁸ Según aparece en manuscrito. (Cfr. Fl. 130 ídem).

rasgos o similitudes, como lo es la estatura, lugar de nacimiento y señales particulares con el sujeto que los postulados identificaban con el alias EL OREJÓN”, Alexander Duarte.

No obstante, la judicatura no pudo conocer más allá de lo expuesto por John Jairo Álvarez Manco sobre las características del sujeto que fue llamado para cometer el crimen, como por ejemplo el lugar donde nació, pues, como se dijo, de la descripción que ofreció el postulado, fue que podía medir 1.68 de estatura, no gordo ni muy acuerpado; trigueño, más o menos claro; de pelo ondulado, negro; las orejas más bien salidas y la boca más bien gruesa, grande; de unos 23 o 24 años.

Halló que dicha persona se encontraba afiliado a la EPS Cafesalud por medio de una empresa dedicada a la producción de banano, así como también, pudo ubicar el nombre de la empresa para la que laboraba a la fecha y el lugar de residencia, ambas, en el municipio de Apartadó. (cfr. Fls. 131 y ss. C.O. 1).

De dicha labor investigativa, debe resaltar la Sala, no se especificó, cómo fue que se realizó, ni fueron anexadas al expediente los trámites realizados para dar por cierto que se trataba de la misma persona y emerge duda frente a la individualización que se hizo con respecto a Duarte Zapata, pues, no atiende al principio de razonabilidad, que diferentes sujetos hayan confirmado la cooperación de esta persona con la organización criminal, pero no haya sido posible su identificación a través del trámite de reconocimiento fotográfico, ni siquiera por el mismo John Jairo Álvarez Manco, quien, en un principio brindó poca información sobre este personaje y al momento de solicitarle que hiciera una descripción morfológica la misma fue de manera genérica,

posteriormente dio nuevos datos que a la postre resulta concordantes con los realizados por el aquí acusado, sin entenderse porqué los mismos no fueron brindados en sus primeras declaraciones donde aseguró que a los dos sujetos que envió a materializar el crimen, sólo los conocía por sus alias y que desconocía su ubicación.

No se entiende los motivos por los cuales, a pesar de haberse solicitado la realización álbumes fotográficos para realizar diligencia de reconocimiento frente a Alexander Duarte Zapata, el mismo no se realizó. (cf. Fl. 162 y ss. ídem). Sin que los argumentos expuestos por el señor Fiscal en la resolución del 12 de septiembre de 2017, por medio de la cual se ordenó la captura de Alexander Duarte Zapata, lo haya justificado, pues, la razón que dio para dar por demostrado que se trataba de la misma persona a la que señaló John Jairo Álvarez Manco como uno de los autores materiales del homicidio de la señora Aguirre Ríos, fue la credibilidad que le mereció sus dichos, en el sentido de que en anterior oportunidad y al parecer por otros hechos delictivos, no pudo identificarlo en razón a que las fotografías eran borrosas. Y resaltó el funcionario que a pesar de haberse solicitado por parte del investigador la realización de la diligencia de reconocimiento fotográfico, consideró que el trámite sería “...infructuoso, cuando de toda la información suministrada y recaudada, no cabe la menor duda, que el sujeto al cual se ha referido, principalmente JOHN JAIRO ALVAREZ MANCO, como ALEXANDER DUARTE, es el mismo al cual se ha llegado por parte del Investigador y que es el mismo que aparece en el proceso que adelantó la Fiscalía Seccional de Apartadó y culminó en el juzgado con sentencia absolutoria”.(Cfr. Fls. 230 y ss. C.O. 2)

También expuso la Fiscalía en la Resolución del 07 de noviembre de 2017, en la que se resolvió la situación jurídica y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario al aquí procesado, que a pesar de que John Jairo Álvarez Manco no pudo reconocerlo “*aseguraba se trataba del mismo ALEXANDER DUARTE alias EL OREJÓN*”. (cfr. Fls. 244 y ss. ídem.).

En la diligencia de ampliación de indagatoria practicada a Alexander Duarte Zapata, el 18 de enero de 2018, frente a los hechos por los cuales estaba siendo investigado, señaló que para la fecha en que sucedieron (08 de febrero de 2004), trabajaba en la finca Miramar, que colindaba con el barrio La Paz, brindó el nombre del dueño del predio, su horario de trabajo y la remuneración que recibía, así como también indicó el lugar donde residía (barrio La Paz) y con quién. Negó haber vivido en el barrio 20 de Enero, haber participado en algún homicidio, pertenecer a alguna agrupación criminal o conocer a las personas que lo están incriminando.

Así mismo, declaró que no sabe los motivos por los cuales ha sido involucrado, cree que fue por alguna confusión o equivocación y en anterior oportunidad había sido involucrado en otro hecho del que tampoco participó. La defensa en aquella oportunidad solicitó la práctica de algunas pruebas, entre ellas el reconocimiento en fila de personas (Cfr. Fls. 279 y ss ídem), misma que no se realizó en la fecha y hora programada ante la inasistencia del defensor. (fl. 301 ídem.)

El 30 de enero de 2018, se practicó diligencia de declaración jurada a John Jairo Álvarez Manco a petición de la defensa de Alexander Duarte, oportunidad en la que, contrario a las declaraciones

anteriores, sí pudo brindar información concerniente a la ubicación de Alexander, como el lugar de residencia; señaló que lo conoció porque era colaborador de alias Rigo (Rigoberto Duque), comandante de Policarpa para el año 1999, lo volvió a ver en el año 2000 en el departamento del Putumayo, también en el año 2002 en el municipio de Apartadó, donde le presentó a su mujer que era del Putumayo y que comenzó a trabajar en una finca bananera de nombre Miramar en la que sólo era pedirle al administrador que se lo prestara por dos horas para ir a delinquir con el grupo, lo que al parecer hacía por hobby, por simpatizar con el grupo delincuencia para poder ingresar. No obstante, expuso que Alexander no quiso ingresar a la organización para no comprometer su responsabilidad. Expuso que otra de las personas que conocieron a Alexander Duarte y a Franklin, los homicidas, era Ovidio Pascual Núñez Cabrales, urbano de la estructura criminal. (cfr. Fls. 302 y ss. ídem.).

Igualmente, se llamó a declaración jurada a Rafael Emilio García, quien sobre los hechos objeto de este proceso y los responsables, específicamente, Alexander Duarte, alias “El Orejón”, afirmó no conocerlo. Y en igual sentido declaró Ferney Suaza Marín. (Cfr. Fls. 305 y ss. ídem).

Obra constancia dentro de la foliatura frente a insistencia que se le hizo al defensor de realizar el reconocimiento en fila de personas por parte de la Fiscalía y en la que manifestó el togado que desistía de la práctica de la prueba y en razón a ello la Fiscalía no la practicó.

En diligencia de declaración jurada realizada por Mario de Jesús Granja Herrera, el 14 de febrero de 2018, donde si bien advierte no le consta cómo sucedieron los hechos, señaló lo que alias “el monito”

le dijo, y era que había ido en compañía de Alexander, alias el orejón, *“un muchacho que nos colaboraba allá en el barrio”*. Indicó que tuvo la oportunidad de conocerlo cuando estaba con John Jairo, sin embargo, al ponérsele de presente el álbum fotográfico donde aparece, entre otros, la fotografía de Alexander Duarte Zapata, no logró identificarlo. (Cfr. Fls. 313 y ss. ídem.).

Atendiendo el recaudo probatorio ya referenciado, fue proferida Resolución de Acusación en disfavor de Alexander Duarte Zapata, el 12 de marzo de 2018. Dentro de la argumentación en punto a la individualización de la persona que fue señalada por John Jairo Álvarez Manco como uno de los autores materiales del homicidio, se extrae: *“No fue al arbitrio del suscrito Fiscal el que llevó a dar con la identificación, de quien señalaba JOHN JAIRO ALVAREZ MANCO, como ALEXANDER DUARTE, alias EL OREJÓN, se tuvo que llevar a cabo varias versiones con JOHN JAIRO y realizar varios actos investigativos por la Policía Judicial, pues, se sabía que había hecho parte del Grupo, pero que no se había desmovilizado, que con las pistas aportadas por JOHN JAIRO, se llega a su plena identidad, al relacionarlo con otro caso en el cual estuvo involucrado y que en esa ocasión no había podido identificarlo plenamente, pero que a pesar de eso, además lo individualiza completamente”*.

De las diferentes declaraciones sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que resultó herida a muerte la señora Martha Cecilia Aguirre Ríos, relatadas por John Jairo Álvarez Manco, puede decirse que corresponden a la realidad. Sin embargo, considera la Sala, que sobre la individualización del sujeto Alexander Duarte, alias “El Orejón”, no existe certeza que el mismo corresponda a ALEXANDER DUARTE ZAPATA, porque es evidente que el testigo directo, no lo reconoció, así como tampoco pudo hacerlo Mario de Jesús Granja Herrera, quien también declaró haberlo conocido en compañía de Álvarez Manco.

Es que en realidad genera serias dudas, que en las primeras intervenciones el testigo Álvarez Manco, aduzca que a los autores materiales sólo los conocía por su alias y frente a alias el Orejón, sólo brindó una descripción genérica, negando además conocer su ubicación, pero, en su última declaración jurada, misma que se efectuó luego de la diligencia de ampliación de indagatoria realizada por el procesado, haya señalado que conocía a Alexander Duarte desde el año 1999 porque trabajó con un sujeto a quien identificó como alias “Rigo” y posteriormente, en el año 2000, se lo encontró en el Putumayo y para el año 2002, aseguró, le presentó a su mujer, oriunda del Putumayo, en el municipio de Apartadó. También advirtió a hora nona que sabía que a quien señalaba como responsable del homicidio, trabajaba en la finca Miramar y vivía en el barrio la Paz, ello en el año 2002, datos que fueron aportados por el indagado en la diligencia de ampliación de indagatoria realizada 12 días antes a la declaración brindada por el testigo. Sin que el órgano acusador haya procedido a verificar esa información. Además de ello, se contradice con el hecho de que no haya podido identificarlo, pues, no atiende los postulados de la lógica que el testigo haya tenido la oportunidad de conocer al sujeto que señaló como autor material del homicidio durante varios años (desde 1999 hasta el 2004) sin lograr su identificación en un álbum fotográfico.

Ahora, llama la atención de la Corporación la forma en que se despachó de manera negativa la práctica de la diligencia de reconocimiento fotográfico por parte del señor Fiscal, a pesar de tener en su poder los álbumes fotográficos, cuando de lo manifestado por John Jairo Álvarez Manco, fue que no lo pudo reconocer en anterior oportunidad porque las fotos eran borrosas, siendo deber del Ente Fiscal en el sistema penal regulado por la Ley

600 de 2000, investigar tanto lo favorable como lo desfavorable para el procesado; tampoco es comprensible la manera olímpica en que se desistió de la diligencia de reconocimiento en fila de personas, luego de haber sido capturado el procesado, porque conforme a lo declarado por John Jairo Álvarez Manco, respecto del conocimiento que tenía de este sujeto, estaba en plena capacidad de reconocerlo.

La Corte Suprema de Justicia, ha explicado: *“Tal como ocurre con el reconocimiento por medio fotográfico o videos, el reconocimiento en fila de personas es una técnica que se utiliza para identificar a los posibles autores o partícipes de la conducta punible. De allí que ese método es complementario al fotográfico y únicamente habrá lugar a acudir a él cuando no se tenga certeza sobre el autor de la conducta punible investigada⁹”,* lo que sucedió en el presente caso, pues, si bien el testigo Álvarez Manco fue enfático en indicar que Alexander Duarte, alias “el orejón”, fue quien junto con alias Franklin, dieron muerte a la señora Martha Cecilia, lo cierto es que de manera sincera advirtió que en otro proceso fue llamado a identificarlo pero en razón a que las fotografías que le enseñaron eran borrosas, no logró reconocerlo. Y fue precisamente en un proceso que se adelantó en contra del aquí procesado DUARTE ZAPATA, a quien, según advirtió el señor Fiscal, se le profirió sentencia absolutoria. Lo que a todas luces genera duda, que debió ser despejada por el órgano acusador al momento de llevar a cabo la investigación y proceder en principio, a través de unos álbumes fotográficos bien definidos realizar la diligencia con el testigo directo o señalador directo o, luego de la detención, insistir en la práctica del reconocimiento en fila de personas.

⁹ Sentencia del 13 de febrero de 2019, radicado SP345-2019, 52.983, M.P. Éyder Patiño Cabrera.

La Jurisprudencia¹⁰ ha señalado en cuanto al principio de razón suficiente, que:

“De acuerdo con el referido principio lógico, ningún hecho o enunciación puede existir o ser verdadero sin que para ello haya una razón suficiente; en otras palabras, para que una proposición sea cierta debe ser demostrada o, cuando menos, soportarse en un medio específico de prueba. Distinto es que, en su valoración, el juzgador tergiverse un medio de convicción o lo de por supuesto, en cuyo caso el yerro remitiría al falso juicio de identidad, en cualquiera de sus modalidades, o de existencia por suposición, respectivamente.

(...)

<<Ahora bien, la ley de razón suficiente que informa la lógica consiste en que nada existe sin razón suficiente. Por tal motivo, para considerar que una proposición es completamente cierta, debe ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene como verdadera, esto es, que tanto en la ciencia como en la actividad cotidiana no es posible aceptar nada como artículo de fe, sino que es necesario demostrarlo y fundamentarlo todo.

El cumplimiento de esta ley confiere al pensamiento calidad de demostrado y fundamentado y, por lo mismo, constituye una condición necesaria de la exactitud y de la claridad del pensamiento, así como de su rigor lógico y de su carácter demostrable.

Esta ley de la lógica encuentra cabal desarrollo en el sistema de la sana crítica que impone al funcionario judicial consignar en las providencias el mérito positivo o negativo dado a los elementos de juicio, puesto que toda decisión, máxime cuando en la sentencia, con claro desarrollo del debido proceso, se deben construir los juicios de hecho y de derecho.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de febrero de 2021, radicado SP371-2021, 52.150. M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

Tal construcción impone igualmente que la providencia contenga las razones por las cuales se llega al grado de conocimiento determinado en la ley para concluir en la ocurrencia y en la responsabilidad del acusado, y así como también los fundamentos por los cuales se estima que las normas escogidas eran las llamadas a gobernar el asunto>>>

Si bien, se puede presumir que el aquí procesado corresponde al sujeto que Álvarez Manco señaló como autor material del homicidio, por ser oriundo del municipio de Apartadó, llamarse Alexander Duarte y tener como característica física orejas sobresalientes, lo cierto es que con meras presunciones no es posible condenar, pues, para tal determinación el fallador debe obtener el grado de certeza, así no sea absoluta, sobre la materialidad del hecho delictivo y la responsabilidad del acusado, esta última que no se logró en tanto que el señor Duarte Zapata, aquí procesado, no fue identificado o señalado por los coautores del repugnante crimen, por el contrario, al ponérsele de presente el álbum fotográfico a uno de ellos, no pudo identificarlo y frente a quien ha asegurado que Alexander Duarte, alias el Orejón, materializó el homicidio, ni siquiera le mostraron el álbum fotográfico, ni se diligenció con él, reconocimiento en fila de personas. Aunado a lo anterior, los datos que suministró John Jairo Álvarez Manco en su última declaración jurada, también generan duda ya que los mismos no fueron brindados previamente, de donde puede presumirse que los vino a extraer de la ampliación de indagatoria que realizó el procesado. Sin que la Fiscalía haya hecho ningún esfuerzo por corroborar lo dicho por éste, como por ejemplo si el sentenciado efectivamente estuvo en el Putumayo, si de allí volvió a Apartadó con alguna compañera sentimental; porque de lo expuesto en la audiencia

pública de juzgamiento, entre los años 2002-2004, convivía con el señor José Gregorio Castro Cuadrado y su familia¹¹.

Para la Sala, no quedó claro cómo resultó el nombre de Alexander Duarte a relucir en la investigación y cómo fue que el testigo de cargos lo obtuvo, pues afirmó que solo conocía los alias y no obstante el investigador señala que con sus indagaciones pudo determinar que el nombre de Alexander Duarte era el real para el conocido con el alias de El Orejón. En el proceso no se allegó nada que permitiera determinar quiénes en realidad dieron ese nombre y por qué para la individualización el investigador tuvo que realizar una labor de descarte, dando en últimas con una persona a quien el principal testigo de cargos también le endilgó un hecho punible, pero que fue absuelto entre otras cosas se supone por la diligencia de reconocimiento fotográfico fallida. Y además, el otro testigo de cargos expresó inicialmente que no sabía quienes fueron los autores materiales del homicidio, pero después señaló que el señor John Jairo Álvarez Manco le contó que fue Alexander Duarte, a quien dijo conocer, pero al momento de la diligencia de reconocimiento no pudo identificarlo.

Visto lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia por encontrar que existen serias dudas frente a la participación del procesado ALEXANDER DUARTE ZAPATA en la comisión de las conductas punibles por las cuales fue condenado, en consecuencia, se ordenará la libertad del procesado, la cual se hará efectiva siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad.

¹¹ Cfr. Min. 41:50 y ss. ídem.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Penal, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve, **REVOCAR** la sentencia de fecha, naturaleza y origen indicados en la parte motiva de esta providencia, mediante la cual fue condenado el señor ALEXANDER DUARTE ZAPATA por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO (en calidad de cómplice) y de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA (como coautor) del que resultó como víctima la señora MARTHA CECILIA AGUIRRE RÍOS, en consecuencia se ordena su libertad de manera inmediata, la cual se hará efectiva siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad.

Contra esta decisión procede el recurso de casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación:
**cfe1e599cb78ff2ed1e777d20acbe2ac9af81f4575547cfc33328c23
56fec5b1**

Documento generado en 22/02/2022 12:01:18 PM

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 022

PROCESO: 05 679 60 00345 2018 80036 (2019 0915)
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS
ACUSADO: JUAN PABLO CRUZ GIL
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por la Defensa del Procesado en contra de la sentencia proferida el 27 de junio de 2019, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara (Antioquia), mediante la cual CONDENÓ al señor JUAN PABLO CRUZ GIL, quien fuera acusado por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que, entre los meses de agosto, septiembre y noviembre del año 2017, en la vereda el Helechal del municipio de Santa Bárbara, más exactamente en la tienda del señor Nelson Bermúdez y en la residencia de la víctima, el señor JUAN PABLO CRUZ GIL de 36 años de edad, accedió carnalmente y en varias oportunidades a la menor JCV, quien para la época de los hechos

contaba con 13 años de edad. Como consecuencia la jovencita quedó en embarazo.

Por estos hechos, el 25 de junio de 2018 ante el Juez Promiscuo Municipal de Santa Bárbara (Antioquia) fueron celebradas las audiencias de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

El proceso pasó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara (Antioquia) en donde el 29 de agosto de 2018 la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 9 de octubre de 2018 y el juicio oral se desarrolló los días 25 y 30 de enero y 8 de febrero de 2019.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo manifestó que la ocurrencia del hecho no fue objeto de controversia sino si se configuraba la causal de ausencia de responsabilidad dispuesta en el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal atinente al error de tipo.

Consideró que el material probatorio recaudado indicaba que el acusado sabía que J.C.V. tenía una edad inferior a los 14 años y si bien el testimonio de la niña denota un ánimo de favorecer al acusado al afirmar que al principio de la relación le dijo al señor Juan Pablo que tenía 14 años, no se entiende por qué ella no sabía cuántos tenía él. La misma menor relata que conoce a Juan Pablo desde pequeña, porque es vecino de la finca de su papá en la vereda El Helechal. De acuerdo con lo mencionado por la menor, la existencia de hechos

preparatorios previos a la consumación de las conductas permite deducir que el acusado sabía que estaba en presencia de una menor de 14 años y que estaba incurriendo en un delito. Era vecino de la vereda, abordaba a la menor a escondidas y desplegaba conversaciones no solo presenciales sino a través del celular.

Incluso, infiere el grado de actualización en su conocimiento ajeno a la ignorancia en cuanto sabía que la menor estaba escolarizada además de que la conocía desde su infancia. Afirma que no puede admitir que la conducta se cometió bajo el desconocimiento de que constituía un delito, porque atendiendo su perfil y condiciones personales (ayudante de construcción, estudio hasta 3º de primaria y de una edad de 35 años) le permitía tener un entendimiento y una diligencia debida a la hora de pretender acceder carnalmente a la menor, incluso dichos encuentros fueron a escondidas por cuanto los padres de la menor desconocían la relación sentimental entre ellos y solo hasta los ocho meses de gestación se enteraron de lo ocurrido.

LA IMPUGNACIÓN

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

En primer lugar, sostiene que el proceso se encuentra viciado de nulidad por violación al derecho de defensa técnica, desde la audiencia de acusación, considerando que el apoderado en su momento desconocía la estructura y dinámica del proceso penal.

Afirma que el defensor no tenía idea de la sistemática penal. En la audiencia preparatoria no sabía y desconocía como motivar la

pertinencia e idoneidad para que le fueran admitidas los elementos de prueba solicitados. Es así como al solicitar a la víctima como testigo común, no motivó frente a qué hechos solicitaría la ampliación de la misma en el interrogatorio. En el juicio oral se puede vislumbrar que no manejaba la técnica del interrogatorio y contrainterrogatorio, pues realizaba preguntas sugestivas, repetitivas e impertinentes, es decir en los contrainterrogatorios le realizaba preguntas a los testigos de cargo que no fueron objeto de preguntas o respuestas en el interrogatorio realizado por el Fiscal. En la audiencia de alegatos finales y sentido del fallo en su intervención confunde la culpabilidad con la tipicidad. Interpone apelación contra el sentido del fallo. El defensor intentaba demostrarle al juez un error de tipo invencible y debía también demostrar que Juan Pablo no estaba en las condiciones de salir de su error, como podría haber sido que el procesado no permaneció de forma permanente los 11 o 12 años en la vereda como dice la delegada Fiscal, para lo cual existía un documento firmado por el presidente de la junta de acción comunal.

Considera que el señor Juan Pablo por ausencia de un letrado en derecho que conociera la ritualidad y sistemática penal, no se encontraba en igualdad de armas para enfrentarse a una delegada fiscal con amplia experiencia en el ámbito penal. No hubo una contradicción idónea para las pruebas de cargo.

Por ello, solicita se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la audiencia de acusación.

En segundo lugar, hace reparos al fallo condenatorio y solicita la absolución de su defendido.

Considera que en el juicio las pruebas presentadas por la Fiscalía no logran superar la duda y desvirtuar la presunción de inocencia. Además, la juez de conocimiento no tuvo en cuenta la marginalidad del procesado como lo pudo constatar en el transcurso del juicio y se pasó por alto el error de prohibición directo vencible y en el mismo sentido el error de tipo.

Afirma que en la valoración en conjunto de la prueba el A quo no tuvo en cuenta lo relatado por diversos testigos tanto de cargo como de descargo, pues dicen con coherencia que el señor Juan Pablo Gil llegó a vivir a la vereda El Helechal aproximadamente hacía 10, 11 o 12 años. Desde estas aseveraciones parte la configuración del error en la edad de la joven, pues la línea entre los 13 años y mayor de 14 es muy delgada para diferenciarla objetivamente, partiendo de la complexión física de la menor y que la misma le mintió a Juan Pablo sobre su edad, es decir que cuando Juan Pablo llegó a la vereda la menor tendría 2, 3 o 4 años, períodos de tiempo trascendentes a la edad que se creía podría tener la menor J.C.V. es tanto así que ni los testigos sabían el tiempo que llevaba Juan Pablo residiendo en la vereda. Cómo podría conocer la edad cierta de la menor si es precisamente para desvirtuar ese desconocimiento que la delegada fiscal argumenta que Juan Pablo llevaba más de 10, 11 o 12 años viviendo en la vereda. Pues la menor dice en el juicio que conocía a Juan Pablo desde pequeña, pero no menciona el tiempo exacto o promedio y en el mismo sentido menciona que ella le manifestó a Juan Pablo que tenía 14 años y que iba a cumplir 15 años. Miente porque sabe que la mentira es creíble, pues estaba próxima a cumplir los 14 años. Testimonio al que la juez le resta credibilidad, pero no valora que no se pudo demostrar la fecha exacta en que Juan Pablo llegó a

la vereda y así tener la potencialidad de conocer la verdadera edad de la menor J.C.V.

Señala que Juan Pablo podría salir de error cuando ella mintió diciendo que tenía 14 e iba a cumplir 15 años, pero estaríamos en presencia de un error de tipo vencible que recae sobre el objeto material de la acción, es decir la edad de la víctima. Si se considera que la menor nació el 11 de marzo del año 2004, para la época del mes de agosto de 2017 contaría con 13 años y 5 meses, para septiembre 13 años y 6 meses y para el mes de noviembre 13 años y 8 meses, fechas de ocurrencia de las conductas.

Afirma que el grado de escolaridad de la menor no puede argumentarse para inferir un grado de conocimiento sobre su edad, pues es bien sabido que hay adolescentes de 14 o 15 años en grados de octavo y noveno de bachillerato.

Expresa que la menor en el juicio no señaló las fechas de las relaciones sexuales y si entendía por ellas el acceso carnal y si bien se mencionan varios hechos abusivos, estos no fueron demostrados, solo se partió de la base del estado de gestación de la menor J.C.V. para determinar el abuso sexual pero no las otras supuestas conductas de acceso carnal abusivo.

Los supuestos hechos preparatorios de enamoramiento nada indican que Juan Pablo conociera la edad exacta de la menor y si la menor decía que se comunicaban por medio de WhatsApp nada de esto, como el celular o pantallazos de las conversaciones se trajo a colación como medio de prueba. Que abordara a la menor a escondidas se equivoca la falladora, pues era la menor la que buscaba y abordaba a

Juan Pablo tal como ella lo da a conocer en la audiencia del juicio y el mismo procesado así lo relata. Y si se veían de manera clandestina era para que el padre de la menor no se enterara, pero no porque Juan Pablo conociera que era menor de 14 años. Juan Pablo no tenía buena relación con el padre de la joven.

En cuanto al error de prohibición, señala que la juez hace una valoración alejada de la realidad social, pues el procesado solo realizó sus estudios hasta tercero de primaria y es ayudante de construcción, estado de marginalidad que debió ser reconocida por el despacho. Sabe leer y escribir muy poco de donde se infiere su desconocimiento de la norma prohibitiva. Mínimamente está inmerso en la atenuante de la marginalidad, pues influyó directamente en la ejecución de la conducta.

CONSIDERACIONES

Como bien claras quedaron las inquietudes del recurrente, la Sala procede a resolver lo pertinente, para lo cual escuchó atentamente lo ocurrido en el juicio oral.

Los problemas jurídicos planteados se limitan a determinar en primer lugar, si el juicio se desarrolló o no viciado de nulidad por falta de defensa técnica y, en segundo lugar, si pudo o no demostrarse con suficiencia que el señor Juan Pablo Cruz Gil conocía la edad de la víctima y, por tanto, era consciente de la comisión del ilícito penal.

1. La defensa técnica.

Escuchado el registro del debate oral, la Sala pudo percibir que el señor defensor del procesado a pesar de algunas falencias en sus intervenciones, logró cumplir cabalmente con lo que se le había confiado en defensa de los intereses del acusado.

El señor defensor en la audiencia preparatoria solicitó el testimonio de la víctima como testigo común y si bien no explicó otros aspectos diferentes a los señalados por el Ente Acusador para escucharla, realmente la pertinencia de su interrogatorio directo saltaba a la vista por ser la víctima y única persona testigo de lo ocurrido. No obstante, la Juez erradamente negó la prueba y contra esa determinación no se interpuso recurso alguno.

Independientemente de ello, la situación no tiene la trascendencia para viciar de nulidad la actuación, pues no se observa y ni siquiera el nuevo defensor lo dice, cuáles serían los temas no abordados en el interrogatorio cruzado y que serían indispensables para la toma de la decisión final.

En los demás aspectos de la audiencia preparatoria, se notó la diligencia en la actuación del defensor sin que pueda afirmarse que alguna prueba de la que tuviera conocimiento y fuera trascendente no se haya pedido, El nuevo defensor simplemente especula con fundamento en una carta proveniente de la acción comunal.

Igualmente, durante el debate oral, tampoco se produjeron yerros trascendentes, pues simplemente se vieron dificultades en la elaboración de algunas preguntas, lo cual a lo último pudo superarse

sin que el nuevo defensor señale con claridad cuál pregunta debió realizarse que generaría un cambio trascendental en el material probatorio recaudado.

En consecuencia, no prospera la solicitud de nulidad de la actuación.

2. El error de tipo.

Es claro que el juicio se desarrolló exclusivamente para el debate sobre la configuración de la causa de ausencia de responsabilidad referida al error en cuanto a la edad de la víctima por parte del procesado. Lo anterior, porque las partes decidieron estipular la plena identidad tanto del acusado como de la víctima, la edad de la menor para la época de los hechos y que la menor L.C.C. es hija del acusado y de la víctima, para lo cual se anexó copia del registro civil de nacimiento. Con estos elementos probatorios el procesado estaba aceptando en últimas que sostuvo relaciones sexuales con la joven JCV y fruto de las cuales nació la niña L.C.C.

En el debate se recibió la declaración de la menor JCV, quien en lo que tiene que ver con el tema en discusión, manifestó que a Juan Pablo lo conoce desde pequeña, porque es vecino de la finca de su papá. Conversaban lo necesario cuando eran amigos y no se acuerda de qué hablaban. Se enamoró del señor Juan Pablo Cruz y con él sostuvo relaciones sexuales en el año 2018 como en el mes de julio, por ahí en tres ocasiones sin recordar bien. Fruto de esas relaciones el 24 de abril de 2018 nació su hija. Se le preguntó cuántos años tenía Juan Pablo cuando comenzaron a tener relaciones sexuales y manifestó no recordar pero que ahora sabe que tiene 35 años. No les contó a sus padres que estaba en embarazo, pero una vecina le

informó a su madre y denunciaron a Juan Pablo. En el contrainterrogatorio dejó claro que las relaciones sexuales fueron consentidas, que ella buscaba al señor Juan Pablo en su trabajo y que le dijo mentiras. Le afirmó que tenía 14 años y que iba a cumplir 15.

La madre de la joven JCV estuvo en el juicio y señaló que al señor Juan Pablo lo conoce hace aproximadamente 10 u 11 años porque reside en la vereda El Helechal, es vecino de la propiedad de su esposo. No llegó a ver a su hija con Juan Pablo y se vino a enterar del embarazo porque una vecina se lo dijo. No sabe cómo se comunicaban. Tuvo conocimiento dónde se encontraban, porque ella se lo confió después de lo sucedido. Ella le contó que hablaba con el joven Juan Pablo y que tenían planeado formar una familia.

También declaró el señor Aníbal de Jesús Castañeda Lenguas, padre de la joven JCV. Afirmó que Juan Pablo no era de la vereda y que llegó hace 8 o 10 años. Es vecino de la finca y con él tuvo un problemita por un motor que se perdió, por tanto, no se daban ni el saludo. No sabía que su hija y él tenían una relación ni que se encontraran o que se llamaran por celular. Se enteró cuando su hija ya tenía 7 meses de embarazo.

La señora Marleny Rosa Sánchez Campiño, vecina, dijo que conoce a Juan Pablo Cruz porque es vecino y también conoce a la menor JCV. Le dijo a la mamá de la niña que le pusiera cuidado porque parecía embarazada y sabe que el papá es Juan Pablo, pero no le consta, no los vio juntos.

Igualmente, la Fiscalía llevó al debate a los médicos María Manuela Maldonado Hoyos y Edison Adrián Botero Posada, quienes atendieron

a la menor cuando se supo del embarazo. También a la sicóloga Dora Edilma Castañeda Rivillas, profesional que recibió una entrevista a la víctima. Solo hablaron de lo percibido en la intervención que le hicieron a la menor, pero nada referido al tema del debate.

Como testigo de la defensa, pasó al estrado el señor Carlos Andrés Cruz Gil, hermano del procesado, quien simplemente señaló que su padre tiene una finca en la vereda el Helechal, desde hace 10 o 12 años. Igualmente, dijo que su hermano le contó de su relación sentimental con una joven y que pretendía irse a vivir con ella. También se recibió la declaración del acusado, Juan Pablo Cruz Gil. Éste informó que estudió hasta tercero de primaria, que poco sabe leer y escribir, se dedica a trabajar en construcción y oficios varios. Sobre el tema objeto de debate, afirmó que la joven JCV le dijo que tenía 14 años de edad. Manifestó también que sus intenciones era hacerse responsable de ella y de la bebé. Agregó que como él trabajaba cerca a la casa de ella, la joven llegaba a donde estuviera. La distingue porque es vecina.

Como puede verse fácilmente, en el debate únicamente se obtuvo que el señor Juan Pablo Cruz afirmó que creía que la joven JCV tenía 14 años cuando comenzaron a sostener una relación sentimental y tal afirmación fue apoyada por la propia víctima, quien expresó claramente que le mintió al procesado, manifestándole que tenía 14 años y que iba a cumplir 15.

La Fiscalía no ahondó en los interrogatorios para establecer hechos relevantes y que pudieran dilucidar el tema, pues simplemente los testigos manifestaron que Juan Pablo era vecino y que estaba en la

vereda desde hacía 10 u 11 años. Nada expresaron sobre el conocimiento, amistad o relación entre las dos familias vecinas. No se mencionó por nadie cuándo comenzó la amistad entre JCV y el procesado. Cuándo él la distinguió como vecina. Si sabía o no que ella estudiaba en el colegio y en que grado. Si frecuentaba o no la casa de sus padres. Qué relación tenía con ellos. Solamente se dijo, sin que se ampliara suficientemente el asunto, que el padre de la menor y él tuvieron algún inconveniente.

El A quo dedujo el conocimiento sobre la edad de la víctima por parte del procesado, porque notó un ánimo de favorecer al señor Juan Pablo en el testimonio de la menor JCV, pues a las profesionales que la intervinieron no les comentó que ella le había dicho al acusado que tenía más de 14 años, a pesar de ser un tema importante.

También porque si al inicio de la relación hablaron supuestamente de la edad, ella no sabía cuantos años tenía Juan Pablo.

Igualmente, lo dedujo porque JCV conoce a Juan Pablo desde pequeña, al ser vecino y que cuando eran amigos conversaban y se comunicaban por WhatsApp.

En sentir del A quo, esos hechos preparatorios previos a la consumación de las conductas permiten deducir que Juan Pablo sabía que era menor de 14 años. Abordaba a la menor a escondidas, logrando cortejarla y procurar que accediera a sus pretensiones sexuales. Incluso infiere el grado de actualización de su conocimiento ajeno a la ignorancia, pues sabía que la menor estaba escolarizada, además de conocerla desde su infancia, por cuanto residía en el sector desde hacía 11 años. Además, tuvo en cuenta su perfil y

condiciones personales (ayudante de construcción, con 3º de primaria y una edad de 35 años aproximadamente) que le permiten tener un entendimiento y una diligencia debida a la hora de pretender acceder carnalmente a la menor JCV.

Sobre el tema del error de tipo la Honorable Corte Suprema de Justicia ha señalado¹:

2.1. El numeral 10º del artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando *«se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la haya previsto como culposa»*.

En concordancia con esa definición, la Sala ha precisado que el error de tipo *«se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente al tipo de injusto, que deja impune la conducta cuando es invencible y también cuando es superable y la respectiva modalidad delictiva sólo está legalmente establecida en forma dolosa»* (CSJ SP23/05/07, Rad. 25405).

Se configura, por tanto, cuando el sujeto activo de la acción desconoce que su comportamiento se adecúa a un delito y excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo, incidiendo así en la responsabilidad. Por ejemplo, frente al tipo penal del artículo 208 del Código Penal que tipifica el acceso carnal abusivo con menor de 14 años, se configura cuando el acusado cree que la persona con la que sostiene relaciones sexuales consensuadas supera esa edad.

Es necesario tener claro que le corresponde al Ente Acusador demostrar todas y cada una de las circunstancias tanto objetivas como subjetivas que estructuran el tipo penal. Por tanto, en el presente caso, en el que el debate únicamente se desarrolló para el tema del dolo con el que actuó el procesado y más concretamente si existió o no el error frente a la edad de la víctima, la Fiscalía debía presentar las pruebas suficientes que logran establecer con un conocimiento más allá de toda duda que el procesado sí sabía la edad de la menor o que por lo

¹ CSJ Decisión del 20 de marzo de 2019. Radicado 53473. M.P. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa.

menos se la representó como probable y no le importó de todas formas la realización de la conducta.

Pero en realidad la actividad del Ente Acusador solo se dirigió a establecer lo que ya había sido estipulado, pues los interrogatorios no profundizaron sobre aspectos que permitieran deducir con claridad el conocimiento que tenía el procesado sobre la edad de la menor y ni siquiera desvirtuar el dicho de ella cuando informó que le mintió al señor Juan Pablo y le dijo que tenía más de catorce años.

Es necesario resaltar que la edad verdadera de la menor era de 13 años y unos meses cuando sostuvo las relaciones sexuales, por lo cual en verdad era muy difícil determinar si la menor superaba o no los catorce años con su sola apariencia. Y si realmente existía alguna situación física o intelectual que permitiera llegar fácilmente a esa conclusión por cualquier persona, ella no se ventiló en el juicio. Allí no se discutió la edad aparente de la menor en sus aspectos físicos o psicológicos o comportamentales. Solo se habló de su escolarización y sin ahondar en el tema, lo cual no permite establecer o suponer la diferencia de edad entre 13 o 14 años.

Durante el interrogatorio y contrainterrogatorio realizado a la joven JCV, la Sala no observa ninguna situación que permita afirmar que ella miente en su declaración o que quiere apartarse de la realidad para favorecer deliberadamente al procesado. En la diligencia de declaración, puede observarse que ella contesta exactamente lo que le preguntan sin adicionar información que no le fuera solicitada y en la primera parte del interrogatorio que hace la defensa, el interrogador simplemente le pregunta si hablaron de la edad y ella contesta que sí y no agrega nada más. Solo es cuando la Juez le da la oportunidad al

defensor de adicionar el interrogatorio que éste le pregunta cuántos años le dijo a Juan Carlos que tenía y es cuando ella afirma que está hablando con la verdad y que ella le mintió al procesado. La Fiscalía después de ello no retomó el interrogatorio para verificar si esa información era real o si la testigo estaba mintiendo. Por tanto, no existe en el juicio ningún elemento objetivo del cual pueda inferirse que el testimonio de la menor no ofrece credibilidad.

Es cierto que la menor dijo que conoció a Juan Pablo porque era vecino y desde pequeña, que fueron amigos antes de tener relación sentimental, pero sobre esos temas nada se ahondó en el juicio. No se sabe cuándo fueron amigos, cuándo Juan Pablo la distinguió y quién tuvo la iniciativa en la amistad. Antes del embarazo nadie los vio juntos ni supo de amistad o noviazgo, pero de allí no puede afirmarse que su relación era completamente clandestina o que se ocultara deliberadamente de alguien. Es natural que el embarazo generó angustia en la menor y no le era fácil hablar del asunto con sus padres.

El A quo sustenta el juicio de responsabilidad en inferencias lógicas que hace partiendo de varios hechos como la escolaridad de la menor, la edad y condiciones del procesado, la vecindad entre los dos por 10 u 11 años, los actos preparatorios de enamoramiento y la clandestinidad de la relación.

Pero realmente, tales situaciones no fueron claramente abordadas en el juicio y por sí solas y con la escasa información que se obtuvo, no constituyen indicios que permitan obtener el conocimiento necesario para determinar el grado de conocimiento que el señor Juan Pablo tenía de la edad de la menor. Si bien la prueba indiciaria todavía hace

parte de nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, su construcción tiene exigencias que no se advierten en el presente proceso.

En la providencia arriba citada la Honorable Corte Suprema de Justicia también razonó así²:

La Corte ha precisado que la prueba indiciaria hace parte del sistema probatorio colombiano a pesar de no aparecer mencionada en el artículo 382 de la Ley 906 de 2004, de manera que conservan plena validez las inferencias lógico – jurídicas fundadas en operaciones indiciarias.

También ha señalado que para construir un indicio debe existir un hecho indicador debidamente constatado, de manera que es necesario señalar cuáles son las pruebas del mismo y qué valor se les confiere. Si no se cuenta con pruebas del hecho indicador, o existiendo no se les da credibilidad, no puede declararse probado y, por ende, no hay lugar a la construcción de ningún indicio.

Demostrado el hecho indicador, se debe explicitar la regla de la experiencia que otorga fuerza probatoria al indicio, pues eventualmente puede ser falsa, o tomada con un alcance diferente al que realmente tiene y, por ello, es indispensable expresarla para garantizar su contradicción.

Enseguida debe enunciarse el hecho indicado, cuya fortaleza dependerá del alcance de la regla de la experiencia. Y, por último, tiene que valorarse el hecho indicado, en concreto y en conjunto con los demás medios probatorios, en orden a concluir qué se declara probado (SP1569-2018).

La prueba indiciaria puede fundar una sentencia cuando en forma unívoca y contundente señala la responsabilidad o inocencia del implicado en los hechos punibles investigados. Con todo, la valoración integral del indicio debe considerar todas las hipótesis que puedan confirmar o descartar la inferencia realizada a efectos de establecer su validez y peso probatorio.

Aquí la Sala no advierte la existencia de indicios, pues si bien la vecindad puede dar lugar a que una persona conozca bien a otra, tal situación debe estar acompañada de un trato entre familias y hechos de los cuales inequívocamente pueda afirmarse que tales intimidades deben ser conocidas entre los vecinos. La escolaridad de una persona

² Ídem

también debe acompañarse de más elementos, ya que por sí sola no da ninguna luz sobre el tema, pues en un grado pueden estudiar personas que superen la edad promedio y si es que la persona sabe cuál es esa edad promedio para determinado grado de estudio. Es de suponer que en toda relación sentimental hay un espacio inicial para la conquista, el enamoramiento, pero en este caso, sobre tal punto no se discutió en el juicio, solo se afirmó que se veían en determinado lugar y que hablaban por WhatsApp, lo cual es insuficiente para construir indicio alguno.

Lo que observa la Sala es que hay ausencia de conocimiento sobre todos los pormenores que rodearon la relación sentimental que se afirma se forjó entre JCV y Juan Pablo Cruz, que lo único cierto es que la joven tenía menos de 14 años cuando sostuvo relaciones sexuales con el procesado. Mientras el señor Juan Pablo afirma que creía que JCV tenía más de 14 años y ella lo apoya diciendo que le mintió sobre su edad, no existe en el plenario ningún elemento objetivo, con prueba directa o indiciaria que permita desvirtuar tal situación. Entonces la ausencia de prueba y la ausencia de conocimiento sobre un aspecto importante del debate, no puede sustentar la sentencia condenatoria.

En ese orden de ideas, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar ABSOLVERÁ al señor JUAN PABLO CRUZ GIL por los cargos objeto de acusación.

Se ordena la libertad inmediata del procesado, la cual se hará efectiva siempre y cuando no tenga requerimiento por autoridad judicial competente.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve **REVOCAR** la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados, en su lugar **ABSOLVER** al señor JUAN CARLOS CRUZ GIL por los cargos objeto de acusación.

Se ordena la libertad inmediata del procesado, la cual se hará efectiva siempre y cuando no tenga requerimiento por autoridad judicial competente.

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

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa

**Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

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

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

Código de verificación:
**ef093b72d7bf202457ff438ade00f2e470ff78b522722637bab2267c22f
61378**

Documento generado en 22/02/2022 12:01:31 PM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Radicado: 056153104002202100108
Rdo. Interno: 2022-0075-2
Accionante: MARÍA NELLY RÍOS GARCÍA.
Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES.
Actuación: Fallo tutela de 2ª Instancia No. 05
Decisión: SE CONFIRMA

Medellín, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022)
Aprobado según acta No. 017

1.-ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación interpuesto por el accionado, Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, por medio de la doctora MALKY KATRINA FERRO AHCAR en calidad de directora de la Dirección de Acciones Constitucionales, contra el fallo de tutela proferido el día 14 de enero de 2022, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia-, mediante el

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

cual se concede el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora MARÍA NELLY RÍOS GARCÍA.

2. LA DEMANDA

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

“Manifestó la accionante que en septiembre de 2021 suscribió contrato de trabajo con el señor NELSON DE JS. OCAMPO GALLEGO para servir en su casa de habitación, iniciando sus labores el día veintinueve (29) y formalizando sus afiliaciones ante SURA EPS y ARL POSITIVA, pero al intentar afiliarse a COLPENSIONES, la plataforma de la entidad le informó que este trámite no era viable por la edad de la ciudadana. Con posterioridad y a través de un tercero, indagó con COLPENSIONES las razones para su no afiliación y le informaron que era por haber estado vinculada anteriormente y retirar sus aportes, lo que aduce tuvo que hacer por extrema necesidad, sin embargo, radicó petición en diciembre dos (2) de 2021 ante COLPENSIONES exponiendo su situación, a la cual le contestaron que al haber optado por la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, quedaba excluida del sistema general de pensiones y como consecuencia de ello su empleador decidió dar por terminado su contrato de trabajo, teniendo en cuenta los riesgos que implicaba mantenerla sin afiliación al sistema de pensiones.

Solicitó tutelar sus derechos fundamentales y ordenar a COLPENSIONES afiliarla, según los términos establecidos en la jurisprudencia citada por ella. Como prueba documental aportó, cédula de ciudadanía, capturas de pantalla de la plataforma de COLPENSIONES, petición calendada a diciembre tres (3) de 2021, respuesta COLPENSIONES, certificado de afiliación ARL POSITIVA, certificados de aportes ARUS.”

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primera instancia concede el amparo deprecado por la accionante, al evidenciar que, se está afectando el derecho a la seguridad social al impedírsele acceder al Sistema y de manera correlativa, el derecho al trabajo en condiciones formales; asimismo, al mínimo vital, en tanto, quien sería su empleador desistió de materializar tal vínculo al no poder dar cumplimiento a la totalidad de las obligaciones que la ley acarrea, desencadenando todo ello en una innegable y posible vulneración del derecho al mínimo vital, al no acreditarse que la accionante cuenta con recursos propios para velar por su manutención, resultando en este caso más grave este tipo de conductas, al ser la persona afectada una adulta mayor.

Destaca que, al negar la afiliación al fondo de pensiones termina por limitar el acceso al mundo laboral y, si bien en la PILA existe una exclusión para quien ya es pensionado, la accionante al reincorporarse al mundo laboral, se está viendo expuesta a otros riesgos como la invalidez, incapacidades, muerte, que de no contar con una AFP estarían sin cobertura, sumado a que, formalmente no puede ser considerada como pensionada por vejez, pues no recibe una prestación periódica, si no que en un solo momento le fue cancelado, devuelto, pagado o reconocida la indemnización sustitutiva

En vista de lo anterior, el A quo Falló:

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la seguridad social de la señora MARÍA NELLY RÍOS GARCÍA identificada con cédula de ciudadanía N° 42'994.220, vulnerado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: En consecuencia, se ORDENA a COLPENSIONES que en un término máximo de cuarenta y ocho (48) horas y de no haberlo hecho, proceda habilitar a la señora MARÍA NELLY RÍOS GARCÍA identificada con cédula de ciudadanía N° 42'994.220, para que pueda afiliarse a esa entidad y seguir realizando las cotizaciones para pensión de invalidez y/o muerte.

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La entidad accionada interpuso el recurso de impugnación contra la sentencia de primera instancia con fundamento en los siguientes argumentos:

“Que, revisado el expediente pensional de la accionante, se evidencia que el 03 de diciembre de 2021 elevó petición mediante radicado 2021_14542750 por medio de la cual solicitó información de la activación de la afiliación ante esta administradora. Oficio BZ2022_469899-0100773 Página 2 de 16 Por lo anterior Colpensiones a través de la Dirección de Administración de Solicitudes y PQRS mediante oficio 2021_14542750 del 03 de diciembre de 2021 dio respuesta a lo solicitado en el siguiente sentido:

“Reciba un especial saludo de la Administradora Colombiana de Pensiones — COLPENSIONES. En respuesta a su petición relacionada con: " (...) se sirva explicar los motivos fatigos y jurídicos que tuvieron para responder la solicitud de afiliación a mi persona se informa una

vez consultada la base de datos de colpensiones se evidencio que usted se encuentra afiliada desde 15/07/1987 al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida (RPM), administrado por la Administradora Colombiana de P – COLPENSIONES.

Así mismo, se evidencio que mediante Acto Administrativo numero 62082 de fecha 26 de febrero 2014, Colpensiones, le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, es de aclarar que dicha prestación, se trata de un pago por única vez y cuya percepción excluye al afiliado del Sistema General de Pensiones.

por consiguiente, no es posible generar una nueva afiliación ya que de acuerdo a la Resolución No. 3559 de 2018, el Ministerio de Salud y Protección Social implementó nuevas validaciones a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes PILA, para evitar la evasión de aportes al subsistema general de Pensiones.

Por lo tanto, si usted se encuentra dentro de alguna de las siguientes excepciones para no realizar aportes a pensión, a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes PILA puede seleccionar el subtipo de cotizante correspondiente según su condición. (...)”

Es importante indicar que la mencionada comunicación, fue entregada a través de correo electrónico el 07 de diciembre de 2021, como se evidencia en soportes adjuntos.

Anexo se adjunta acto administrativo por medio del cual se reconoció la indemnización sustitutiva y el acta de notificación y contra el cual no se interpuso recurso alguno, haciendo la claridad que el dinero reconocido fue cobrado por la accionante.

Con lo manifestado, se evidencia que Colpensiones no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante” (...) puesto que, “...una vez el afiliado ha cumplido con la edad mínima para pensionarse sin el mínimo de semanas exigidas por ley para el reconocimiento de la pensión de vejez, tiene una de dos opciones: a) solicitar la indemnización sustitutiva o b) continuar cotizando hasta cumplir los requisitos para el reconocimiento de la prestación pensional; por lo tanto, para que al afiliado se le reconozca la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, exige el artículo 37 de la ley 100 de 1993 una

declaración de imposibilidad por parte del afiliado de continuar cotizando, que conlleva la desmarcación y el retiro del sistema, lo cual impide que siga aportando para obtener el derecho al reconocimiento de otra indemnización o prestación pensional

(...)

Así las cosas, teniendo en cuenta que el accionante, manifestó su imposibilidad de continuar cotizando al sistema de pensiones, y por tal motivo le fue otorgada su indemnización sustitutiva de pensión de vejez, no es procedente el que hubiese continuado cotizando al sistema general de pensiones para buscar en la actualidad el reconocimiento de prestaciones económicas adicionales por parte de esta Administradora de Pensiones

Todo lo anterior debido a que, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es una prestación la cual es incompatible con las pensiones de Vejez o invalidez y las prestaciones previas que de esta última se desprenden como el reconocimiento de incapacidades y calificación de Pérdida de capacidad laboral."

De igual modo, considera la entidad accionando que no se cumple con el requisito de procedibilidad de subsidiariedad, al tratarse de una controversia referente al Sistema de Seguridad Social Integral, suscitada entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, debiendo el ciudadano agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no discutir la acción u omisión de Colpensiones vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

En vista de lo anterior, solicita se REVOQUE el fallo de primera instancia

2. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia

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

5.2. Problema jurídico

El problema jurídico que debe decidir la Sala se contrae a resolver si en este caso, resulta procedente la revocatoria del fallo de primer grado, ante la imposibilidad de afiliarse nuevamente al Sistema de Seguridad Social de Pensiones a la accionante, señora MARÍA NELLY RÍOS GARCÍA, al haber obtenido por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones — Colpensiones la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, o en su defecto, confirmar la decisión de primera instancia

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, se instituye la acción de tutela como un mecanismo de protección de derechos fundamentales, así como la misma sólo procederá cuando el afectado o afectada no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Descendiendo al caso objeto de estudio, en situación idéntica a la que hoy ocupa la atención de la Sala, indicó la Corte Constitucional en sentencia **T-307de 2021**, lo siguiente:

(...)

“5.6. Esta Corporación ha entendido que cuando el afiliado solicita la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, en forma voluntaria al fondo de pensiones, remplace con ello la prestación que pretende obtener, ya sea por vejez o invalidez, lo cual no le impide continuar cotizando al Sistema para efectos de cubrir aquella contingencia que pueda sobrevenir en el desarrollo de una relación laboral o mediante contrato por prestación de servicios, toda vez que no son incompatibles. Por ejemplo, en caso de que el trabajador obtenga la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva, supliendo su pensión de vejez, podrá seguir cotizando en forma obligatoria, cubriendo las demás contingencias, esto es, la invalidez de origen común y la muerte.

5.7. Al respecto, la sentencia T-861 de 2014 reiteró un pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que mediante providencia del 20 de noviembre del año 2007 (Radicación No.30123, MP. Camilo Tarquino Gallego) estudió un asunto en el que el ISS reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. El afiliado siguió cotizando y posteriormente, fue calificado con una pérdida del 63% de su capacidad laboral. La mencionada entidad prestadora le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, sobre la base de que había reconocido en su favor la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Ante la negativa, el afectado interpuso demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral que, en primera instancia, le ordenó al ISS el pago de la pensión de invalidez desde el momento de la

estructuración de la misma y, en segunda instancia, el Tribunal, revocó lo decidido por el a quo y absolvió a la entidad de todas las pretensiones del demandante. En trámite de casación, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, casó la sentencia del Tribunal y confirmó la sentencia proferida por el a quo.

La Corte Suprema consideró que no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado hubiese recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Señaló que, “si bien, con base en lo dispuesto por el Decreto 758 de 1990, quedan excluidos del seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte, quienes hubiesen recibido la indemnización sustitutiva, no debe entenderse que se encuentran cobijados por dicha exclusión, quienes tienen la posibilidad de pensionarse por un riesgo distinto al que corresponde la indemnización sustitutiva. Así, si alguien recibe la indemnización sustitutiva por la pensión de vejez, no podría pensionarse por esa contingencia, pero sí podría hacerlo por un riesgo distinto, por ejemplo, por invalidez, sobre la base de que se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y que contienen exigencias disímiles. Lo contrario, conduciría al total desamparo del afiliado y el flagrante desconocimiento de los principios que irradian el derecho a la Seguridad Social.”

Sostuvo que, “resulta contrario a los más altos postulados de justicia, que una persona que reúne los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en las normativas que gobiernan su situación para el momento en que se estructuró su condición de inválida, pierda tal beneficio económico por la sola circunstancia de que otrora se le negó la pensión de vejez, por no haber cumplido los requisitos de semanas cotizadas, pues se trata de dos prestaciones completamente

diferentes, que amparan diversos riesgos, y con exigencias disímiles."

5.8. En conclusión, no hay impedimento alguno para que quienes continúen asegurados y cotizando de forma obligatoria al Sistema de Seguridad Social, accedan a una pensión que cubra un riesgo distinto al que eventualmente se hubiera reconocido por medio de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos." NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

Bajo este panorama, se tiene que, nada impide la afiliación de un usuario al Sistema de Seguridad Social de Pensiones cuando se ha reconocido la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, en el entendido que, la nueva afiliación puede cubrir contingencias diferentes, a la ya reconocida.

Ahora, luego de proferido el fallo de primer grado, la entidad accionada allegó informe fechado del 27 de enero de 2022 en el que da cuenta de su cumplimiento, advirtiendo lo siguiente:

(...)

"i) El caso fue escalado con la dirección de Afiliación de esta Administradora, la cual, mediante oficio del 25 de enero de 2022, remitió la siguiente información al accionante:

ii) La comunicación del 25 de enero de 2022, fue remitida a la dirección aportada por el accionante en su escrito de tutela mediante la guía de envío No. MT695389998CO por medio de la empresa de mensajería 472.

iii) Por lo anterior, una vez se cuenta con la información requerida por el área antes mencionada, se procederá al estudio

inmediato y trámite correspondiente para lograr el cumplimiento del fallo de tutelar. “

Asimismo, allegó oficio de fecha 25 de enero de 2022 dirigido a la señora María Nelly Ríos García en el que informa:

(...)

“Reciba un cordial saludo de la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES. Dado el alcance al comunicado remitido con anterioridad, la Dirección de Afiliaciones se permite manifestar que se realizó la transmisión al Ministerio de Salud y Protección Social mediante archivo RUA250PMPP20220121NI000900336004CO025-14 para la actualización de su estado de afiliación a pensiones en el Registro Único de Afiliados RUAF...”

Así las cosas, si bien esta Corporación verificó que en la base de datos publica del Registro Único de Afiliados-RUAF la accionante MARIA NELLY RIOS GARCÍA se encuentra activa en el Régimen de Prima Media, Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, conforme constancia anexa al expediente, no ha sido posible realizar la afiliación de la accionante a esa administradora de Pensiones, al registrarse que se encuentra excluida del sistema de seguridad social en Pensiones en razón de la edad; luego, continua la vulneración al derecho fundamental a la Seguridad Social por parte de la entidad accionada.

En ese orden de ideas, Sala **CONFIRMARÁ** la decisión del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, fechado del 14 de enero de 2022.

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

6. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido 14 de enero de 2022, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro–Antioquia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

Firmado Por:

Nancy Avila 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

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:
7065578b3bb61440849bb03bca944722d4416f1d1f01ca6e0be2105
370059d57

Documento generado en 21/02/2022 04:59:33 PM

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

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

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL PARA ADOLESCENTES**

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

RADICADO:	05 030 60 01304 2021 00014
INTERNO:	2021-1839-2
DELITO:	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS
ACUSADO:	V.M.C. U
DECISIÓN:	CONFIRMA DECISIÓN

Medellín, veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Aprobado según acta Nro. 018

1. ASUNTO

Se pronuncia la Corporación sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa pública del adolescente V.M.C.U, frente a la decisión proferida el 14 de octubre de 2021 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Amagá, en la cual su prohijado, luego de adelantar el juicio oral, fue declarado penalmente responsable en calidad de autor por la comisión del punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado, imponiéndosele con carácter

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.

pedagógico, protector y restaurativo, una sanción privativa de la libertad de 3 (tres) años.

2. RESUMEN HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Fueron consignados en la sentencia recurrida de la siguiente forma:

“Para el año 2018 la niña MICU, contaba con trece años de edad, para esa época el joven V.M.C.U –hermano de la víctima-, en horas de la madrugada mientras esta dormía, en plurales oportunidades le realizó tocamientos por encima de la ropa en las partes íntimas –senos y vagina-, intentaba quitarle la blusa, meterle la mano por los senos y quitarle el calzón, escenario que fue recurrente y del cual toda la familia tuvo conocimiento, ni siquiera la intervención de los padres, hacía que el adolescente desistiera de realizarle actos libidinosos a su hermana. Los manoseos se han suspendido en atención a que V.M.C.U., no le es permitido ingresar a su residencia debido al consumo de psicoactivos y hurtos que lleva a cabo al interior de la casa de habitación. Los hechos motivo de conocimiento han acaecido en la calle 50 No. 47-53 del Municipio de Amagá, Antioquia.”

3. SINTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

El día 26 de marzo de 2021, celebró el Juez Primero Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Amagá, audiencia de legalización de aprehensión, para seguidamente imputación al, entonces menor VMCU, como presunto autor a título de dolo, del delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado por el parentesco con la víctima. En esa misma oportunidad, se le impuso medida de internamiento preventivo en “La acogida”.

Posteriormente por reparto, le correspondió el conocimiento de la presente causa, al Juzgado Promiscuo de Familia de Amaga, quien dio tramite a la audiencia de formulación de acusación el día 1 de julio de la anualidad anterior, acorde con la imputación ya señalada (Carpeta 1a instancia, cuaderno digital, archivo N° 25.). El 30 de julio de la misma anualidad se hizo la vista preparatoria (Carpeta 1a instancia, cuaderno digital, archivo N° 50.).

El juicio oral se desarrolló el día 08 de septiembre de 2021 en el que luego, de recaudadas las pruebas, se anunció que el sentido del fallo sería condenatorio (Ibidem, archivo N° 57). Finalmente, el 14 de octubre de 2021 se dio lectura al fallo y se impuso la sanción (Ibidem, archivo N° 63 carpeta digital), pero como la vocera judicial defensora pública del procesado quedara inconforme (Ibidem, archivo N° 66), se concedió ante esta Corporación la alzada respectiva (Ib. folio 115).

4. LA SENTENCIA APELADA

El señor Juez de Primera instancia registra los datos que permiten identificar al acusado, realiza enseguida una breve reseña de los fundamentos fácticos y jurídicos, donde detalló el delito enrostrado, los alegatos de inicio y de clausura.

Pasó subsiguientemente al acápite de “consideraciones”, en donde comenzó por hacer alusión a lo normado en el artículo 381 y 7 del C.P.P. y el artículo 29 de la Constitución Política, haciendo mención

además con holgura a jurisprudencia del órgano de cierre de la justicia ordinaria acerca de la fiabilidad del testimonio de los menores abusadores, para así delatar la prueba testimonial recaudada.

Ya en cuanto al examen de la prueba arrimada a juicio a instancia del ente instructor y de la defensa, se refirió a cada uno de los testimonios que desfilaron en juicio e hizo una síntesis de sus dichos, para concluir que se tiene por probada, cabalmente, la materialidad del delito en cuestión, teniendo como su responsable al adolescente V.M.C.U.

En lo que a la prueba testimonial , adveró que, el relato que hace la madre de la víctima en su testimonio en el juicio oral es claro y coherente de cómo sucedieron los hechos, a pesar de su forma de expresarse, logró que organizara sus ideas y poder entender su narración, refiriendo que los hechos sucedieron en el año 2018 y que los puso en conocimiento de la Comisaría de Familia de Amagá, mismos que sucedieron antes que el joven fuera sancionado por violencia intrafamiliar y estuviera recluido en la institución conocida como La Pola, esto agregado a que hace referencia en su narración que denunció en la Comisaría de Familia de Amagá “cuando estaba arriba”, siendo de público conocimiento que para ese año la Comisaría de Familia de Amagá estaba ubicada en las instalaciones de la alcaldía municipal y por problemas estructurales de la construcción varias dependencias tuvieron que ser trasladadas fuera del edificio, funcionando la Comisaría desde hace varios años fuera de la alcaldía, cuadras abajo.

También manifestó la deponente sin dar fechas concretas pero ubicándose espacialmente en el año 2018 - porque para ese año la niña tenía 13 años de edad y porque sucedieron antes que el hoy procesado fuera sancionado por violencia intrafamiliar ya que salió en libertad el 6 de noviembre de 2020- que ella estaba acostada en el mueble de la sala en horas de la mañana y su hija llegó diciendo que V.M. la estaba manoseando en su cuarto y la reacción de ella fue pegarle con un palo al joven; que la segunda vez que el joven irrespetó a su hermana fue en presencia de la propia declarante y por tanto testigo directo del hecho, relatando que, como a los dos meses después de aquel suceso del golpe con el palo, ellas estaban acostadas en la cama y vio cuando su hijo V.M. introdujo la mano por la ventana de la habitación y comenzó a tocar (manosear) las nalgas y los senos de la niña, ella lo regañó y le dijo “usted sigue con lo mismo, usted no va a cambiar” y él respondió que estaba era buscando algo, a lo que ella le dijo que lo había visto tocándole la nalga a la niña, terminando el infractor enojado, acercándose con su hija a los dos días a la Comisaría de Familia a denunciar lo sucedido.

Esbozó el fallador primigenio que también está acreditada la conducta del adolescente con la declaración de la psicóloga Adela María Gallego Moreno, quien narró haber recibido entrevista a la menor MICU el 29 de octubre de 2018 bajo el protocolo SATAC, manifestándole la declarante que su hermano la estaba tocando, que para ese año 2018 llevaba tres (3) manoseadas (tocamientos) en palabras de la niña, que en sus observaciones de la entrevista puso que la niña recordaba lo que pasó con el hermano y que era consciente que lo sucedido no era correcto, que la niña no

recordaba fechas pero asociaba un tocamiento por ser cercano a su cumpleaños, que la menor para esa época tenía 13 años, que en las figuras que le puso de presente la niña señaló los tocamientos en la vagina y los senos, que siempre fueron por encima de la ropa, que la niña le contó que se dio cuenta su hermano Mateo, lamentándose porque la profesional en psicóloga no profundizó en su entrevista y no logró que la niña le dijera los eventos individualmente, pero sí dijo que el primer tocamiento fue en la cama en la mañana al igual que los otros actos impúdicos.

Para el a-quo estas dos declaraciones, una de un testigo presencial y otra de un testigo de oídas, son uniformes en cuanto a que los hechos sucedieron cuando la niña tenía 13 años de edad, es decir en el año 2018, la madre refirió que acudió a la Comisaría de Familia por los tocamientos que estaba realizando V.M. sobre la niña, lo que concuerda con la entrevista hecha por la psicóloga el 29 de octubre de 2018 sobre tocamientos del joven a la niña. Ambos testimonios refieren tocamientos de parte de V.M. a su hermana en las nalgas y senos en horas de la mañana, que uno de ellos ocurrió en la habitación de la niña, lo que coincide por lo narrado por la madre acerca que la niña la despertó cuando ella estaba durmiendo en la sala diciéndole que V.M. la estaba manoseando en la pieza reprimiéndolo al pegarle con un palo, otro suceso fue el presenciado por la madre de la niña cuando el joven introduce la mano por la ventana de la pieza y comienza a acariciar las nalgas y los senos de la niña y al reprenderlo la mamá él se enoja, lo que hace que vaya a poner en conocimiento estos hechos en la Comisaría de Familia de Amagá.

En lo que respecta al testifical Mateo aunque es referido como una de las personas que presencié los tocamientos y en su testimonio dice haberlos presenciado, no se tuvo en cuenta su testimonio ya que no ubica en el tiempo los tocamientos que dijo haber presenciado, no los relaciona con acontecimientos cercanos a ellos, descartando el mismo, al igual que el del médico Cristian Fabian Villanueva y el de la psicóloga Lida Johana Taborda por cuanto sus dichos se refieren al año 2020 cuando la menor ya tenía 15 años cumplidos y se refieren a otros posibles tocamientos indebidos de del acusado hacia su hermana en el mes de noviembre de 2020 y no hacen referencia a los hechos ocurridos en el año 2018.

Refirió que la agravante de la conducta se encuadra en el numeral 5° del artículo 211 del Código Penal, al realizar el joven los tocamientos libidinosos en su hermana menor. Aunque no se tienen los registros civiles del victimario y la víctima está demostrado su parentesco de hermanos con la declaración de la madre de ambos.

Finaliza su análisis concluyendo se le otorga plena credibilidad a los dichos de la madre y la psicóloga que entrevistó a la menor víctima en el año 2018 sobre los tocamientos indebidos por parte de su hermano, por lo que ante la libertad probatoria se demuestra la realización de la conducta, comportamiento que encuentra acomodo en el tipo previsto en el artículo 209 del Código Penal. además, no se encontró animadversión en el relato de parte de la madre hacia el denunciado como agresor, por el contrario, reprendía al joven por los tocamientos y ante la insistencia de la niña

por denunciar fue que acudió a la Comisaría de Familia a poner en conocimiento los hechos.

Con esa información, el a-quo clausura su análisis afirmando de las pruebas allegadas en legal forma al proceso y con la debida oportunidad para controvertirlas, se creó la convicción no solo la ocurrencia de los hechos, sino la convicción de la autoría y responsabilidad de estos mismos a cargo de V.M.C.U, conducta punible de carácter dolosa.

Finalmente, impuso al adolescente V.M.C.U., al hallarlo penalmente responsable en calidad de autor de los pluricitados actos sexuales con menor de 14 años agravado, la sanción privativa de la libertad por el término de tres (3) años.

5. LA ALZADA

5.1 De la apoderada judicial del procesado como recurrente

La defensora pública representante del acusado censura la decisión y pide se revoque, porque estima incólume la presunción de inocencia de V.M.C.U. Expuso que en este tipo de asuntos el debate debe dirigirse a esclarecer si lo señalado al momento de formular la acusación ocurrió, lo que en este caso se circunscribía a definir si la conducta que se imputa se presentó, como quiera que no se tiene certeza de la fecha de ocurrencia, pues si bien en el escrito de acusación se indica que los mismos se llevaron a cabo en el año 2018, la declaración del médico Cristian Fabián Villanueva Ninco, dejó entrever que los tocamientos se efectuaron en el año 2020.

Se escuchó en la vista pública a la progenitora del procesado y a su hermano, quienes no pudieron con claridad hacer relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos, ya que dichas declaraciones fueron contrapuestas.

Cuestiona que la decisión de condena se haya fundamentado exclusivamente en prueba de referencia, pues las declaraciones no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso, es decir se presenta un manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba.

Para la opugnante, lo único que quedó demostrado en el proceso es que la familia Caro Uribe le urge deshacerse del joven V.M., por ser este un “problema”, pues para ellos, es más relevante mentir para mantener alejado a su familiar de su residencia, que contar la verdad de lo acaecido.

5.2 No hubo pronunciamiento por parte de los no recurrentes

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

Esta instancia judicial tiene facultad legal para resolver la controversia sometida a su consideración en razón de lo dispuesto por los artículos 168 de la Ley 1098 y 34-1° de la Ley 906.

5.2. Problema jurídico

Salvo al control de validez, rige la justicia rogada, por ende, el tema de apelación impone el límite del pronunciamiento que realizará la Sala, conformando con la sentencia de primera instancia una unidad inescindible, en lo que no se contrapone.

Y, como quiera que la sustentación del recurso luce altamente deficiente, solo podrán atenderse los aspectos que de alguna manera buscan controvertir el fallo, pues ya se sabe que las expresiones genéricas tendientes a señalar que la prueba es contradictoria o que existe duda sin desarrollar los argumentos que soporten la conclusión, no constituyen una verdadera sustentación.

No obstante lo anterior, los reproches formulados por la apelante, atañen en concreto a dos aspectos, de un lado, discurre **(i)** No se establecieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos **(ii)** la sentencia se fundamentó en prueba de referencia.

Frente al primer aspecto, ha de señalarse que si bien para la recurrente no se demostraron las circunstancias de tiempo, modo y lugar - pues según lo manifestado por la menor víctima al galeno Cristian Fabián Villanueva Ninco los hechos ocurrieron en 2020 - ello no cuenta con asidero suficiente como para que la defensa suponga que los hechos no existieron, en tanto tal aserción, no tiene la virtud de descartar la comisión del delito y la responsabilidad del procesado, pues se cuenta con otros elementos de convicción, máxime si a partir del principio de libertad de prueba, se allegó prueba testimonial directa que daba cuenta

acerca de la comisión de una serie de atentados sexuales contra una menor como los aquí investigados.

Acerca del comportamiento asumido por la madre del acusado al querer deshacerse del procesado a través del presente trámite judicial, la defensa no atina a señalar de qué manera tales afirmaciones guardan relación con este asunto, pues no se debatió que los padres o la menor en sus distintas entrevistas hubieran sido aleccionados en orden a querer deshacerse de su familiar y así señalarlo falsamente como autor de los hechos que de manera clara, relataron en las distintas salidas procesales, de manera que resulta forzado y artificial ensayar la creación de una teoría conspirativa² sobre el particular.

En tal sentido, oportuno es destacar que, actualmente, la sociedad y el Estado propenden por la reivindicación de los derechos de la víctimas, en particular de niños, niñas y adolescentes, que han sido objeto de abusos o ataques de índole sexual, exigiendo el análisis en contexto de los episodios en que se han dado, en los que, por lo general, las condiciones se tornan desfavorables a sus intereses, al tratarse de situaciones en donde la vulnerabilidad e ignorancia son factores aprovechados por el infractor para invadir su libertad sexual³.

Con esta perspectiva lo dicho por los testigos directos de los hechos no puede observarse como la simple contraposición a la versión que

² CSJ SP rad. 30.682 de 23 mayo de 2012

³ «Se entiende que la libertad sexual es (...) la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y auto determinar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos. En otras palabras la libertad sexual es la facultad que tiene la persona para auto determinarse y autorregular su vida sexual (...)» CSJ SP, 7 Sept. 2005, Rad. 10672.

ofrece el victimario para exigirles más evidencias que sus afirmaciones si las mismas se adhieren a las circunstancias propias del medio y las condiciones en que éstas se desenvuelven, más, cuando en este tipo de delitos, el agresor genera o aprovecha ambientes de soledad en los que la ofendida difícilmente puede oponerse.

Es por esto que, el testimonio de la víctima, cuando supera las reglas de la sana crítica, cobra especial importancia, más, cuando en la mayoría de casos, es sobre su propio cuerpo donde se ejecutan los actos libidinosos del invasor y no quedan huellas materiales del atentado sexual, como es el caso en estudio, pues aun cuando la víctima no declaró, se contó con la declaración de su progenitoria, quien fue testigo directo –2 oportunidades- de los tocamientos libidinosos en contra de su hija menor de edad.

Así lo expresó la señora Maria del Carmen Uribe Álzate, ante el foro público, revelando los actos impúdicos, así:

Fiscal: ¿V ha realizado tocamientos a M.I., es eso cierto?

Testigo: si

Fiscal: ¿y Por tres veces lo hizo? ¿Es eso cierto?

Testigo: si

Fiscal: ¿La primera vez fue en el 2018, es eso cierto?

Testigo: si

Fiscal: Que la segunda vez, Usted estaba durmiendo con ella y usted vio cuando él la toco, ¿es eso cierto?

Testigo: si, el por la ventana le mandó la mano, es cierto

Fiscal: Doña Maria del Carmen, Usted esa segunda vez que lo vió que tocó V a M.I., ¿denunció en esa oportunidad?

Testigo: si yo fui y coloqué el denuncia y ahí fue donde lo cogieron para la Pola y le dieron un año, entonces yo le dije a él pues que V seguía con lo mismo.

Fiscal: ¿Con lo mismo de qué?

Testigo: pues el conseguía vicio en la calle y venía aquí a agredirnos a nosotros aquí a la casa y a cosiacar la niña, yo coloque la denuncia en el 2018.

Fiscal: ¿Usted le recuerda al señor juez en que fecha se presentó esa segunda oportunidad de los tocamientos?

Testigo: las dos primeras eso fue reciente en el año 2018 y ahora en enero de 2020 que salió de la pola volvió a lo mismo. no recuerdo el mes de 2018

Luego de ese interrogatorio, el juzgador de primera instancia le realiza una serie de preguntas aclaratorias a la deponente:

Juez: ¿la niña en el primer tocamiento que usted dice ella dormía sola?

Testigo: Ella tenía una pieza sola

Juez: ¿La segunda vez usted estaba durmiendo con ella?

Testigo: yo estaba con ella en la cama a eso de las 8 o 9 a.m., la niña estaba al rincón junto a la ventana, como yo tengo un reflujo yo casi no duermo, entonces yo estaba ahí con el celular y el se acercó a la ventana y le mandaba la mano, yo lo vi a él, y lo regañe. Cuando el metió la mano le manoseo la nalga y yo lo vi y me le enojé y le dije que usted sigue por lo mismo, usted no va a cambiar. Esa era la segunda vez que la tocaba.

Juez: ¿usted por qué sabe que los hechos fueron en el año 2018?

Testigo: porque cuando eso la niña tenía 13 años, por eso me acuerdo. El empezó con eso cuando ella tenía 13 años.

Juez: Entonces la primera vez ella fue toda enojada y le dijo que él la estaba tocando ¿Qué hizo usted en ese momento?

Testigo: pues yo ahí mismo me pare y pues la verdad yo le di con un palo, nosotros lo atacamos de verdad, porque la verdad ya es.

Juez: ¿y la tercera vez cuando fue?

Testigo: yo no estaba, yo estaba llevándole una ropa a mi esposo a la terminal, y M dormía con ella y el pequeñito en la pieza de ella, y esa vez fue M el que vió.

Juez: y que le dijo M?

Testigo: le dijo a meterle la mano por aquí, eso fue en la mañana porque él se metía a la pieza en la mañana, le quería bajar el short de la pijama y metiéndole la mano por los senos. La niña después me llamo por teléfono ahí mismo y me dijo que V seguía en lo mismo yo me voy a tener que ir de acá, y me dijo que lo iba a ir a demandar. Eso fue un martes y al día jueves fuimos donde Alex el comisario a decirle y el nos dijo que ya teníamos que esperar.

De manera primigenia, dígame que si bien, el desempeño de la delegada del ente acusador en el debate probatorio del juicio no fue el más afortunado, ya que en el interrogatorio a los testigos con conocimiento de los hechos, omitió indagarlos sobre el particular, cuando relataron el desarrollo de los ataques libidinosos, tampoco los condujo a adentrarse en especificidades y en explicaciones sobre sus atestaciones, al punto que el a-quo debió complementar su labor mediante elaboración de preguntas aclaratorias, ello no obsta, para fundar una sentencia absolutoria, pues se contó con elementos y prueba testimonial que condujeron al fallador de instancia a tal conclusión, misma que comparte la Magistratura.

Acorde con lo anterior, La Sala comparte el criterio adoptado por el a-quo, en cuanto no hay motivos para restar credibilidad al testimonio de la madre de la menor, pues aunque no se desconocerá que existen algunas imprecisiones en su dicho, ello no significa, como lo pretende la recurrente, que los actos sexuales por los que fue denunciado y finalmente condenado su hijo V.M.C.U no ocurrieron, o que esté mintiendo y, por tal razón, su versión resulta mentirosa e inconsistente.

Por el contrario, de las propias expresiones y lenguaje señaladas en el juicio oral surgió un relato claro, consistente y ajustado a la realidad que conoció y percibió de manera directa, al punto que no solamente describió los tres sucesos en los que su hijo tocó a su otra hija M.I. sino que también identificó al aquí acusado como la persona que la agredía sexualmente; existiendo coherencia, verosimilitud y coincidencia con la versión que la menor le suministrara a la psicóloga Adela María Gallego Moreno.

Declaración que para la Sala reviste vital importancia, pues al encontrarse en el lugar de los hechos, tuvo una percepción directa de lo que realmente ocurrió, de cómo su hijo V.M. realizaba los tocamientos a su hija y en qué momentos lo hacía, aspectos que coinciden sustancialmente con lo expuesto por otros testigos de cargo.

Como se observa, la versión entregada por la señora Uribe Álzate en el juicio es hilada, detallada y circunstanciada, pues no solamente hizo una exposición clara de las circunstancias temporo-modales en

que ocurrieron los hechos, sino que brindó un relato incriminatorio coherente en sus aspectos centrales, esto es, en lo que respecta a las características de la conducta sexual ejecutada por el acusado, a las situaciones en que ésta ocurrió, amén de que la misma encontró corroboración y coincidencia con las versiones de la profesional en psicología Adela María Gallego Moreno y del galeno Cristian Fabián Villanueva Ninco.

Las afirmaciones realizadas por la madre de la menor, para la Sala, revisten veracidad pues en el contexto y condiciones en que se desarrollaron los hechos, quién mejor que quien se encontraban presente en el lugar de los hechos para dar fe de lo sucedido; y aunque la defensa aduce que la familia de V.M.C.U tiene oscuras intenciones y pretende es sacar del núcleo familiar al procesado, su relato se torna espontáneo y sincero al punto que refirió única y exclusivamente lo que pudo observar.

En ese sentido, no podría señalarse que la madre del procesado mintió y todo se trató de una confabulación en contra de aquel, porque no se precisó la hora exacta de ocurrencia de los hechos o porque no existe coincidencia entre el dicho de la señora María del Carmen y su hermano M, pues esas vacilaciones que son inherentes al relato no merman su credibilidad, en cuanto la realización de los actos sexuales, que son el eje central de la narración, no fueron desmentidos, es más, basta revisar los citados medios de conocimiento para advertir que hay coincidencia y verosimilitud en los mismos.

Además, no todas las personas guardan en su memoria la representación de un hecho y sus detalles de la manera objetivamente exacta como sucedió, amén del paso del tiempo, ámbito propicio para rememorar u olvidar algún hecho.

En ese sentido, no resulta absurdo, inaudito o sospechoso que, durante la exposición en el juicio M hiciera alusión a circunstancias diferentes a las de su madre, pues ello simplemente corresponde a una manera de pormenorizar algunos de los eventos de abuso sexual que pudo observar realizando su hermano V.MC.U sobre su hermana M.I., que bien, está destacar, ocurrieron hace más de cuatro años.

De otro lado, no puede la recurrente, sustentar la falta de veracidad del testimonio de los testificales de cargo, cuando con el propósito de impugnar la credibilidad de los testigos, no lo hizo, lo que pudo haber hecho en el ejercicio del interrogatorio cruzado o en el interrogatorio directo que les practicó, si en verdad estimaba la presencia de las contradicciones e inconsistencias que ahora pretende resaltar.

Es que, el encasillamiento de la testigo madre de la víctima y a la vez del procesado en sus condiciones naturales para desvirtuar su percepción, memoria o expresión, no resultan acertados si no se observa el contexto de los hechos, las condiciones en que ésta los percibió, su capacidad de recordación, la forma en que se expresa, etc., de ahí que descartar de entrada y sin profundizar en las condiciones particulares de la señora María del Carmen y la situación que vivió, no es de recibo bajo las reglas de la sana crítica.

Significa, entonces, que analizadas individualmente y en su conjunto las pruebas traídas a colación en el juicio, es imperativo inferir que el hecho se cometió y que el autor del mismo no es otro que V.M.C.U, sin que exista duda alguna al respecto, y mucho menos admitir que la declaración de su propia progenitora es producto de animadversión por parte de quienes lo señalaron directamente como la persona que cometió dichos actos libidinosos, en consecuencia, debe ser considerado como autor de la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años.

Ahora, frente al segundo cuestionamiento, la defensa fijó su inconformidad en que la decisión se fundamentó en prueba de referencia, “pues las declaraciones no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso”, El tema así expuesto solo es un enunciado, que no tuvo ningún desarrollo argumentativo y como el recurrente no avanza en esa crítica, ni explica el sustento de argumento, se releva la Sala de avanzar en dicho análisis, pues a la Corporación no le es dable oficiosamente llenar los vacíos argumentativos de la apelante.

De contera, luce evidente que las argumentaciones de la censora no alcanzan a destruir el fallo de instancia, por tanto, se impone su confirmación.

Ante tal situación, al no asistirle la razón a los reproches formulados por el apelante en contra de la sentencia confutada, la consecuencia lógica es que dicho fallo deba ser confirmado.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala **CONFIRMARÁ** la sentencia condenatoria de primera instancia proferida el 14 de octubre de 2021 por el Juzgado Promiscuo de familia de Amagá–Antioquia.

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

6. RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la decisión asumida en la sentencia apelada, atendiendo las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. Contra esta decisión procede el recurso de casación, en el término previsto por el artículo 183 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA SALA PENAL**

**DARÍO IGNACIO ESTRADA SANÍN
MAGISTRADO SALA CIVIL - FAMILIA**

**TATIANA VILLADA OSORIO
MAGISTRADA SALA CIVIL - FAMILIA**

Firmado Por:

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

**Dario Ignacio Estrada Sanin
Magistrado
Sala 01 Civil Familia
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Tatiana Villada Osorio
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

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

Código de verificación:
**77fa86ad746a604092be5d60a064dcf3b932609adc89244c7add94980
a41d576**

Documento generado en 22/02/2022 01:51:26 PM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

N.I.	2022-0100-3
Radicado	051543104001202200006
Accionante	Alfonso Torres Rojas
Accionado	Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas - UARIV
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

Medellín, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Aprobado mediante Acta N° 048 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el accionante¹, contra la sentencia de tutela de 19 de enero de 2022², emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca - Antioquia, que decidió declarar improcedente la acción de tutela para conocer del amparo constitucional deprecado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestó el accionante que³, el día 21 de octubre de 1998 mientras se desplazaba en compañía de tres amigos de nombres Gerardo Arévalo Jiménez, Luis Herazo y Wilson de Jesús Caña, fueron privados de la libertad por parte del grupo de guerrilla **FARC**

¹ Folio 69 a 70, expediente digital de la acción de tutela

² Folio 61 a 65, ibídem.

³ Folios 4 a 12, ibídem.

EP, que para el momento se denominaba **Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP)**, quienes los retuvieron por 52 días hasta el 10 de diciembre de la misma anualidad, empero, fueron liberados a cambio de \$7.000.000 que recaudaron entre sus familiares y el entonces gerente de la EADE, donde laboraba.

Así las cosas, relató que el 3 de septiembre de 2008, presentó solicitud de indemnización administrativa en calidad de víctima directa del conflicto armado por el hecho victimizante de “secuestro” ante la **Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas** –en adelante **UARIV**–, la cual se registró en debida forma con el radicado N° 78366, decidiéndose mediante acta ordinaria N° 011 del 16 de abril de 2010, no reconocer su calidad de víctima por el hecho referenciado.

Inconforme con la decisión adoptada, afirmó haber interpuesto recurso de reposición en subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos mediante Resolución N° 2015-83445R del 10 de marzo de 2015, en donde la **UARIV**, confirmó la decisión adoptada en el acto recurrido.

Ante esta situación, afirma haber presentado solicitud dirigida a la Directora General de la **UARIV** el 17 de abril de 2015 y a pesar de haber mediado pronunciamiento judicial de tutela que ordenaba la resolución de la petición, no fue resuelta por la destinataria. De modo que manifiesto haber interpuesto nuevamente recurso de reposición en subsidio de apelación el 4 de diciembre de 2015, argumentando el silencio de la entidad frente a su solicitud y la violación a diferentes apartados de la justicia transicional que refieren al efectivo goce de los derechos de verdad, justicia, reparación, garantías de no repetición y el derecho a solicitar y recibir atención humanitaria e indemnización.

Finalmente, afirmó que la entidad vulneró, entre otros, su derecho a la igualdad, puesto que Wilson de Jesús Caña Castro, quien fue privado de la libertad en el mismo hecho victimizante, fue reconocido como víctima del conflicto armado el 17 de febrero de 2014, decisión adoptada mediante la Resolución No. 1661 del 24 de julio de 2012.

En razón a los argumentos previamente citados, requirió a la judicatura el amparo de sus derechos fundamentales y, consecuentemente, peticionó que se libre orden que determine a la **UARIV** a reconocer el hecho victimizante de secuestro, efectuar su inclusión en el Registro Único de Víctimas y reconocer y pagar la respectiva indemnización administrativa.

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. El conocimiento de la acción pública incoada correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Cauca – Antioquia, quien emitió auto fechado 13 de enero de 2022⁴, en el que decidió asumir la competencia del asunto y ofició a la accionada para que, en ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, procediera a manifestarse respecto de los hechos expuestos en el escrito tutelar.

2. El día 18 de enero de la misma anualidad⁵, el feje de la oficina jurídica de la **UARIV**, al descorrer traslado de la acción de tutela, se sirvió afirmar que, el promotor radicó petición de indemnización administrativa el 3 de septiembre de 2008, por un hecho victimizante de secuestro ocurrido el 21 de octubre de 1998, la cual se tramitó bajo el radicado No. 78366 y mediante acta ordinaria No. 11 de 16 de abril de 2010, no se reconoció la calidad de víctima.

Inconforme con la decisión interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales confirmaron la determinación inicial con las Resoluciones No. 2015-83445R de 10 de marzo y 6898 de 12 de noviembre de 2015, respectivamente. La no inclusión tiene como motivo que no se pueden reconocer como víctimas quienes hayan sufrido hechos diferentes a aquellos directamente relacionados con el conflicto armado interno de conformidad con en el artículo 2.2.2.3.14 del Decreto 1084 de 2015.

Por todo lo anterior, requirió a la judicatura declarar la improcedencia de la acción constitucional.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de atender los hechos y argumentos expuestos por las partes, el 19 de enero de los corrientes⁶, el Juzgado Penal del Circuito de Cauca – Antioquia, profirió sentencia de primera instancia, en la que decidió declarar la improcedencia de la acción de tutela para atender las reclamaciones del peticionario.

⁴ Folio 37 ibídem.

⁵ Folios 43 a 47, ibídem.

⁶ Folio 61 a 65, ibídem.

Lo anterior, en consideración a que, luego de hacer un recuento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, estimo el *a quo* que frente al caso en cuestión el accionante no acreditó la situación de un inminente perjuicio irremediable, y que, sin ello, no le era posible al juez de tutela inmiscuirse en trámites de otras autoridades y resolver asuntos que son competencia de otros entes, máxime cuando dentro del caso concreto se pretende el estudio de un acto administrativo en firme que pudo haber sido conocido por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y cuyo término para ello ya ha fenecido.

3. Inconforme con la decisión adoptada, el 25 de enero hogaño⁷, el accionante presentó recurso de impugnación frente al fallo de primera instancia, indicando en su escrito que la sentencia recurrida debe ser revocada, toda vez que no se realizó un análisis profundo de su derecho a la igualdad respecto del reconocimiento de la calidad de víctima para Wilson de Jesus Caña Castro y Luis Herazo Zanchez, quienes fueron víctimas de secuestro al igual que él en el mismo hecho.

Adicionó en su escrito, que sí acudió a la vía gubernativa, cuando hizo uso de los recursos de reposición en subsidio de apelación y la revocatoria directa, pero en todos los casos, la **UARIV** confirmó la decisión adoptada en el Acta Ordinaria N° 011 del 16 de abril de 2010.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991⁸, la Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

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

⁷ Folio 69 a 70, ibídem.

⁸ Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017

Del caso concreto

Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela funge como mecanismo constitucional que facilita a las personas perseguir ante los jueces la inmediata protección de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados frente a una conducta humana.

Sin embargo, dado el carácter preferencial del trámite a tratar, la misma norma ha limitado la procedencia de la misma a la observancia de los principios de subsidiariedad e inmediatez que le revisten, los cuales serán abordados por la sala de manera separada.

De tal suerte, que de acuerdo a lo consignado en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, una de las causales de improcedencia de la acción de tutela ocurre “[*cuando*] *existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”, de modo que al juez constitucional le corresponde analizar de manera minuciosa las circunstancias particulares de cada caso, a fin de identificar si los medios o recursos de defensa judicial existentes son idóneos para solucionar la situación del accionante a efectos de denotar la acción de tutela como mecanismo subsidiario o residual.*

Por otro lado, en cuanto al principio de inmediatez, la Jurisprudencia Constitucional ha sido enfática al establecer que “*si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, es decir, no tiene término de caducidad, su interposición debe hacerse dentro un plazo razonable, oportuno y justo, bajo el entendido de que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados*”⁹.

En punto a lo anterior, esta Sala estima que la acción de tutela presentada por el libelista no cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad necesarios para habilitar al juez constitucional en la resolución del caso concreto por los siguientes argumentos:

En relación con el requisito de **inmediatez**, el accionante manifiesta tener conocimiento de la resolución de los recursos presentados en contra del acta que le genera

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-092 de 2019

inconformidad desde el año 2015. Es decir, que de conformidad a lo consignado en el artículo 87 de la ley 1437 de 2011, desde la fecha antes citada, el Acta Ordinaria N° 011 del 16 de abril de 2011 se encuentra en firme, y legalmente apta para que el accionante la relacione como soporte para cualquier acción que pretenda ejercitar en contra de la **UARIV**.

Sin embargo, el accionante no manifestó en ningún momento, el motivo por el cual desde la respectiva anualidad hasta la fecha de interposición de la acción de tutela, se privó de hacer uso del mecanismo constitucional.

En otras palabras, estima esta Sala que el transcurrir de 7 años es un tiempo desproporcionado para observar un actuar diligente en contra de un acto administrativo, que afirma el gestor le ocasiona un grave daño a sus derechos fundamentales.

Por otro lado, en cuanto al requisito de **subsidiariedad** del trámite constitucional, se tiene que la jurisprudencia constitucional ha reiterado en diferentes ocasiones que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez, ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual de la acción constitucional, impone sobre el ciudadano la carga de agotar inicialmente los medios de control ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para dirimir cualquier controversia que se suscite con la administración, y proteger a las personas de las arbitrariedades del estado. En palabras de la Corte Constitucional:

“conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable [...]”¹⁰

Empero, la misma corporación ha determinado que, *“excepcionalmente, será posible reclamar mediante la acción de tutela la protección de los derechos fundamentales vulnerados por la expedición de un acto administrativo, no sólo cuando se acude a la tutela como medio transitorio de amparo, evento en el cual será necesario acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando se constata que el medio*

¹⁰ Sentencia T-030 de 2015, citada en la T-260 de 2018

de control preferente carece de idoneidad y/o eficacia para garantizar la protección oportuna e inmediata sobre los derechos fundamentales vulnerados”¹¹

Ante estas situaciones, resulta evidente que para la resolución del caso concreto, el libelista sí contaba con medios de control dentro de la jurisdicción administrativa que pudo ejercer desde el año 2015, esto es las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho o reparación directa, ambas útiles para que el promotor debatiera en ellas la validez o legalidad del acto administrativo de la **UARIV**, y peticione la protección de los derechos de los que se estima merecedor; en otras palabras, esta sala considera que el accionante sí contaba con vías judiciales idóneas y eficaces para la materialización de su pretendido, respecto de los cuales no justificó su inobservancia.

Aunado a ello, y dado que la tutela puede ser empleada como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable, adiciona la judicatura que el accionante no argumentó en su escrito tutelar encontrarse ante una situación que requiriera de intervención inmediata del juez de tutela, de modo que, no cuenta el despacho con argumentos para establecer las razones por las cuales el accionante no ejercitó los mecanismos de defensa ordinarios, ni mucho menos para justificar su inactividad en el tiempo.

Así las cosas, y al encontrarnos ante una situación que lesiona tanto los criterios de inmediatez, como de subsidiaridad que condicionan la procedencia de la acción de tutela, el Tribunal no encuentra más remedio que confirmar la decisión de primer grado, por no cumplir con los requisitos mínimos de procedibilidad.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Cauca - Antioquia el 19 de enero de 2022, por las razones expuestas en el cuerpo de esta sentencia.

¹¹ Sentencia, T-260 de 2018

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación:

402b225f86ff22997a7acc197dce2bc0bfa58962f17cb9a565f2e3f5d10dd946

Documento generado en 21/02/2022 04:41:44 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	2022-0188-3
CUI	050343104001202100145
Accionante	Jesús David Vélez Correa
Accionado	Nueva E.P.S.
Asunto	Consulta desacato
Decisión	Nulidad

Medellín, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Aprobado mediante Acta N° 049 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver, en el grado jurisdiccional de consulta el incidente de desacato, por el cual el Juzgado Penal del Circuito de Andes – Antioquia, mediante auto interlocutorio adiado el 25 de enero hogaño¹ impuso sanción a **Fernando Adolfo Echavarría Díez**, en condición de gerente regional de la **Nueva E.P.S.**

ANTECEDENTES

Con sentencia de 16 de noviembre de 2021², se ampararon los derechos fundamentales de **Jesús David Vélez Correa**. Se ordenó a la **NUEVA E.P.S.**, que en un término improrrogable de cuarenta y ocho horas, contadas a partir de la notificación de la sentencia, *“proceda con las correspondientes gestiones de carácter administrativo, tendientes a hacer efectiva la entrega al accionante JESÚS DAVID VÉLEZ CORREA, del medicamento “PRISTIQ DESVENLAFAXINA 50 MG TABLETA DE LIBERACIÓN PROLONGADA CANTIDAD 360”; en las condiciones y especificidades establecidas por el galeno tratante; entrega efectiva que habrá de acreditarse ante esta misma instancia judicial, en los diez (10) días siguientes, so pena verse incurso el actual del representante legal del ente asegurador demandado en la causa de desacato, acorde a la preceptiva establecida en la materia, por los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991. La entrega del referido medicamento, habrá de tener lugar en la IPS asignada para el Municipio (sic) de Andes, Antioquia; todo ello, acorde a los planteamientos consignados en la parte motiva.”*

¹ Folios 39 a 42, ibídem.

² Folios 7 a 20, ibídem.

El 25 de noviembre de 2021³, el accionante presentó incidente de desacato alegando el incumplimiento de Nueva E.P.S frente a lo ordenado en el fallo de tutela, pues a pesar que le autorizaron la entrega del medicamento PRISTIQ DESVENLAFAXINA 50 MG TABLETA DE LIBERACIÓN PROLONGADA CANTIDAD 360, debe surtir en entrega AUDIFARMA de la ciudad de Medellín, situación que contraría el mandato judicial, pues expresamente se ordenó que fuera autorizado para entregar en una IPS del municipio de Andes.

A pesar de que no se allegó copia de auto de requerimiento previo a la apertura formal del trámite de incidente de desacato ni sus respectivas constancias de notificación al ente accionado, reposa en el expediente documento adiado el 25 de noviembre de la misma anualidad⁴, en el que la **Nueva E.P.S.**, respondiendo a aquel, expuso que el medicamento solicitado se encuentra aprobado desde el 18 de noviembre, direccionado a Audifarma con número de radicado de primera entrega 204746384, donde se puede acercar para su entrega.

El 1 de diciembre del mismo año⁵, bajo el presupuesto de incumplimiento por parte de la entidad incidentada, el Juzgado Penal del Circuito de Andes dio apertura formal al trámite de incidente de desacato y ordenó notificar a **Fernando Adolfo Echavarría Díez**, como gerente regional de la zona noroccidente, concediéndole 3 días para que en ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción adujera o solicitara pruebas que pretendiera hacer valer sobre el cumplimiento de la sentencia de tutela. Proveído que fue debidamente notificado el 15 de diciembre de 2021 al correo electrónico secretariageneral@nuevaeps.com.co.

Así, con documento con fecha de radicación ilegible⁶, la apoderada judicial con poder conferido por **Fernando Adolfo Echavarría Díez**, de la **Nueva E.P.S.**, indicó que el medicamento DESVENLAFAXINA cuenta con autorización No. 204748512 direccionada a la farmacia de alto costo Audifarma, por lo que se puede evidenciar que se han adelantado las gestiones necesarias para materializar el fallo de tutela.

Indicó que la falta de notificación del requerimiento previo constituye motivo de nulidad por no permitirse la defensa de sus intereses al interior del trámite del incidente de desacato.

³ Folio 1 y 2, ibídem.

⁴ Folio 21, ibídem.

⁵ Folio 23, ibídem.

⁶ Folios 25 a 32, ibídem.

Con decisión adiada el 25 de enero de 2022⁷, se declaró en desacato a **Fernando Adolfo Echavarría Díez**, en condición de gerente regional de la **Nueva E.P.S.**, y se le impuso la sanción de 3 días de arresto y multa de 3 salarios mínimos legales mensuales.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

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

2. Del caso en concreto

El incidente de desacato a un fallo de tutela, que tratan los artículos 52 y ss. del Decreto 2591 de 1991, es una actuación correccional comprendida dentro del género llamado “*Derecho Sancionatorio*” y las sanciones establecidas por la ley para el incumplimiento de los fallos de tutela, denominado desacato, hacen parte de ese derecho. Este tipo de sanciones se rigen por los mismos principios y categorías básicas del Derecho Penal, propio de la figura sancionatoria por desobedecimiento a la ley, al punto que, es un acto ilícito que puede concurrir el mismo con la conducta punible de fraude a resolución judicial.

Por consiguiente, ha de indicarse que el desacato supone una rebeldía consciente y voluntaria del demandado, encauzada al desobedecimiento y desconocimiento arbitrario de la orden judicial de tutela. Por lo tanto, es claro entonces que la sola verificación objetiva del incumplimiento de una sentencia de tutela no puede conducir a la imposición de la sanción correccional, pues adicionalmente se ha de constatar la responsabilidad subjetiva, esto es, que el desacato ha sido deliberado⁸, lo que se acredita mostrando una voluntad rebelde y remisa, pese a los requerimientos.

⁷ Folios 39 a 42, ibídem.

Ahora bien, la sanción cuya consecuencia puede conllevar el referido trámite de desacato implica necesariamente la verificación de los siguientes elementos:

“...(i) a quién estaba dirigida la orden; (ii) cuál fue el término otorgado para ejecutarla y, (iii) el alcance de la misma. Sólo de esta manera puede establecerse si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa. Luego, debe verificarse (iv) si efectivamente se desconoció la orden impartida en el fallo de amparo constitucional y, de existir incumplimiento (v) se debe establecer si fue total o parcial y, (vii) las razones de la omisión con la finalidad de determinar las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho”⁹

Es decir, el desacato implica que durante su trámite se pruebe, un aspecto objetivo del actuar por parte de la persona encargada de ejecutar la orden impartida por el juez constitucional, y, de otro lado, que se pueda imputar responsabilidad subjetiva a dicho destinatario, puesto que:

“ la verificación de dicha responsabilidad conlleva a examinar si se da un nexo causal fundado en la culpa o el dolo entre el comportamiento del demandado y el resultado, pues si no hay contumacia o negligencia comprobadas – se insiste- no puede presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento y , por lo tanto, no es procedente la sanción”¹⁰.

De todos modos, la sanción por desacato de modo alguno puede disponerse sin sujeción al agotamiento de una actuación previa donde se satisfagan las garantías del investigado, por lo que el respeto a los principios de economía celeridad y eficacia que gobiernan la acción constitucional de protección de los derechos fundamentales en ningún caso comportan el sacrificio del derecho de defensa y al debido proceso del investigado en el trámite incidental.

“5.4. Adicionalmente a lo explicado, sin desconocer que el incidente de desacato debe tramitarse de forma expedita, el juez debe garantizar los derechos al debido proceso y defensa que le asisten a la persona contra quien se dirige, en virtud de lo cual deberá: (i) comunicar al incumplido sobre la iniciación del incidente y darle la oportunidad para que informe la razón de su omisión. El responsable podrá alegar dificultad grave para ejecutar lo resuelto a través de cualquier medio probatorio; (ii) practicar las pruebas solicitadas y las que considere conducentes para emitir la decisión; (iii) notificar lo decidido y, en caso de que haya lugar a ello, (iv) remitir el expediente en consulta ante el superior”¹¹.

Del caso concreto:

La **Nueva E.P.S** solicita la nulidad del trámite haciendo hincapié en la ausencia de requerimiento previo a la apertura formal del proceso, al respecto, debe precisarse que aunque ese auto no reposa en el expediente de incidente de desacato, fue requerirlo al

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-889 de 2011, M.P.

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia SU -034 de 2018

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-889 de 2011

juzgado de origen por correo electrónico y a través de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia sin lograr su envío, a folio 21 de la carpeta digital puesta de presente por el juzgado de origen, se encuentra documento titulado *“Referencia: Respuesta requerimiento con radicado 1781196”* de fecha 25 de noviembre del año pasado, en el que la **Nueva E.P.S.**, respondiendo a aquel, expuso que el medicamento solicitado se encuentra aprobado desde el 18 de noviembre, direccionado a Audifarma con número de radicado de primera entrega 204746384, donde se puede acercar para su entrega. Situación que permite inferir que dicho proveído existió y fue debidamente notificado¹².

Por lo tanto, no se accede a la solicitud de nulidad propuesta por el ente incidentado.

No obstante, revisada la actuación, se advierte por la Sala que existen irregularidades sustanciales que solo pueden ser subsanadas con la declaratoria de nulidad.

El incidente de desacato a un fallo de tutela, es una actuación correccional comprendida dentro del género llamado *“Derecho Sancionatorio”* y las sanciones establecidas por la ley para el incumplimiento de los fallos de tutela, denominado desacato, hacen parte de ese derecho. Este tipo de sanciones se rigen por los mismos principios y categorías básicas del Derecho Penal, propio de la figura sancionatoria por desobedecimiento a la ley, al punto que, es un acto ilícito que puede concurrir el mismo con la conducta punible de fraude a resolución judicial.

Por tanto el desacato supone una rebeldía consciente y voluntaria del demandado, encauzada al desobedecimiento y desconocimiento arbitrario de la orden judicial de tutela y la sola verificación objetiva del incumplimiento de una sentencia de tutela no puede conducir a la imposición de la sanción correccional, pues adicionalmente se ha de constatar la responsabilidad subjetiva, esto es, que el desacato ha sido deliberado¹³, lo que se acredita mostrando una voluntad rebelde y remisa, pese a los requerimientos.

De tal suerte, la sanción cuya consecuencia puede conllevar el referido trámite de desacato implica necesariamente la verificación de los siguientes elementos:

“...(i) a quién estaba dirigida la orden; (ii) cuál fue el término otorgado para ejecutarla y, (iii) el alcance de la misma. Sólo de esta manera puede establecerse si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa. Luego, debe verificarse (iv) si efectivamente se desconoció la orden impartida en el fallo de amparo constitucional y, de existir incumplimiento

¹² Folio 21, ibídem.

(v) se debe establecer si fue total o parcial y, (vii) las razones de la omisión con la finalidad de determinar las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho”¹⁴

Es decir, el desacato implica que durante su trámite se pruebe, un aspecto objetivo del actuar por parte de la persona encargada de ejecutar la orden impartida por el juez constitucional, y, de otro lado, que se pueda imputar responsabilidad subjetiva al dicho destinatario, puesto que la verificación de dicha responsabilidad conlleva a examinar si se da un nexo causal fundado en la culpa o el dolo entre el comportamiento del demandado y el resultado, pues no puede presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento y , por lo tanto, no es procedente la sanción”¹⁵.

Es así como el incidente de desacato debe tramitarse de forma expedita, el juez debe garantizar los derechos al debido proceso y defensa que le asisten a la persona contra quien se dirige, en virtud de lo cual deberá: (i) comunicar al incumplido sobre la iniciación del incidente y darle la oportunidad para que informe la razón de su omisión. El responsable podrá alegar dificultad grave para ejecutar lo resuelto a través de cualquier medio probatorio; (ii) practicar las pruebas solicitadas y las que considere conducentes para emitir la decisión; (iii) notificar lo decidido y, en caso de que haya lugar a ello, (iv) remitir el expediente en consulta ante el superior”¹⁶.

Para el presente asunto se advierte por la Sala que desde el inicio del trámite se identificó a los funcionarios encargados de cumplir las órdenes de tutela, a quienes se les requirió y vinculó formalmente al trámite.

La entidad accionada, al momento de dar respuesta, corroboró que los designados para el cumplimiento de los fallos de tutela son el gerente general, **Fernando Adolfo Echavarría Diez**, y Alberto Hernán Guerrero Jácome vicepresidente de salud de la Nueva EPS quien funge como su superior jerárquico. De otro lado, el correo electrónico al que se remitieron las notificaciones, tanto del requerimiento como de la apertura del trámite, es el destinado por la EPS para recibir las notificaciones judiciales, y además se encuentra registrado en el certificado de existencia y representación legal¹⁷.

No obstante, no se indagó por la presencia de elementos dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, sin que se lograra probar la negligencia de quien desconoció el fallo, sin que pueda entonces presumirse su responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-889 de 2011, M.P.

¹⁵ Corte Constitucional Sentencia SU -034 de 2018

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-889 de 2011

¹⁷ Ver folio 33 expediente digital de incidente de desacato.

El *a quo* se limitó a establecer el aspecto objetivo, consistente en el incumplimiento de la decisión judicial, no por negligencia en entrega del medicamento solicitado, sino por no hacerlo en el lugar ordenado. En supuestos como el examinado, se exige un especial impulso en el adelantamiento, incluso oficioso, del incidente con miras a discernir la responsabilidad subjetiva del sujeto sancionado, más aún cuando una de las sanciones es de especial gravedad en cuanto es privativa de la libertad.

Es así, como de conformidad con estas facultades, pudo – entre otras- requerir a la **Nueva EPS** para que informara los motivos que llevaron a que la autorización del medicamento se realizara en la IPS Audifarma y no en una IPS del municipio de Andes y determinar así si se estaba ante un incumplimiento parcial o integral de la orden proferida en sede de tutela y establecer las razones de dicha omisión.

La Corte Constitucional ha considerado que *“constituye un deber ineludible del juez constitucional verificar si efectivamente existió incumplimiento parcial o integral de la orden proferida por la sentencia de tutela, con lo cual, una vez precisada la anterior situación tiene la obligación de indagar cuáles fueron las razones por las que el accionado no cumplió con la decisión tomada dentro del proceso; lo anterior a fin de establecer cuáles son las medidas necesarias para proteger efectivamente los derechos fundamentales invocados”*¹⁸.

Adicionalmente, llama la atención a la Sala que el auto que impone la sanción por desacato, relaciona en la parte considerativa la orden emitida en la sentencia de tutela, transcribe el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 que estipula las consecuencias del incumplimiento y a reglón seguido, impone la sanción de tres días de arresto y multa por valor de tres salarios m.l.m.v., sin que medie argumentación alguna respecto de la conclusión aludida. Desconociendo con ello el deber de motivar todo tipo de decisiones judiciales, extensivo al trámite del incidente de desacato, máxime cuando la misma conlleva una sanción privativa de la libertad.

En ese sentido el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional indicó:

“[d]e antaño, la Corte Suprema de Justicia ha advertido que la falta de motivación absoluta de una sentencia configura una causal de nulidad autónoma, de suerte que, además de las ocho causales establecidas en la ley, debe agregarse aquella que se vincula con el silencio indebido y arbitrario del juzgador. Ahora bien, más allá de su origen, esta causal también es aplicable en el régimen especial de la acción de tutela, sobre la base de que esta Corporación ha admitido como una causal específica de procedencia del recurso de amparo contra providencias judiciales, el defecto consistente en adoptar decisiones sin motivación, pues se ha entendido que bajo el principio de publicidad que rige a las actuaciones de jueces (CP art. 228), no es posible que se adopten determinaciones sin sustento argumentativo o con razonamientos

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-191 DE 2009

apenas aparentes o irrelevantes, que lejos de representar el ejercicio de la función de administrar justicia, lo que envuelven es un mero acto de poder.”¹⁹

Así, ante la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, pues no fueron respetadas las garantías constitucionales (artículo 29) que extienden su ámbito a todas las actuaciones judiciales y administrativas, entre ellas la acción de tutela y el incidente de desacato²⁰, y dado que sólo pueden ser subsanadas con la declaratoria de nulidad, se declarará la misma a partir de la decisión del 25 de enero hogaño, quedando incólumes los actos surtidos de manera previa.

Finalmente, la Sala debe ser enfática en que el trámite del desacato²¹, tiene un término de resolución igual al de la acción de tutela, por lo tanto, se conmina al Juzgado Penal del Circuito de Andes – Antioquia, para que el nuevo trámite y en futuras ocasiones, agilice el mismo en procura de las garantías constitucionales de los accionantes, sobre todo en lo relativo al derecho fundamental al debido proceso y a la conculcación que del mismo se puede derivar por la demora en las decisiones judiciales, pues no corresponde con la naturaleza del trámite incidental que, el trámite objeto de consulta haya demorado 25 días hábiles.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la nulidad de lo actuado a partir del auto del 25 de enero de 2022, inclusive, dejando incólume las actuaciones surtidas de manera previa.

SEGUNDO: CONMINAR al Juzgado Penal del Circuito de Andes, para que en lo sucesivo, agilice los trámites de incidente de desacato conforme al término establecido para la resolución del trámite de desacato, según lo dispuesto en el cuerpo de esta providencia.

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

CUARTO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

¹⁹ Corte Constitucional, Decisión A-159 de 2018.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T – 939 de 2005

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-367 de 2014.

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

(firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación:

0e7148b4787c39a2135289088f6b2e158bb140e6fe587bedb96a37eac0adba9c

Documento generado en 21/02/2022 06:33:14 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	2022-0196-3
CUI	050453104002201800191
Accionante	José Miguel Mejía Padilla
Accionados	Coomeva E.P.S.
Asunto	Consulta desacato
Decisión	Nulidad

Medellín, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Aprobado mediante Acta N° 050 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver, en el grado jurisdiccional de consulta del incidente de desacato, conforme lo prevé el artículo 52 del decreto 2591 de 1991, propuesto por **José Miguel Mejía Padilla**, contra **Coomeva E.P.S.**, debido a la sanción consistente en el pago de multa por valor equivalente a multa de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno que le fuera impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó – Antioquia, mediante auto interlocutorio adiado el 31 de enero hogañó.

ANTECEDENTES

Con sentencia de 19 de abril de 2018, se ampararon los derechos fundamentales de **José Miguel Mejía Padilla**, en consecuencia, se ordenó a la **Coomeva E.P.S.**, para que en un término improrrogable de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la sentencia, *“proceda a realizar el pago de incapacidades No. 11304264 poro 15 días, 11274364 por 15 días, 11239316 por 15 días, 11188515 por 15 días, 11154232 por 15 días, 11117254 por 15 días, 11089569 por 15 días, 11097149 por 15 días, 11010473 por 15 días y la incapacidad 109701663 por 15 días, que fueron prescritas por los galenos tratantes a favor del señor JOSÉ MIGUEL MEJÍA PADILLA, y que ha n sido transcritas por la EPS, y las que se llegaran a generar hasta tanto defina su pérdida de capacidad laboral”*.

El 13 de enero de 2022¹, el accionante presentó incidente de desacato alegando el incumplimiento de la accionada frente a lo ordenado en el fallo de tutela, pues a la fecha, se han generado nuevas incapacidades que no han sido canceladas, a saber:

Nro. De incapacidad	Fecha Inicial	Fecha Final	Días
12213493	2019 - 05 - 22	2019 - 06 - 05	15
12239708	2019 - 06 - 06	2019 - 06 - 20	15
12267305	2019 - 06 - 21	2019 - 07 - 06	15
12293997	2019 - 07 - 07	2019 - 07- 21	15
12317751	2019 - 07 - 22	2019 - 08 - 05	15
12343117	2019 - 08 - 06	2019 - 08 - 20	15
12374773	2019 - 08 - 27	2019 - 09 - 10	15
12400945	2019 - 09 - 11	2019 - 09 - 25	15
12431390	2019 - 09 - 26	2019 - 10 - 10	15
12455700	2019 - 10 - 11	2019 - 10 - 25	15
12477707	2019 - 10 - 26	2019 - 11 - 09	15
12499405	2019- 11 - 10	2019 - 11 - 24	15
12528114	2019 - 11 - 26	2019 - 12 - 10	15
12546586	2019 - 12 - 11	2019 - 12 - 25	15
12568355	2019 - 12 - 27	2020 - 01 - 10	15
12582710	2020 - 01 - 11	2020 - 01 - 25	15
12602836	2020 - 01 - 26	2020 - 02 - 09	15
12632437	2020 - 02 - 14	2020 - 02 - 28	15
12653756	2020 - 03 - 02	2020 - 03 - 16	15
12675517	2020 - 03 - 17	2020 - 03 - 31	15
12687270	2020 - 04 - 01	2020 - 04 - 15	15
12692054	2020 - 04 - 16	2020 - 04 - 30	15
12699614	2020 - 05 - 04	2020 - 05 - 18	15
12707906	2020 - 05 - 19	2020 - 06 - 02	15
12715138	2020 - 06 - 03	2020 - 06 - 17	15
12744627	2020 - 06 - 18	2020 - 07 - 02	15
12738337	2020 - 07 - 03	2020 - 07 - 17	15
12753889	2020 - 07 - 22	2020 - 08 - 05	15
12770372	2020 - 08 - 06	2020 - 08 - 20	15
12781977	2020 - 08 - 21	2020 - 09 - 04	15
12795581	2020 - 09 - 05	2020 - 09 - 19	15

El 18 de enero de los corrientes², se requirió a Sergio Ivo Mejía Sierra, director de la oficina de Apartadó – Zona Norte y a Hernán Darío Rodríguez Ortiz, fungiendo como gerente de la zona norte de **Coomeva E.P.S.**, para que informaran las razones por las cuales no había dado cumplimiento a la sentencia constitucional. Auto que fue debidamente notificado el mismo día al correo electrónico correoinstitucionalepc@coomeva.com.co³.

¹ Folios 1 al 4, ibídem.

² Folios 9 y 10, ibídem

³ Folio 47, ibídem.

Con documento adiado el 20 de enero que avanza⁴, la analista jurídica del **Coomeva E.P.S.**, dando alcance al requerimiento previo, confirmó que **Sergio Ivo Mejía Sierra**, es la persona encargada del cumplimiento de los fallos de tutela en la zona norte – Apartadó, y que Hernán Darío Rodríguez Ortiz es su superior jerárquico. Frente al motivo de requerimiento informó que las incapacidades contempladas entre el 13 de noviembre de 2017 y 19 de septiembre de 2020 se encuentran liquidadas y pagadas e indicó aportar los soportes de pago de 3 y 11 de marzo de 2020.

Con auto adiado el 21 de enero de 2022⁵, dio apertura formal al trámite incidental de desacato, ordenando la notificación del mismo a los mismos sujetos que requirió de manera previa y que son los responsables del cumplimiento de las sentencias de tutela de **Coomeva E.P.S.**, Es de precisar que la notificación se surtió a los correo electrónicos correoinstitucionaleps@coomveva.com.co⁶ el día 24 de enero.

Con documento que data del 27 de enero hogaño⁷, la analista jurídica de Coomeva **E.P.S.**, reitero que, el encargado del cumplimiento de los fallos de tutela es **Sergio Ivo Mejía Sierra**, y su superior jerárquico es Hernán Darío Rodríguez Ortiz, así mismo, fue enfática en referir que las incapacidades generadas hasta el 19 de septiembre de 2020 fueron liquidadas y pagadas; aseguró aporta nuevamente los soportes de pago realizados los días 3 y 11 de marzo de 2020.

El 31 de enero del año que avanza⁸, se declaró el incumplimiento de la tutela por parte de **Coomeva E.P.S.**, se ordenó declarar en desacato a **Sergio Ivo Mejía Sierra** y **Hernán Darío Rodríguez Ortiz** y en consecuencia, el pago de multa por valor equivalente a multa de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno, lo anterior, por no mediar prueba que acreditara el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de tutela, sin que existiera otro comportamiento admisible diferente a pagar las incapacidades adeudadas.

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

⁴ Folio 55 y 56, ibídem.

⁵ Folios 33 a 39, ibídem.

⁶ Folio 57, ibídem.

⁷ Folios 59 a 64, ibídem.

⁸ Folios 61 a 67, ibídem.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

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

2. Del caso en concreto

Revisada la actuación, se advierte por la Sala que existen irregularidades sustanciales que solo pueden ser subsanadas con la declaratoria de nulidad.

Según los artículos 52 y ss. del Decreto 2591 de 1991 el incidente de desacato a un fallo de tutela, es una actuación correccional comprendida dentro del género llamado “*Derecho Sancionatorio*” y, las sanciones establecidas por la ley para el incumplimiento de los fallos de tutela hacen parte de ese derecho. Este tipo de sanciones se rigen por los mismos principios y categorías básicas del Derecho Penal, propio de la figura sancionatoria por desobedecimiento a la ley.

Por consiguiente, el desacato supone una rebeldía consciente y voluntaria del demandado, encauzada al desobedecimiento y desconocimiento arbitrario de la orden judicial de tutela. Así, la sola verificación objetiva del incumplimiento de una sentencia de tutela no puede conducir a la imposición de la sanción correccional, pues adicionalmente se debe constatar la responsabilidad subjetiva, esto es, que el desacato ha sido deliberado⁹, lo que se acredita mostrando una voluntad rebelde y remisa, pese a los requerimientos.

Ahora bien, la sanción cuya consecuencia puede conllevar el referido trámite de desacato implica necesariamente la verificación de los siguientes elementos:

“...(i) a quién estaba dirigida la orden; (ii) cuál fue el término otorgado para ejecutarla y, (iii) el alcance de la misma. Sólo de esta manera puede establecerse si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa. Luego, debe verificarse (iv) si efectivamente se

desconoció la orden impartida en el fallo de amparo constitucional y, de existir incumplimiento (v) se debe establecer si fue total o parcial y, (vii) las razones de la omisión con la finalidad de determinar las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho”¹⁰

Es decir, el desacato implica que durante su trámite se pruebe, un aspecto objetivo del actuar por parte de la persona encargada de ejecutar la orden impartida por el juez constitucional, y, de otro lado, que se pueda imputar responsabilidad subjetiva a dicho destinatario, puesto que la verificación de dicha responsabilidad conlleva a examinar si se da un nexo causal fundado en la culpa o el dolo entre el comportamiento del demandado y el resultado, pues no puede presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento y , por lo tanto, no es procedente la sanción”¹¹.

Es así como el incidente de desacato debe tramitarse de forma expedita, el juez debe garantizar los derechos al debido proceso y defensa que le asisten a la persona contra quien se dirige, en virtud de lo cual deberá: (i) comunicar al incumplido sobre la iniciación del incidente y darle la oportunidad para que informe la razón de su omisión. El responsable podrá alegar dificultad grave para ejecutar lo resuelto a través de cualquier medio probatorio; (ii) practicar las pruebas solicitadas y las que considere conducentes para emitir la decisión; (iii) notificar lo decidido y, en caso de que haya lugar a ello, (iv) remitir el expediente en consulta ante el superior”¹².

Para el presente asunto se advierte por la Sala que desde el inicio del trámite se identificó a los funcionarios encargados de cumplir las órdenes de tutela, a quienes se les requirió y vinculó formalmente al trámite.

La entidad accionada, al momento de dar respuesta, corroboró que los designados para el cumplimiento de los fallos de tutela son el director de la oficina norte de Apartadó, **Sergio Ivo Mejía Sierra y Hernán Darío Rodríguez Ortez** como superior jerárquico de aquel. De otro lado, el correo electrónico al que se remitieron las notificaciones, tanto del requerimiento como de la apertura del trámite, es el destinado por la EPS para recibir las notificaciones judiciales, pues así lo corroboró la analista jurídica al responder las solicitudes al interior del trámite incidental¹³.

No obstante, no se indagó por la presencia de elementos dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, sin que se lograra probar la negligencia de quien desconoció el fallo, sin que pueda entonces presumirse su responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-889 de 2011, M.P.

¹¹ Corte Constitucional Sentencia SU -034 de 2018

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-889 de 2011

¹³ Ver folio 64 expediente digital de incidente de desacato.

Ahora, se advierte que la sanción consistente en multa por valor de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos la *a quo* se limitó a establecer el aspecto objetivo, indicando que no era admisible otra conducta distinta al acatamiento de la orden judicial, afirmando en su providencia que, el desacato se concretó en la ausencia de pruebas para acreditar el cumplimiento de la sentencia proferida el 19 de abril de 2018 y sin más, impone sanción a los precitados.

Dicho comportamiento por parte de la juez primigenia va en contravía de los postulados estudiados de la Corte Constitucional, de los cuales se tiene la imposibilidad de proferir sanciones, presumiendo la responsabilidad subjetiva del encartado por el solo hecho del incumplimiento del fallo de tutela, pues en todo caso resulta menester establecer el nexo causal en la culpa o dolo entre el comportamiento del incidentado y resultado producido.

Y es que en el caso concreto, si bien se tiene constancia de llamada telefónica con el accionante, que informó haber recibido pago parcial de las incapacidades adeudadas, la entidad demandada aportó una relación de pagos que incluyen todos los solicitados por el petente, y a pesar de que indicó haber hecho el desembolso en dos momentos, esto es, el 3 y 11 de marzo de 2020, solo aportó foto de pantalla del primero de ellos.

En supuestos como el examinado, se exige un especial impulso en el adelantamiento, incluso oficioso, del incidente con miras a discernir la responsabilidad subjetiva de los sujetos sancionados, o haber indagado que sucedió con el supuesto pago del 11 de marzo del año anterior, sobre todo para determinar una sanción pecuniaria tan elevada, misma que adicionalmente, debe tener algún criterio de proporcionalidad en su determinación, que por demás, se desconoció en el *sub examine*.

Es así, como de conformidad con estas facultades, pudo – entre otras- requerir a **Coomeva E.P.S.** para que informara los motivos que llevaron a realizar un presunto pago en dos fechas diferentes o si acaso obedeció a un error que no se aportara el comprobante de pago de fecha 11 de marzo de 2020, y determinar así si se estaba ante un incumplimiento parcial o integral de la orden proferida en sede de tutela y establecer las razones de dicha omisión.

La Corte Constitucional ha considerado que “*constituye un deber ineludible del juez constitucional verificar si efectivamente existió incumplimiento parcial o integral de la orden proferida por la sentencia de tutela, con lo cual, una vez precisada la anterior situación tiene la obligación de indagar cuáles fueron las*

razones por las que el accionado no cumplió con la decisión tomada dentro del proceso; lo anterior a fin de establecer cuáles son las medidas necesarias para proteger efectivamente los derechos fundamentales invocados”¹⁴.

Adicionalmente, llama la atención a la Sala que el auto que impone la sanción por desacato, relaciona en la parte considerativa la competencia, la posibilidad y el fin de tramitar incidentes de desacato conforme el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, asegura el incumplimiento del fallo de tutela de cara a la falta de prueba que acredite lo contrario y a reglón seguido informa que se impondrá una sanción a los requeridos, empero, sin más, en la parte resolutive aparece una multa por valor de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cado uno de ellos. Desconociendo con ello el deber de motivar todo tipo de decisiones judiciales, extensivo al trámite del incidente de desacato, y de contera, afectando el principio de proporcionalidad al momento de imponer sanciones luego de determinar el aspecto subjetivo, pues ha mencionado la Corte Constitucional que *“De comprobarse dicha responsabilidad, el juzgador tiene la obligación de determinar la sanción adecuada (proporcional y razonable) a los hechos.”*

En ese sentido el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional indicó:

“[d]e antaño, la Corte Suprema de Justicia ha advertido que la falta de motivación absoluta de una sentencia configura una causal de nulidad autónoma, de suerte que, además de las ocho causales establecidas en la ley, debe agregarse aquella que se vincula con el silencio indebido y arbitrario del juzgador. Ahora bien, más allá de su origen, esta causal también es aplicable en el régimen especial de la acción de tutela, sobre la base de que esta Corporación ha admitido como una causal específica de procedencia del recurso de amparo contra providencias judiciales, el defecto consistente en adoptar decisiones sin motivación, pues se ha entendido que bajo el principio de publicidad que rige a las actuaciones de jueces (CP art. 228), no es posible que se adopten determinaciones sin sustento argumentativo o con razonamientos apenas aparentes o irrelevantes, que lejos de representar el ejercicio de la función de administrar justicia, lo que envuelven es un mero acto de poder.”¹⁵

Así, ante la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, pues no fueron respetadas las garantías constitucionales (artículo 29) que extienden su ámbito a todas las actuaciones judiciales y administrativas, entre ellas la acción de tutela y el incidente de desacato¹⁶, y dado que sólo pueden ser subsanadas con la declaratoria de nulidad, se declarará la misma a partir de la decisión del 31 de enero hogaño, quedando incólumes los actos surtidos de manera previa.

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

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-191 DE 2009

¹⁵ Corte Constitucional, Decisión A-159 de 2018.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T – 939 de 2005

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la nulidad de lo actuado a partir del auto del 25 de enero de 2022, inclusive, dejando incólume las actuaciones surtidas de manera previa.

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

TERCERO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

(firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

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

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

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

fa32c7d0da4989f19dce90b49ea82d52a4c285b3c611e340a2c39ffbf72c23da

Documento generado en 22/02/2022 08:10:51 AM

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

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Sería del caso avocar el conocimiento de la tutela interpuesta por **Alveiro Alexander Estrada Ascuntar**, actuando en nombre propio, en procura de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por el **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario** y el **Juzgado 19 Penal del Circuito de Medellín**, de no ser porque se aprecia la necesidad de requerir al accionante, en aras de que se enmiende yerros inherentes a su petición tutelar en virtud de lo normado en el inciso 1 del artículo 17 del Decreto 2591 de 1991.

En la petición puesta a consideración de esta Corporación, se advierte que el demandante no firmó el memorial de la demanda de tutela, y sobre el particular, la Corte Constitucional, ha señalado:

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

En tal sentido, para ser tenido como parte dentro del proceso de tutela, las personas interesadas en el desarrollo de la acción, deben cumplir con unos requisitos mínimos como lo es firmar la demanda de tutela, por parte de quien pretende actuar como accionante o de aquella persona que esta agenciando derechos a favor de terceros.”¹

Efectivamente, en la solicitud impetrada por el accionante, no se encontró su impronta personal, por lo que en atención a su condición de persona interesada en el desarrollo de la acción de tutela, se advierte que no cumplió el requisito mínimo de rubricar el escrito de demanda².

De manera que si en el presente caso, el demandante no suscribió el líbello de la demanda, es notoria la necesidad de corregir ese defecto, por lo que urge, según lo expuesto por la Corte Constitucional y teniendo como fundamento el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991, en aplicación de los poderes de instrucción y ordenación del juez de tutela, conminar al accionante para que subsane el yerro en comento.

De otro lado, desde el origen de la pretensión de restablecimiento de derechos fundamentales, el juez constitucional tiene la obligación de asumir un papel activo en

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-647 de 2008.

² Posición reiterada por la Corte Constitucional en Sentencia T-860 de 2013.

la conducción del proceso, de suerte que, con fundamento en lo sostenido en la decisión T-313 de 2018, ese mandato no implica que deba asumir cargas procesales que le atañen eminentemente al petente y, en consecuencia, al advertir la ausencia de elementos que requiera para adoptar una decisión de fondo, deba indagarle para su corrección.

Por lo tanto, se debe ordenar subsanar la demanda de tutela, para que, se firme el escrito de demanda, previo a avocar conocimiento dentro de las presentes diligencias:

REQUIÉRASE a **Juan Diego Cartagena Betancur**, por el medio más expedito que garantice su real enteramiento para que dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de emisión de esta providencia, enmiende el yerro advertido. Esto es, firme la demanda, so pena de aplicar la consecuencia contenida en el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991.

CÚMPLASE,

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

Firmado Por:

**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:

3cf36867474ff2e4ab80137e78fa703e117dbadf661105a63173e77d483bb679

Documento generado en 22/02/2022 04:10:38 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

N.I.	2021-0133-3
Radicado	050440310400120220001100
Accionante	Carlos Arturo Montoya
Accionado	Sura EPS, y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

Medellín, veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022)
Aprobado mediante Acta N° 051 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionada¹, contra el fallo de tutela de 28 de enero de 2022², emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla - Antioquia, que decidió amparar los derechos fundamentales del accionante; y, en consecuencia, ordenó a la **EPS Sura**, a reconocer y pagar las incapacidades alegadas por el petente hasta efectuar la expedición del concepto de rehabilitación del petente y proceder a remitir el respectivo expediente. Seguido a ello, conminó a la **AFP Colpensiones**, para que, junto con la **EPS**, adelantara lo correspondiente a la radicación del expediente e historial médico del promotor, para no interrumpir el pago de las prestaciones económicas.

¹ Folio 182 a 184, expediente digital de la acción de tutela

² Folios 146 a 156, ibídem.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestó el accionante que³, tiene 61 años de edad, fue diagnosticado con M170 GONARTRISIS PRIMARIA BILATERAL y calificado con un porcentaje del 36.6% de pérdida de capacidad laboral.

Relató que actualmente se encuentra incapacitado por antecedentes de poli artralguas, y que sus prestaciones económicas venían siendo cubiertas por la **EPS Sura**, empero, adicionó que le fue informado por la por la promotora de salud que desde el 27 de mayo de 2021, los respectivos conceptos deberían ser saldados por la **AFP Colpensiones**.

Así las cosas, informó que ha radicado ante la **AFP** mencionada todas las incapacidades causadas desde el 27 de mayo del año precedente hasta la fecha, pero dicha entidad ha omitido su deber de efectuar los respectivos pagos.

Por lo anterior, indicó que la ausencia de pago de las prestaciones adeudadas no sólo lesiona su derecho al mínimo vital, sino que le impiden la posibilidad de una vida digna, puesto que, el reconocimiento económico hace parte fundamental de los recursos con que cuenta para subsistir con su familia.

En ese sentido, peticionó a la judicatura amparar sus derechos fundamentales; y, consecuentemente, emitir orden que determine a la entidad que corresponda, a efectuar el pago de las incapacidades que le fueron causadas del 1º de junio al 10 de junio de 2021 y las que tienen fecha de inicio 15 de junio, 30 de junio, 15 de julio, 25 de julio, 12 de agosto, 27 de agosto, 11 de septiembre, 01 de octubre, 04 de octubre, 23 de octubre, 11 de noviembre, 30 de noviembre, 15 de diciembre de la misma anualidad, así como la causada el 05 de enero de 2022.

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. El conocimiento de la acción pública incoada correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Marinilla- Antioquia, quien avocó conocimiento mediante auto adiado 17 de enero de 2022⁴, en el que se decidió oficiar a las entidades accionadas, para que, en

³ Folios 4 a 3, ibídem.

⁴ Folio 39 y 40 ibídem.

ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, se pronunciaron respecto de los hechos denunciados por la promotora.

2. Atendiendo el requerimiento realizado por el *a quo*, la directora de la dirección de acciones constitucionales de la **AFP Colpensiones** presentó escrito fechado 18 de enero de 2021⁵, en el que manifestó que la responsabilidad de los fondos de pensiones de reconocer y pagar las incapacidades causadas a partir del día 181 se encuentra ligado al caso en el que exista Concepto de Rehabilitación Favorable; sin embargo, relató que, al revisar sus aplicativos, se pudo verificar que la **EPS Sura** no ha notificado ante la entidad Concepto de Rehabilitación alguno para el petente; razón por la cual, estima que la entidad encargada de efectuar los pagos del subsidio económico es la promotora de salud.

Aunado a lo anterior, manifestó que una vez revisados los sistemas de información de la entidad que representa, también resultó visible que no habían sido radicadas peticiones por el accionante en relación al pago de incapacidades relacionadas en el escrito tutelar, situación que, a su juicio, le impide a su representante la respectiva valoración del particular expuesto por el libelista.

Finalmente, tras referirse a criterios de procedencia de la acción de tutela, culminó su escrito peticionando a la judicatura declarar la improcedencia del presente trámite, para decidir frente a lo enunciado en el escrito tutelar.

3. A su turno, la representante legal judicial de la **EPS Sura**⁶, informó que el accionante se encuentra afiliado al Plan de Beneficios de Salud de la entidad desde el 1 de diciembre de 2020 en calidad de cotizante activo, y que, por tanto, tiene derecho a cobertura integral.

Manifestó que, verificado el sistema de información de su representada, avizó que el actor cuenta con un acumulado de 410 días de incapacidad, los cuales fueron pagados por la promotora de salud hasta el día 180 que se cumplieron el 31 de mayo de 2021, informando que estos dineros fueron saldados a través de transferencias realizadas en la cuenta corriente 71582909947 de Bancolombia.

⁵ Folio 42 al 22, *ibídem*.

⁶ Folio 63 a 68, *ibídem*.

Adicionó con ello que el accionante se encuentra calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con un porcentaje del 36.6% de PCL, lo cual, si bien denota pérdida de capacidad definitiva, no le soporta la cantidad necesaria para ser catalogado como inválido; razón por la cual, refiere que el afiliado fue valorado por Junta multidisciplinaria quien definió que el usuario requiere valoración por médico laboral de su empresa para definir las recomendaciones para el reintegro dados los hallazgos clínicos.

Así las cosas, y por considerar que no ha vulnerado derecho fundamental alguno del accionante, deprecó ante el despacho negar el amparo constitucional solicitado, y declarar la improcedencia de la acción de tutela para decidir sobre el asunto.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Valorados los argumentos indicados tanto por la accionante, como por cada una de las entidades relacionadas en el presente trámite, el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla – Antioquia, procedió a dictar sentencia adiada 28 de enero de 2022⁷, en la que resolvió conceder el amparo constitucional deprecado, y ordenar a la a la **EPS Sura** proceder *“con el reconocimiento y pago de las incapacidades del 1º de junio al 10 de junio de 2021 y las que tienen fecha de inicio 15 de junio de 2021, 30 de junio de 2021, 15 de julio de 2021, 25 de julio de 2021, 12 de agosto de 2021, 27 de agosto de 2021, 11 de septiembre de 2021, 01 de octubre de 2021, 04 de octubre de 2021, 23 de octubre de 2021, 11 de noviembre de 2021, 30 de noviembre de 2021, 15 de diciembre de 2021 y 05 de enero de 2022, y las que se continúen generando hasta el momento que lleve a cabo la remisión del expediente y emita el concepto de rehabilitación del señor CARLOS ARTURO MONTOYA, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones”*. Seguido a ello, el juez constitucional procedió a conminar a la AFP para que *“opere de manera proactiva con la E.P.S SURA, o en lo correspondiente a la radicación del expediente e historial médico del accionante, y de esta manera dar continuidad al pago de incapacidades sin dilaciones y trabas administrativas cuando corresponda”*

Lo anterior, por cuanto el juzgador de primer grado determinó que, de la valoración del expediente digital de la acción de tutela, no fue posible determinar el cumplimiento de las obligaciones de la promotora de salud que trasladan la responsabilidad del pago de

⁷ Folio 146 a 156, ibídem.

las prestaciones a la AFP; esto es, que no fue expedido ni en término, ni aún con posterioridad a él, el respectivo concepto de rehabilitación del accionante; razón por la cual, encontró el administrador de justicia que, conforme a los lineamientos jurisprudenciales y normativos que rigen la materia, la obligación continuaría a cargo de la EPS por incumplimientos de sus deberes legales.

DE LAS APELACIONES

4. Una vez notificado del fallo de primera instancia, la AFP Colpensiones, a través de su directora de acciones constitucionales, presentó escrito de impugnación contra la sentencia antes citada⁸, en el cual indicó que, en relación con el pago de incapacidades del accionante, la entidad se encuentra imposibilitada materialmente para realizar el estudio respectivo, por cuanto hay ausencia de petición que solicite el derecho deprecado; de modo que, estima que el hecho vulnerador no ha sido configurado por la entidad por cuanto esta no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el particular.

Adicional a ello, reiteró en que la **EPS SURA** no ha notificado el Concepto de Rehabilitación (CRE) del libelista, razón por la cual, estima que continúa siendo ella la responsable del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas reclamadas, hasta tanto no se cuente con dicha notificación de su parte.

Sin embargo, en documento aportado con posterioridad⁹, la funcionaria procedió a aclarar que el escrito antes referenciado se debió a un error involuntario de la servidora, y con ello, presentó su intención de desistir de la impugnación presentada.

El 3 de febrero de 2021¹⁰, el juzgado de primera instancia aceptó el desistimiento solicitado.

5. Seguido a ello, la representante legal de la **EPS Sura**¹¹ presentó comunicado escrito en el que recurrió la sentencia de primer grado, indicando que, en los casos de enfermedad de origen común, los responsables de la calificación de PCL en primera oportunidad son las Administradoras de Fondos de Pensiones.

⁸ Folio 158 a 174, ibídem.

⁹ Folio 177 y 178, ibídem.

¹⁰ Folios 192 y 193, ibídem.

¹¹ Folio 182 a 184, ibídem.

Asimismo, manifestó que el accionante fue trasladado a Medimas EPS, en donde ya tuvo un proceso de calificación por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el que se diagnosticó con un porcentaje del 34.44% de PCL en septiembre de 2020, respecto del cual, explica, que deberá esperar por lo menos un año para proceder a requerir su revisión. Sin embargo, explicó que le ha solicitado al accionante los documentos que tiene en su poder del proceso de calificación de PCL, sin que esto haya sido posible puesto que el gestor ha omitido su deber de remitir la información requerida, solicitando a la judicatura que se ordene al promotor aportarles dicha documentación.

Agregó que, en atención a que su condición de salud no desmejoró, la EPS no libró más incapacidades, y decidió ordenar su reintegro, saldando las incapacidades que se adeudaban y que fueron objeto de la acción de tutela, para ser canceladas a partir del 2 de febrero de 2022, pero considera que la orden emitida por el juzgado, que a la letra dicta *“y las que se continúen generando hasta el momento que lleve a cabo la remisión del expediente y emita el concepto de rehabilitación del señor CARLOS ARTURO MONTAYA, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones”* resulta improcedente.

En razón a los argumentos antes descritos, solicitó que el fallo de primer grado sea revocado.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991¹², la Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

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

¹² Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017

Del caso concreto

Inicialmente se hace necesario precisar que la acción de tutela es un mecanismo legal, cuya función es posibilitar a los colombianos la obtención de sus derechos fundamentales, mediante un procedimiento preferente y sumario que permita una pronta solución a las vulneraciones o amenazas que presenten las personas en sus derechos fundamentales. Sin embargo, este procedimiento ha sido dotado con la calidad de subsidiario. Es decir, que a ella solo habrá lugar cuando no se conste con mecanismos judiciales alternos, o si bien existiendo, sea acreditado por el interesado la existencia de un perjuicio irremediable que requiera una intervención inmediata.

Ahora bien, de manera general, ha sido señalado por Corte Constitucional, como máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional, que no es procedente la implementación de este mecanismo para pretender el reconocimiento o pago de derechos de índole económico; tales como los surgidos dentro de procesos laborales, toda vez que su protección es perseguible a través de procesos laborales ordinarios. De igual manera, la misma corporación ha ahondado respecto de la necesidad probatoria que refiere este tipo de procesos, lo cual finalmente escapa a la competencia del juez de tutela.

A pesar de lo anterior, la jurisprudencia ha exhortado a los jueces constitucionales a valorar las circunstancias particulares de cada caso a fin de determinar o no su procedibilidad, toda vez que, frente a la subsidiariedad de la acción de tutela, existen dos excepciones que posibilitan la protección de los derechos del promotor a pesar de que existan otros medios de defensa judicial; esto es:

*“(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**”*

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”¹³

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 2017.

En lo que refiere al pago del auxilio por incapacidad, la alta Corte ha sostenido la postura de que, si bien existen mecanismos judiciales para la adquisición de lo pretendido, el tiempo que lleva dirimir un conflicto de esta naturaleza desdibuja la eficacia de la vía, en razón a que podría atentar directamente frente al mínimo vital del accionante, quien adicionalmente se encuentra en condiciones de vulneración en atención a su salud.

Por lo anterior, ante la afirmación del gestor, respecto de que, la omisión del pago de incapacidades lesiona su derecho fundamental al mínimo vital, la acción de tutela se torna excepcionalmente procedente para decidir frente a lo expuesto.

Ahora bien, descendiendo al eje del conflicto, se debe manifestar que, el pago de incapacidades y la entidad con obligación legal de reconocerlas y pagarlas, no es un campo desconocido para la normatividad colombiana, pues el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo establece un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral, en el que se determinó que los mismos se ofrecerían *“en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional”* y se estableció tanto la cantidad por la que serían reconocidos como los sujetos obligados a otorgarlos. Igualmente, el Decreto 2351 de 1965, aún vigente, prevé en su artículo 16 la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común.

Así, el Decreto 770 de 1975 limitó la órbita de responsabilidad del empleador el pago del precitado concepto, refiriendo en su artículo 9° que el Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de *“un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de[] (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días”*. Posteriormente, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, plasmó que los afiliados al Régimen Contributivo en Salud tienen derecho al reconocimiento y pago de incapacidades generadas por enfermedad común.

En ese orden, se tiene que, de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 se encuentran a cargo de los respectivos empleadores *“las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general”*, asimismo, las incapacidades expedidas del día 3 al

180 están a cargo de las entidades promotoras de salud¹⁴, y aquellas que se prolonguen más allá de ese término, deberán ser asumidas por la AFP con la que el trabajador sostenga vínculo de afiliación¹⁵.

Sin embargo, la Corte Constitucional precisó que las reglas para el reconocimiento y pago de las incapacidades se sintetiza de la siguiente manera:

*“(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.*

*(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.*

*(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.*

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente”¹⁶.

Es conforme a este punto que este Tribunal considera acertada la postura del juzgador de primer grado, al determinar que, la **EPS Sura**, por ser la promotora de salud con quien el accionante sostenía vínculo de afiliación al momento de ocurrencia de los hechos, aunado con la omisión de su deber legal de emitir el concepto de rehabilitación, le correspondería saldar las incapacidades alegadas por el petente, lo cual aseguró haber cumplido en virtud de la orden judicial de primera instancia.

Ahora bien, pone de presente la entidad demandada que el accionante fue trasladado a la E.P.S. Medimas, como hecho novedoso en su escrito de impugnación, empero en la actualidad aparece activo conforme el registro público de ADRES, desde el 1 de diciembre de 2020 en la E.P.S. demandada, tal como lo afirmara en la respuesta al trámite de tutela; y seguidamente, en el mismo memorial eleva senda discusión acerca de documentos que el petente no ha querido remitir de cara a la calificación de su pérdida de capacidad laboral, discusión que no tiene cabida en esta instancia, máxime cuando no fue siquiera planteada ante el juez primigenio y no corresponde a la

¹⁴ Artículo 142, Decreto 019 de 2012 y artículo 41 de la ley 100 de 1993

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Corte Constitucional, T-401 de 2017 reiterada en la T-020 de 2018

controversia que motivó la interposición de la demanda, la cual se limitó al reconocimiento y pago de incapacidades médicas adeudadas por la promotora de salud.

Finalmente, solicita la accionada se revoque el aparte del numeral 2 de la sentencia de inicial que en su tenor literario indica *“y las que se continúen generando hasta el momento que lleve a cabo la remisión del expediente y emita el concepto de rehabilitación del señor CARLOS ARTURO MONTOYA, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones”*; empero, comoquiera que la misma **E.P.S. Sura** asevera que el promotor tuvo considerable mejoría en su estado de salud y no se le generaron más incapacidades, no habrá lugar a modificar este acápite, pues en ese sentido, no habrían más prestaciones económicas que cancelar.

Es en razón de los argumentos antes referidos, que esta sala decidirá confirmar la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla – Antioquia, el 28 de enero de 2022, de conformidad a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación:

5b4ae5d34acbffa1be20b6aae6c785cdc1614b2568f6f27dec07b3b54876874

Documento generado en 22/02/2022 04:52:41 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	2022-0179-3
CUI	050002204000202200073
Accionantes	Juan Diego Cartagena Betancur
Accionados	Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia e INPEC
	Amagá
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Rechaza

Medellín, veintitrés (23) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Aprobada mediante Acta No. 52 de la fecha

ASUNTO

Sería del caso avocar la acción de tutela presentada por **Juan Diego Cartagena Betancur**, en contra del **Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** y el **director del Establecimiento Carcelario municipal de Amagá**, por la vulneración de sus derechos fundamentales de petición y debido proceso, si no fuera porque se advierte que no se reúnen los requisitos mínimos de admisión de la demanda de amparo.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

El accionante¹, presentó escrito de demanda de tutela en el cual puso de presente que, desde el 20 de diciembre de 2021, elevó petición ante el juzgado executor solicitando la libertad condicional, pero a la actualidad, el único trámite que ha adelantado el despacho demandado fue requerir al **Establecimiento Carcelario de Amagá** para que hiciera entrega de la documentación que se considera necesaria para dar pronunciarse de fondo sobre el beneficio penal.

¹ Folios 2 a 3, expediente digital de tutela.

Considera que lo anterior desborda el término de 3 días que otorga el artículo 471 del Código de Procedimiento Penal, lo que indudablemente constituye un atropello a sus derechos fundamentales de petición y debido proceso.

En consecuencia, requiere de la judicatura la protección de sus garantías constitucionales y se ordene a los accionados, dar trámite a la solicitud de *salida hasta por 72 horas sin vigilancia conforme el artículo 147 de la Ley 65 de 1993*.

TRÁMITE

Mediante auto de 15 de febrero de 2022², en virtud de lo normado en el inciso primero del artículo 17 del Decreto 2591 de 1991, se requirió a la parte accionante, para que, dentro de los tres días siguientes a la fecha de emisión y notificación de ese proveído, allegara la demanda debidamente firmada.

Atendiendo a que se comprende que el promotor está privados de la libertad en el establecimiento carcelario y penitenciario de Amagá - Antioquia, el 15 de febrero hogaño³, se dio cumplimiento al exhorto No. 078 emitido por la Secretaría adscrita a la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, por medio del cual se realiza la debida notificación al gestor, del auto que requiere previo a la admisión de la tutela para que fuera subsanada, según constancia de enteramiento con firma del petente privado de la libertad.

El accionante, no remitió el escrito de tutela con su firma, tal como fue el requerimiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1983 de 2017, sería competente esta Sala para resolver la solicitud de restablecimiento de derechos fundamentales.

² Folios 17 y 18, ibídem.

³ Folio 7 y 8, ibídem.

2. Análisis de procedencia de la acción de tutela

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

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

Aunque la acción de tutela, constituye un medio insustituible para todos los ciudadanos, en la medida que es un mecanismo de alta efectividad jurídica-práctica para quienes lo ejerciten⁴, pretendiendo fundamentalmente hacer valer y respetar sus derechos fundamentales, sin acudir a tecnicismos y formalismos, no es de aceptación que la autoridad constitucional competente en sede del juicio de admisión de la demanda de amparo al percatarse de una circunstancia impeditiva de su prosperidad de curso, sin más, a la pretensión viciada congénitamente.

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

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

En tal sentido, para ser tenido como parte dentro del proceso de tutela, las personas interesadas en el desarrollo de la acción, deben cumplir con unos requisitos mínimos como lo es firmar la demanda de tutela, por parte de quien pretende actuar como accionante o de aquella persona que esta agenciando derechos a favor de terceros.”⁵

Como se indicó, sería del caso avocar la presente solicitud de amparo, de no ser porque se advierte que el accionante no subsanó el yerro percibido en el escrito de

⁴ Ferrer, Ana Giacomette, La prueba en los procesos constitucionales, Ediciones Uniandes Facultad de Derecho, páginas 138 a 143.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-647 de 2008.

demanda de tutela, de tal modo que emerge forzoso declarar que no se puede imprimir trámite legal alguno, comoquiera que no se pudo eliminar el obstáculo que impedía el éxito y prosperidad del presente mecanismo.

Y es que, no se consignó la rúbrica del promotor en la demanda tutelar y por tanto, no se cumplen los requisitos mínimos para proceder con la admisión de la misma. Lo anterior, no obstante que el Tribunal acudió a las formas jurídicas establecidas para remediar el defecto percibido, situación que se puso en conocimiento del actor de manera personal, en virtud del exhorto realizado por la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal de Antioquia y debidamente atendido el pasado 15 de febrero de 2022, por lo que trascurrieron los 3 días concedidos por la norma para subsanar, sin que ello ocurriera.

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

Finalmente, aun cuando esta providencia es un auto, la postura de la Corte Constitucional, sobre la posibilidad de recurrirla interpretó que⁶:

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

Agrega más adelante:

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

De ahí que la posibilidad de impugnar las decisiones de tutela siempre está disponible, así la solicitud tutelar haya sido rechazada. Incluso, persiste el deber de remitir el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión dentro de los plazos establecidos, según lo ordenado en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

⁶ Auto 001 de 1993 y Sentencias T-518 de 2009 y C-483 de 2008.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: RECHAZAR la petición de amparo invocado en esta acción constitucional impetrada por **Juan Diego Cartagena Betancur**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: INFORMAR que contra esta providencia procede manifestación de impugnación, dentro del término de 3 días hábiles contados a partir de su notificación. Si no fuere impugnado, **ENVIAR** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **9046e97b8b99ee65b3b161282cf18c85244d533dee07bbb68bd384201ef5f614**
Documento generado en 23/02/2022 12:09:10 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, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Radicado	: 2022-0146-4 Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
CUI	: 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante	: Danny Esteban Daza Berrío
Accionado	: Juzgado 2º Laboral del Circuito de Apartadó, Antioquia y otro
Decisión	: Declara improcedente

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 021

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano DANNY ESTEBAN DAZA BERRÍO, contra el JUZGADO 2º LABORAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ, ANTIOQUIA, en procura del amparo entre otras, de su garantía constitucional fundamental del debido proceso y acceso a la carrera judicial, trámite al cual fue vinculado el CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE ANTIOQUIA.

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2° Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2° Laboral del Circuito de Apartadó y otro

ANTECEDENTES

El señor DANNY ESTEBAN DAZA BERRÍO, dice que participó para el cargo de Citador Juzgado de Circuito –Grado 3, de acuerdo a la convocatoria No 4, generada por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, para la provisión de cargos de empleados de carrera de Tribunales, Juzgados y Centros de servicios de la seccional Antioquia, según el acuerdo CSJANTA17-2971 del 06 de octubre de 2017. Fue admitido y mediante resolución N° CSJANTR21-1178 del 25 de agosto de 2021, ocupó la posición número 51 en el registro de elegibles del citado cargo.

Señala que desde el mes de septiembre de 2021, optó por diferentes sedes que fueron publicadas mes tras mes, hasta que en noviembre de 2021, optó por la vacante de citador, del JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ – ANTIOQUIA, ocupando el tercer lugar, la cual fue publicada sin ninguna anotación.

Adujo que por Acuerdo CSJANTA21-132 del 01 de diciembre de 2021, se conformó la lista de candidatos destinada a proveer el cargo vacante de citador grado 3, del JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ, conformada en primer lugar por Nadith Gabriel Martínez De La Ossa; segundo lugar, David Blandón Flórez y en tercer lugar, por Danny Esteban Daza Berrío.

Que al establecer diálogo con los señores DAVID

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2° Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2° Laboral del Circuito de Apartadó y otro

FLÓREZ BLANDÓN y NADITH GABRIEL MARTÍNEZ DE LA OSSA, el primero le informó que tomaría posesión en el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ, efectivizada el día 07 de febrero de 2022; el segundo, le manifestó el interés de tomar posesión del cargo de citador grado 3 del JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO TURBO, lo cual sucedió el día 01 de febrero de 2022.

Dice el señor accionante que por información de Nadith Gabriel, se enteró respecto del cargo de citador del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Apartadó, que por resolución del 14 de febrero de 2022, se reconocía estabilidad laboral reforzada por fuero de paternidad a Luís Manuel Cuervo Benítez, persona que estaba ocupando actualmente en provisionalidad el aludido cargo, en ese despacho judicial. Refiere Danny Esteban que del acto administrativo en comento, ninguna notificación se ha surtido en su caso.

Señala que al revisar la RESOLUCIÓN N°001 DEL 14 DE ENERO DE 2022, evidenció que carece de la debida motivación, puesto que cuando se refiere a la protección del fuero de paternidad del señor LUIS MANUEL CUERVO BENÍTEZ, únicamente hace referencia a una manifestación del estado de gravidez de su compañera ESTEFANÍA GARCÍA GONZÁLEZ la cual fue comunicada vía correo electrónico el día 04 de noviembre de 2021. Asimismo, reliva que dicho acto es solo dilatorio y conlleva a la suspensión de la provisión del citado cargo en propiedad ya que el señor LUIS MANUEL CUERVO BENÍTEZ sólo solicitó la estabilidad laboral reforzada por fuero de paternidad el día 15 de diciembre de 2021, día en que fue allegado el Acuerdo N° CSJANTA21-132 DEL 01 DE

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2° Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2° Laboral del Circuito de Apartadó y otro

DICIEMBRE DE 2021, por medio del cual se conformó el listado de aspirantes para ocupar el cargo en propiedad de citador grado 3 del JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ – ANTIOQUIA.

Manifiesta además, que verificando el aplicativo BDUA del ADRES, la señora ESTEFANÍA GARCÍA GONZÁLEZ, aparece como cotizante desde el año 2019 a la fecha. Y considera asimismo, que no obstante el señor LUIS MANUEL CUERVO BENÍTEZ informó del el estado de gravidez de su compañera, se trata de una expectativa, mientras que el aquí accionante es padre de una menor de 6 años de edad y se encuentra desempleado desde el mes de junio de 2021.

Finalmente, informa que su ciudad de residencia es Medellín, y teniendo en cuenta su puntaje y lugar en el registro de elegibles se vio en la necesidad de optar por sedes en los municipios como Apartadó y Turbo, siendo más grave su situación si tuviera que tomar posesión en propiedad en un municipio como Turbo, dado que en la localidad de Apartadó, si bien es lejana, cuenta con una mejor oferta de medios de transporte.

El señor Danny Esteban solicita se ordene al JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ, ANTIOQUIA, dejar sin efecto la Resolución N° 001 del 14 de enero de 2022. Además, se ordene al referido despacho, dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 270 de 1996 en su artículo 167 y en consecuencia proveer la vacante de citador grado 3 en esa sede. Finalmente, teniendo en cuenta que según el acuerdo

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2° Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2° Laboral del Circuito de Apartadó y otro

CSJANTA21-132 es la persona que continúa en orden de lista para ser nombrado en el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ, se proceda inmediatamente con su nombramiento.

Frente al motivo de inconformidad, la parte accionada ejerció su derecho de defensa de la siguiente manera:

**JUZGADO 2° LABORAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ,
ANTIOQUIA:**

Su titular acepta que el accionante ocupó el tercer puesto según la lista de candidatos para proveer cargos de Citador de Juzgado de Circuito grado 3 (Código 260112) en la Rama Judicial Seccional Antioquia – Convocatoria 4, conformada por medio de ACUERDO No. CSJANTA21-132, notificada a ese despacho judicial el día 15 de diciembre de 2021.

Dice no constarle que la vacante de Citador, haya sido publicada sin ninguna anotación de que estuviera ocupada por personas con algún tipo de estabilidad laboral reforzada, por lo que se atiene a lo que se demuestre en el plenario. Sin embargo, reconoce que, una vez comunicado por el Citador el estado de embarazo de su compañera permanente, se reportó dicha situación al Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, el día 04 de noviembre de 2021, mediante oficio 1142, enviado vía correo electrónico en la misma fecha.

Expuso que al accionante al momento de la

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2° Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2° Laboral del Circuito de Apartadó y otro

presentación de la acción de tutela no se le había notificado el Acto Administrativo Resolución N° 001 de 14 de enero de 2022, por cuanto al ser la persona que ocupó el tercer puesto según la lista de candidatos para proveer cargos de Citador de Juzgado de Circuito grado 3 (Código 260112) en la Rama Judicial Seccional Antioquia – Convocatoria 4, conformada por medio de ACUERDO No. CSJANTA21- 132, no se había vencido el término de ejecutoria del acto administrativo al segundo en lista, quien tenía hasta el día 14 de febrero de 2022, para presentar recursos en contra del mencionado acto, al haber sido notificado del mismo el día 31 de enero de 2022.

Explica en ese orden de ideas que el ACUERDO No. CSJANTA21-132, fue enviado a ese despacho judicial el día 15 de diciembre de 2021, a las 10:48 am, del cual el despacho confirmó recibido el mismo día.

El día 16 de diciembre de 2021, el señor LUIS MANUEL CUERVO BENÍTEZ, quien ocupa el cargo de Citador de este juzgado en provisionalidad, solicita aplicación de estabilidad laboral reforzada atendiendo a que su compañera se encuentra en estado de gestación y él es quien asume todos los gastos del hogar. En efecto, mediante Resolución N° 001 de 14 de enero de 2022, ese despacho judicial se abstuvo de proveer el cargo de CITADOR DE JUZGADO DE CIRCUITO GRADO 3 (Código 260112), conforme a la lista de elegibles conformada por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, mediante Acuerdo CSJANTA21-132 del 01 de diciembre de 2021, hasta tanto cese el fuero de paternidad del empleado de ese juzgado, LUIS MANUEL CUERVO BENÍTEZ; pues

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2° Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2° Laboral del Circuito de Apartadó y otro

resulta incompatible y lesivo con la estabilidad laboral reforzada que le asiste al mencionado servidor, conforme lo explicado en la parte motiva de la mencionada resolución.

Indica que se dispuso además en el numeral tercero del mencionado acto administrativo, notificar a la persona que ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, es decir, al señor NADITH GABRIEL MARTÍNEZ DE LA OSSA, y una vez agotados los trámites de notificación y ejecutoria, se dispuso notificar a quien sigue en lista, hasta completar las 3 personas que optaron por esta sede judicial.

Explica por lo tanto que al primero en lista, señor NADITH GABRIEL MARTÍNEZ DE LA OSSA, le fue notificada la Resolución el día 14 de enero de 2022, a quien le contaban términos de ejecutoria conforme lo establece el Artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, hasta el día 28 de enero de 2022, dentro del cual no hubo ningún pronunciamiento. Al segundo en lista, señor DAVID BLANDÓN FLÓREZ, le fue notificada la Resolución el día 31 de enero de 2022 (día hábil siguiente al vencimiento del término del primero en la lista), a quien le contaban términos de ejecutoria conforme lo establece el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, hasta el día 14 de febrero de 2022, mismo dentro del cual no hubo ningún pronunciamiento.

En virtud de lo anterior, solo hasta el día 15 de febrero de 2022, era posible efectuar notificación a la persona que ocupa el tercer lugar en la lista de elegibles, es decir, al accionante

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2° Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2° Laboral del Circuito de Apartadó y otro

señor DANNY ESTEBAN DAZA BERRÍO, lo cual se realizó vía correo electrónico al canal digital informado al Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, a la 1:45 pm.

En todo caso, estima la señora juez que la acción de tutela promovida es improcedente al no reunir los requisitos necesarios para ello, como es la subsidiariedad, menos aún cuando el actor no esperó la notificación que en debida forma debía hacer el despacho el día 15 de febrero de 2022, con la cual nace para él, el derecho a interponer los recursos de ley, tal y como se indicó de manera expresa, en el Numeral 4 de la Resolución atacada.

Y en relación con la manifestación del tutelante respecto a la calidad de cotizante de la compañera del Citador en Provisionalidad, debe señalarse que Ley 2114 de 2021, misma que modificó los artículos 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre el fuero de maternidad y paternidad, prohíbe el despido de todo trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente esté embarazada o en las dieciocho semanas siguientes al parto, imponiendo como único requisito para la aplicación de la estabilidad, que ésta no tenga un empleo formal, situación última que se presume con la sola manifestación, la cual se entiende prestada bajo juramento, como sucedió en el particular, teniendo en cuenta la información que suministró el señor Cuervo Benítez, en su escrito allegado el día 16 de diciembre de 2021, donde señaló la situación de su compañera, en el entendido que depende de él en un todo, por cuanto no cuenta con empleo; por lo que es

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2° Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2° Laboral del Circuito de Apartadó y otro

intrascendente para el caso concreto, que la compañera aparezca como cotizante en el servicio de salud, lo cual se pudo dar por diferentes situaciones, ajenas a la existencia de un empleo formal y en todo caso se actuó bajo el amparo de la buena fe y le credibilidad que se dio a la información suministrada por el empleado.

Expresa además la señora juez, que no existe ningún perjuicio irremediable, por cuanto verificada la lista de aspirantes por sede del mes de enero de 2022, se encuentra que el accionante quedó en primer lugar en el Juzgado 01 Administrativo del Circuito de Turbo y en segundo lugar en el Juzgado Civil del Circuito de Turbo (En el cual estaba de primera, la persona que ya tomó posesión del cargo en el Juzgado 1 Laboral de esta localidad), por lo que en estricto sentido se encuentra en primer lugar en estos dos juzgados, y contrario a lo manifestado por el accionante, el Municipio de Turbo queda a solo 20 minutos del Municipio de Apartadó, con lo cual se desvirtúa la situación gravosa que supuestamente se le generaría.

**CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE
ANTIOQUIA:**

Informa el señor presidente de dicha Corporación, que la vacante correspondiente al cargo de Citador de Juzgado de Circuito Grado 3 (código 260112), fue publicada en el mes de noviembre de 2021, y efectivamente en dicho mes fue solicitada, razón por la cual esta fue retirada en el mes siguiente, es decir, diciembre de 2021.

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2º Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2º Laboral del Circuito de Apartadó y otro

Posteriormente, mediante oficio No. 1142 del 04-11-2021, suscrito por la doctora Diana Marcela Metaute Londoño, Juez 2ª Laboral del Circuito de Apartadó - Antioquia (Radicado EXTCSJANT21-11763 del 05-11-2021) informó que “(...) *el ESTADO DE EMBARAZO de la pareja del empleado de este despacho judicial, señor LUIS MANUEL CUERVO BENÍTEZ, identificado con la cédula de ciudadanía numero 1.152.470.643 expedida en Medellín, quien desempeña en PROVISIONALIDAD el cargo de Citador desde el día 15 de abril de 2021*”.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta la fecha de recepción de la citada comunicación en la Secretaría de la Corporación (05-11-2021), no hubo lugar a efectuar dicha anotación en el formato de opción de sedes correspondiente al mes de diciembre de 2021.

Que mediante el Acuerdo CSJANTA21-132 del 01-12-2021, se conformó la lista de candidatos destinada a proveer el cargo vacante de citador grado 3 del Juzgado 2 Laboral del Circuito de Apartadó – Antioquia, y se remitió a dicho despacho judicial para lo correspondiente.

A continuación, el día 14 de enero de 2022, se allegó a ese Consejo Seccional la Resolución No. 001 del 14-01-2022 (EXTCSJANT22-464 del 17-01-2022), procedente del Juzgado 2º Laboral del Circuito de Apartadó, por medio de la cual la señora juez decidió abstenerse de proveer en propiedad el cargo de citador grado 3 de ese despacho.

Indica en ese orden de ideas, que las situaciones de índole administrativo al interior de cada despacho judicial, corresponde conocerlas y pronunciarse si así lo considera, a su

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2° Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2° Laboral del Circuito de Apartadó y otro

titular, pues no le es dable a ese Consejo Seccional emitir un pronunciamiento al respecto, Corporación que atendiendo las competencias que Legal y Reglamentariamente le han sido asignadas, se limita dentro de otras funciones a la remisión de listas a las autoridades nominadoras.

Insiste por lo tanto, no pueden abrogarse funciones corresponden al nominador con fundamento en los artículos 131 y 132 de la Ley 270 de 1996, y en el cual se dejó consignado: “...*quien cuenta con la facultad nominadora –en los Juzgados- es el juez, por tanto, es él a quien competente al momento de proveer los cargos, valorar las situaciones que tenga conocimiento y determinar de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia vigente y aplicable a cada caso, si tiene que entrar a realizar alguna consideración y/o ponderación al momento de efectuar los nombramientos.*”

Aunado a lo anterior, explica el señor Magistrado que si la novedad hubiera sido conocida por ese Consejo Seccional de manera previa a la publicación de la vacante, su única función consistiría en publicarla con la correspondiente anotación, hecho que no ocurrió, ya que lo aducido sobre la novedad tuvo lugar de manera posterior.

Respetuosamente, solicita desestimar las pretensiones de la presente acción de tutela, porque la Ley 270 de 1996 señala como función de la Sala Administrativa del Consejo Seccional, Administrar la Carrera Judicial en el correspondiente distrito con sujeción a las directrices del Consejo Superior de la Judicatura, la cual se ha observado a cabalidad.

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2° Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2° Laboral del Circuito de Apartadó y otro

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a examinar la acción de tutela interpuesta por el señor DANNY ESTEBAN DAZA BERRÍO, encaminada al amparo de su garantía constitucional fundamental del debido proceso y acceso a la carrera judicial, habida cuenta su presunta vulneración por parte de la titular del JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ, ANTIOQUIA, al emitir la resolución 001 del 14 de enero de 2022, mediante la cual se abstuvo de proveer en propiedad la vacante de citador grado 3, del despacho a su cargo, luego de reconocer el fuero de paternidad al señor Luís Manuel Cuervo Benítez, por el estado de gravidez de su compañera permanente.

De conformidad con lo establecido en el *artículo 86 de la Constitución Política*, la acción de tutela fue instituida con el fin de proteger los derechos fundamentales de las personas, frente a una vulneración o amenaza causada por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos determinados por la Ley. Esta acción constitucional es de carácter subsidiario, esto es, sólo es procedente cuando no exista otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, éste no sea efectivo, por lo que sería procedente la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En síntesis, la acción de tutela, como mecanismo preferente y sumario para la protección de derechos fundamentales, ha sido concebida única y exclusivamente para dar

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2° Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2° Laboral del Circuito de Apartadó y otro

solución eficiente a situaciones creadas por acciones u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo de defensa judicial, o existiendo, éste no sea eficaz.

En el presente caso, tenemos que el señor DANNY ESTEBAN DAZA BERRÍO pretende que por este medio se le ordene al JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ, ANTIOQUIA, emitir resolución mediante la cual lo nombre como citador de ese despacho judicial, habida consideración que habiendo ocupado el tercer puesto en la respectiva lista de elegibles, quienes lo anteceden no tomaron posesión del cargo, más cuando no sería válido reconocer fuero de paternidad alguno a quien viene desempeñándose en provisionalidad en el mismo cargo, puesto que solo se trata de una expectativa, dado que su compañera permanente apenas se encuentra en estado de gravidez, y, además, figura como cotizante en el Sistema de Seguridad Social en salud.

Empero, ninguna razón existe para replantear el criterio adoptado por el Juzgado accionado frente a ese tópico, pues dicho acto administrativo se encuentra revestido de la presunción de legalidad, y, por tanto, en caso de existir desacuerdo con el mismo, el ordenamiento jurídico ha previsto unos mecanismos y jueces competentes ante los cuales se debe acudir para desvirtuar dicha legalidad.

Y es que cuando se trata de discutir la legalidad de un acto administrativo, que en este caso es precisamente la

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2° Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2° Laboral del Circuito de Apartadó y otro

Resolución del 14 de enero de 2022, a más de la posibilidad de interponer los recursos a que haya lugar en la misma sede, existe otra posibilidad en forma posterior, como es acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin que pueda la tutela entrar a usurpar dicha atribución otorgada por la Ley, pues, como se dijo en precedencia, esta acción constitucional es de carácter subsidiaria. Al respecto, la *H. Corte Constitucional* en sentencia T-625 de 2000, con ponencia del Magistrado *Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz*, indicó:

“(…) la acción de tutela no es – ni puede ser – un mecanismo que remplace a los medios judiciales existentes o que sirva para revivir términos que es, al parecer, lo que se pretende en el presente caso. Al respecto ha dicho la Corte:

“La acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció que dentro de las labores que le impone la Constitución “está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas.”¹

(Negritas y subrayas fuera del texto original).

En ese orden de ideas, para esta clase de situaciones, sentencias como la radicada con No. 662795 del 12 de

¹ Sentencia T-262/98 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2º Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2º Laboral del Circuito de Apartadó y otro

abril de 2019 de la H. Corte Suprema de Justicia, han dejado en claro que,

“el ordenamiento jurídico ha previsto medios ordinarios de defensa para atacar esas decisiones y restablecer los derechos que hayan sido afectados, de lo cual se deriva la subsidiariedad de la acción de tutela en cuanto a las actuaciones de la administración se refiere.

Así, cuando el demandante en tutela cuenta con medios ordinarios de defensa o no acredita la ocurrencia de un perjuicio irremediable, ha de declararse improcedente el amparo constitucional, pues se impone atender el carácter residual de la acción constitucional.”

De ahí que resulte diáfano que la acción de tutela no puede entrar a arrebatar competencias que han sido atribuidas a otras jurisdicciones, a no ser que se acuda a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo cual no sería factible en este caso, así la parte actora haya partido de esa premisa para lograr una decisión de fondo sobre su queja constitucional, por cuanto, de cara a la idoneidad que debe caracterizar los mecanismos judiciales puestos en sede jurisdiccional para la defensa de los derechos invocados, dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo existe una serie de medidas cautelares, para que los demandantes acudan a ellas a fin de evitar un eventual perjuicio; tal es el caso de la suspensión provisional del acto, frente a cuya efectividad, como medida cautelar, la H. Corte Constitucional indicó:

“... la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2° Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2° Laboral del Circuito de Apartadó y otro

que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiese escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos”².

Por lo anterior, es claro que cuando se trata de actos administrativos, lo procedente, ante un eventual perjuicio, es hacer uso del artículo 229 que consagra la Ley 1437 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y solicitar como medida cautelar la suspensión provisional del acto, como medida eficaz para conjurar cualquier efecto vulneratorio de derechos fundamentales, tal y como de manera reiterada también lo ha manifestado la H. Corte Constitucional.

Además, en casos relacionados con la provisión de vacantes una vez efectuado un concurso de méritos, ha sido explicado por la Corte Suprema de Justicia que “...en cuanto a los concursos de méritos, es oportuno señalar que cualquier inconformidad que surja sobre dichas reglas escapa de la órbita de competencia del juez de tutela, dado que es el juez contencioso administrativo la autoridad que de manera preferente debe resolver dichos asuntos”³.

Así pues, en criterio de esta corporación, y de cara a pronunciamientos jurisprudenciales como los citados, no es la acción de tutela el instrumento idóneo para discutir la legalidad de

² Corte Constitucional. Sentencia T-533 de 1998, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

³ STL-Corte Suprema de Justicia, Sentencia Tutela del 9 de diciembre de 2021, radicado 95929.

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2º Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2º Laboral del Circuito de Apartadó y otro

la Resolución 001 del 14 de enero de 2022, proferido por la Juez 2º Laboral del Circuito de Apartadó, Antioquia, mediante la cual se abstuvo de proveer *el cargo de CITADOR DE JUZGADO DE CIRCUITO GRADO 3 (Código 260112), conforme a la lista de elegibles conformada por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, mediante Acuerdo CSJANTA21-132 del 01 de diciembre de 2021 la cual fue notificada a este despacho judicial el día 15 de diciembre de 2021, mediante oficio CSJANTOP21-1250, hasta tanto cese el fuero de paternidad del empleado de este juzgado LUIS MANUEL CUERVO BENÍTEZ, identificado con C.C. 1.152.470.643, por cuanto resulta incompatible y lesivo con la estabilidad laboral reforzada que le asiste al mencionado servidor, conforme lo explicado en la parte motiva de este acto administrativo.*

Lo anterior, habida consideración, se itera, que una vez notificado el accionante del citado acto administrativo el pasado 15 de febrero, tiene a su alcance otros medios ordinarios a los cuales debe acudir, bajo el entendido que la acción de tutela es de naturaleza subsidiaria.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2º Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2º Laboral del Circuito de Apartadó y otro

acción de tutela presentada por el señor DANNY ESTEBAN DAZA BERRÍO, contra el JUZGADO 2º LABORAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ, ANTIOQUIA, y en procura del amparo de sus garantías constitucionales fundamental al debido proceso y acceso a la carrera judicial; trámite al cual fuer vinculado el CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA.

De no impugnarse la presente decisión, **SE DISPONE** remitir la actuación ante la *H. Corte Constitucional* para efectos de su eventual revisión, según la normativa dispuesta sobre el particular en el *artículo 31, Decreto 2591 de 1991*.

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica
PLINIO MENDIETA PACHECO

Firma electrónica
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco

N° Interno : 2022-0146-4
Sentencia de tutela – 2° Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00060
Accionante : Dany Esteban Daza Berrío
Accionadas : Juzgado 2° Laboral del Circuito de
Apartadó y otro

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

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

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
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:
262125047f2cddc7099d06deaea1a0f7714e695caad3cd9314b805e6b
b59faef

Documento generado en 21/02/2022 04:58:59 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**

Febrero veintitrés (23) de dos mil veintidós (2022)

Nº Interno	:	2016-2508-4 Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I.	:	051906100100201680043
Acusado	:	Arley de Jesús Cardona Panesso.
Delito	:	Receptación de Hidrocarburos.
Decisión	:	Confirma sentencia de condena.

Proyecto discutido y aprobado en sesión del 23 de febrero de 2022. Acta Nº 022

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la defensa del acusado ARLEY DE JESÚS CARDONA PANESSO, frente a la sentencia proferida en su contra por el *Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia*, el día *29 de septiembre de 2016*, a través de la cual se le condenó por la conducta punible de “*RECEPTACIÓN DE HIDROCARBUROS*” a siete (7) años y seis (6) meses *de prisión*, multa por el equivalente a *doscientos cincuenta (250) SMLMV* e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena restrictiva de la libertad.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Ocurrieron el 2 de marzo de 2016 aproximadamente a las 21:00 horas en zona rural de un corregimiento del Municipio de Santo Domingo (Antioquia), cuando ARLEY DE JESÚS CARDONA PANESSO fue sorprendido por un agente de la policía del sector, descargando del vehículo Mazda con placas CAJ 280, una caneca plástica de la que emanaba olor a gasolina. Realizada la inspección del automotor y del lugar, se halló al interior del rodante otra caneca que se encontraba guardada en el baúl y dos canecas más que ya habían sido descargadas y estaban a 3 metros de distancia del vehículo y al lado de un inmueble. Todas las canecas tenían una capacidad de 18 galones cada una y emitían olor a gasolina. De acuerdo con el informe preliminar de campo se estableció que el producto incautado se encontraba fuera del rango óptimo de marcación utilizado por Ecopetrol.

Vale la pena destacar, que en la inspección al automotor fueron hallados los documentos de identidad del señor LEÓN DARIO MURILLO HERNÁNDEZ, quien también se encontraba en el lugar de los hechos descargando las canecas de gasolina, pero que, al percatarse de la presencia de la Policía logró huir del lugar, siendo capturado posteriormente por coparticipar en los hechos, logrando un preacuerdo con la Fiscalía, situación que generó la ruptura de la unidad procesal con relación a CARDONA PANESSO.

3. RESUMEN DE LO ACTUADO

En la respectiva audiencia ante el Juez de control de garantías, realizada el 3 de marzo de 2016, la *Fiscalía General de la Nación*, a través de su delegado, formuló imputación a ARLEY DE JESÚS CARDONA PANESSO por el delito de *Receptación de Hidrocarburos*, cargo que no fue aceptado por el enjuiciado.

El 7 de junio de 2016 se efectuó la diligencia de formulación de acusación y el 7 de julio posterior la audiencia preparatoria, en tanto que el juicio oral y público se desarrolló en sesiones del 19 de agosto y 7 de septiembre de la misma anualidad, finalizando con sentido de fallo de carácter condenatorio. La lectura de la respectiva providencia sucedió el 29 de septiembre de 2016, decisión que fue recurrida por la defensa en la audiencia de lectura de fallo, concediéndose la alzada ante este Tribunal, en el efecto suspensivo.

4. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En el proveído que puso fin a la primera instancia, el señor Juez condenó al acusado por el delito de “*Receptación de Hidrocarburos*” al considerar que de la prueba testimonial practicada, así como de la documental y pericial incorporada en el juicio, la Fiscalía logró demostrar más allá de toda duda razonable que el procesado ARLEY DE JESÚS CARDONA

PANESSO es responsable penalmente por el delito endilgado, quedando además probado que actuó en coparticipación criminal para la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad.

El Juez de primera instancia descartó el argumento de la defensa que pretendía se reconociera que el señor CARDONA PANESSO fue un mero instrumento al haber sido engañado y coaccionado para llevar a cabo el delito. Al respecto advirtió la judicatura que, estas circunstancias no lograron ser demostradas dado que, durante el traslado del vehículo del Municipio de Amalfi a Santo Domingo, el procesado tuvo la posibilidad de actualizar su conocimiento respecto de la labor que debía llevar a cabo, pues su compañero de viaje, alias “RAÚL”, así se lo hizo saber, pero pese a haber advertido que se trataba de cargar gasolina de contrabando decidió continuar con la actividad. De igual manera, explica el Despacho de primera instancia que, frente a la actuación por coacción, no se logró demostrar que sobre el acusado pesara amenaza alguna.

Como consecuencia de lo anterior, el A quo concluyó que quedó probado que fue el procesado quien transportó el hidrocarburo sustraído ilegalmente, sin que fuera éste quien se apoderara del mismo, por lo tanto, la condena fue por el delito de Receptación de Hidrocarburos.

5. FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

La defensa sustenta el recurso de apelación en la audiencia de lectura de fallo. Fundamenta su desacuerdo con la sentencia en los siguientes términos:

- La defensa considera que se deben tener en cuenta varios momentos: Cuando contactan a ARLEY, durante la comisión de la presunta falta y el momento posterior cuando alias “RAÚL” emprende la huida. En el primero actúa bajo engaño, en el segundo, bajo amenaza, y con relación al tercer momento, nada dice la defensa.

- Su defendido siempre fue ajeno a los hechos, dado que siempre se advirtió su buena fe y el error en el que incurrió.

- Los testimonios de descargo presentados en el juicio dan cuenta de la maleabilidad del temperamento de ARLEY, de su personalidad que lo hace proclive al engaño y que, por su falta de liderazgo, carencia de recursos económicos y desconocimiento de la zona, se vio compelido por una fuerza moral. Razones que refuerzan su idea de que su defendido actuó como un mero instrumento.

- Rechaza que se haya desestimado por el despacho de primera instancia a algunos testigos de descargo, como son la señora BETY VILLAREAL (investigadora de la Defensoría del Pueblo), CENEIDA Y ELIANA, quienes darían fe de las condiciones personales y de la buena conducta del procesado.

- Por otra parte considera que a los demás testigos que declararon en juicio se les negó la posibilidad de dar explicaciones, siendo obligados a responder solo sí o no.

- Afirma que la Fiscalía faltó al principio investigación integral por no allegar a juicio algunos elementos materiales probatorios descubiertos y por omitir presentar como testigo al señor LEÓN DARIO MURILLO HERNÁNDEZ, alias “RAÚL”. Así entonces, advierte que el ente investigador omitió todo lo que resultara favorable a su defendido.

Por lo tanto, pide se absuelva a su defendido, pero de no hacerlo, se elimine la circunstancia de mayor punibilidad en cuanto no fue probada la coautoría.

Por último, estima la defensa que el juez de conocimiento estaba impedido para conocer del juicio por haber resuelto la preclusión, lo que conlleva a declarar la nulidad de lo actuado.

6. TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Durante los traslados correspondientes, la Fiscalía se pronunció acerca de los argumentos planteados por el apelante, explicando que:

- Los elementos materiales probatorios son diferentes a las pruebas que se allegan a juicio, y, por lo tanto, los no introducidos en esa instancia no le corresponde al juez valorarlos.
- Con relación a la autoría mediata la defensa no logró probar su existencia.

- Frente a los testimonios que la defensa manifiesta no fueron tenidos en cuenta, considera que esto debió ser objeto de discusión en la audiencia preparatoria.
- La restricción de respuestas amplias en el contrainterrogatorio forman parte de una técnica procesal legalmente reconocida.
- En cuanto a la coautoría, lo que se reconoció por parte del juez fue la aplicación genérica de la circunstancia de mayor punibilidad de la coparticipación criminal, causal objetiva donde basta con establecer la participación de dos o más personas.
- Tampoco procede la nulidad, toda vez que, aunque el juez conoció de la solicitud de preclusión, al no haber analizado elementos materiales probatorios no pierde competencia para seguir conociendo del caso.

Por lo anterior, reitera se confirme la sentencia condenatoria.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por la defensa del acusado, de conformidad con lo previsto en los artículos 34, numeral 1º; 176, inciso final, y 179, de la Ley 906 de 2004, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Desde esta perspectiva debe la Sala determinar si la sentencia condenatoria que se revisa comporta una decisión ajustada al haber procesal, o si, como lo plantea el defensor recurrente, el fallo debe revocarse dado que el procesado ARLEY DE JESÚS CARDONA PANESSO fue utilizado como un instrumento, bajo la figura de la autoría mediata, y por ende debe ser absuelto por el delito Receptación de Hidrocarburos.

Antes de abordar el tema central de la controversia, la configuración o no de la autoría mediata, se hace necesario el análisis de cuatro asuntos planteados por la defensa en la sustentación de este recurso, toda vez que los mismos podrían suscitar una posible nulidad de lo actuado; el primero, relacionado con el impedimento del juez de primera instancia para proferir sentencia. El segundo, concerniente a las pruebas testimoniales que pretendió presentar en juicio y que fueron rechazadas. El tercero, la posible vulneración del principio de contradicción toda vez que en el contrainterrogatorio a los testigos se les limitó la posibilidad de explicarse. Y cuarto, la vulneración del principio de investigación integral dado que la Fiscalía omitió traer a juicio algunos elementos materiales probatorios y prescindió de citar testigos que favorecerían a su defendido.

En lo que tiene que ver con el impedimento del Juez de primera instancia para seguir conociendo de fondo sobre este proceso, dado que tuvo la posibilidad de conocer la solicitud de preclusión hecha por la defensa, hay que advertir que si bien el art. 335 del inc. 2 del C.P.P. establece que el juez que conoce la preclusión queda impedido para conocer del juicio, la H. Corte

Suprema de Justicia en varios pronunciamientos (CSJ AP, 22 Agosto 2012, Rad. 39687, AP3711-2015, rad. 46199, AP 1299-2018, rad. 5234 entre otros) ha reiterado que esta no es una causal absoluta y solo opera cuando el juez compromete su criterio respecto al fondo del asunto. Por lo tanto, cuando el juez no ha valorado elementos materiales de prueba, evidencia física o información relacionada con el caso, no tendrá que apartarse del proceso (CSJ AP, 11 Mar 2015, Rad. 45419). Para la situación en concreto, se dejó en claro desde la audiencia preparatoria que el impedimento era improcedente en la medida que el Juez de primera instancia no realizó valoración de ningún elemento material probatorio. Adicionalmente al correrse traslado a las partes para que ejercieran la recusación, entre ellas, la defensa, se abstuvieron de hacerlo; por lo tanto, este no es el momento procesal para que el defensor presente su inconformidad, ni mucho menos pretenda la nulidad de lo actuado.

En relación con la negación de la práctica de tres pruebas testimoniales que la defensa pretendía presentar en el juicio, se advierte al defensor, que el momento procesal para pronunciarse sobre este asunto lo era la audiencia preparatoria, audiencia en la que incluso presentó recurso de reposición frente a esta decisión, el cual fue negado por el despacho de primera instancia, negativa frente a la que tenía la facultad de interponer recurso de apelación, pero la defensa se abstuvo de hacerlo. Por ende, al igual que el anterior asunto, no es este el momento procesal para que el defensor pretenda hacer valer su inactividad.

Asimismo, aduce el señor defensor que los testigos por él presentados en juicio no tuvieron la posibilidad de

manifestarse ni expresarse libremente cuando fueron contrainterrogados por la Fiscalía. Al respecto, valga aclarar que conforme al art. 393 del C.P.P. al ser la finalidad del contrainterrogatorio refutar lo que ha respondido el testigo, la técnica procesal establece que las preguntas que allí se realicen tienen el carácter de ser cerradas, es decir, se reducen a que el testigo, responda sí o no; motivo por el cual el mismo art. 391 le permite a la parte que presenta el testigo, rehabilitarlo mediante el uso del redirecto, oportunidad que en el caso concreto, le fue brindada a la defensa; por lo tanto, no es válido ni oportuno el reproche en tal sentido.

Por último, en cuanto a la presunta vulneración del principio de investigación integral por parte de la Fiscalía, cabe precisar que en casos como el que es objeto de análisis, cuando una de las partes que interviene en el proceso tiene mejor posibilidad de probar, dada la dificultad o imposibilidad de que lo haga la contraparte, no puede permanecer inactiva o pasiva, so pena de tener que soportar las consecuencias, incluso adversas, derivadas del no ejercicio de su posibilidad probatoria privilegiada (CSJ rad. 33.660 de mayo de 25 de 2011). Adicionalmente, porque no todo lo que el fiscal investiga lo tiene que llevar como prueba, más aún cuando la defensa en un sistema eminentemente adversarial y de igualdad de armas, como acertadamente lo sostiene el A quo, también tiene el deber de presentar pruebas para sostener su teoría del caso. Frente a la situación concreta no hubo pruebas ocultas, ni desconocimiento de los elementos materiales probatorios desde los cuales, incluso, el propio defensor también podía ejercer su derecho de defensa.

Ahora bien, aclarado lo anterior, procederemos a realizar la valoración probatoria en torno al problema central planteado por la defensa, consistente en determinar si ARLEY DE JESÚS CARDONA PANESSO fue utilizado como instrumento, obrando bajo engaño y coacción en la consumación del delito por el que se le acusa, configurándose así una forma de autoría mediata.

El presupuesto fáctico fundamento de la acusación, que bien puede sintetizarse en que el señor CARDONA PANESSO fue sorprendido por un agente de la policía en situación de flagrancia, precisamente cuando descargaba una caneca de gasolina de un vehículo, pues dos más ya habían sido descargadas y estaban a 3 metros de distancia, junto a un inmueble en el que serían dejadas, pero además y como resultado de la inspección, también fue hallada en el baúl del automotor otra caneca, todas con olor a gasolina, pues contenían el mismo líquido, encuentra plena comprobación en las pruebas practicadas en el juicio oral.

Y de igual manera, bien puede decirse que la materialidad del ilícito investigado, así como la intervención real del acusado en su consumación, ha quedado claramente establecida en la actuación y sobre ello no hay controversia, más cuando de las actas de prueba preliminar de campo que detectan la marcación suscrita por el funcionario del Grupo de Operaciones Especiales de Hidrocarburos ÓSCAR JAVIER GARCÉS HEREDIA (quien rindió testimonio en juicio), como del concepto pericial emitido por el experto HÉCTOR JAVIER SOTO LÓPEZ (quien también

fue presentado en juicio), se desprende que la gasolina incautada al procesado no poseía los marcadores que Ecopetrol utiliza sobre sus hidrocarburos cuando estos ingresan al sistema de distribución autorizado, por lo que en consecuencia, dicho producto se encontraba por fuera del rango óptimo de marcación utilizado por la empresa, esto es, menor al 3%, cuando el requerido para ser considerado como lícito oscila entre el 80 y el 120%.

Lo que se discute entonces es, si su participación estuvo cobijada, o no, por esas especiales circunstancias de humildad o temperamento maleable, susceptible de ser engañado, o de una probable coacción insuperable, que alega la defensa, en términos de una posible causal de ausencia de responsabilidad.

Escuchados los registros de audio correspondientes a la audiencia del juicio oral, encuentra la Sala que el fallo impugnado se estructura ciertamente en apego a las pruebas allí debatidas, las que demuestran inequívocamente el compromiso de CARDONA PANESSO frente al punible que se le endilga, pues como acertadamente lo sostuviera el funcionario de instancia, la prueba testimonial recaudada en dicha audiencia, constituida fundamentalmente por el testimonio del mismo procesado, echan por tierra las aspiraciones defensivas en el sentido de ponerlo al margen del comportamiento ilícito, sobre la base de la referida autoría mediata, pues por parte alguna se demostró que detrás del autor, hubiese existido otra persona con actitud dolosa y con el poder suficiente para doblegar su voluntad a través del error invencible o de la insuperable coacción ajena y

utilizarlo en su beneficio como un simple instrumento para la consumación del injusto.

Para arribar a esta conclusión basta centrarnos en el análisis del testimonio rendido por el señor CARDONA PANESSO, en el que da cuenta de todos los pormenores que rodearon su intervención en el punible, desde el momento en que fue contactado por una persona de nombre RAUL a quien no conocía, con el fin de que le prestara sus servicios como mecánico, lo que en efecto ocurrió desvarándole un vehículo en el municipio de Santo Domingo; pero posteriormente, como a los ocho (08) días, y mientras se encontraba en la ciudad de Medellín, recibió una llamada de Raúl, solicitándole que le ayudara con el traslado de un vehículo que se encontraba en el municipio de Santo Domingo (Ant.), acordando como precio por la gestión la suma de \$30.000, a lo que accedió, y en su compañía se trasladó desde esta capital al referido municipio en un bus de servicio público, y al llegar se dirigieron a una casa solitaria ubicada en una vereda donde se encontraba el carro, pero éste no estaba varado, advirtiéndole Raúl que deberían llevárselo al patrón que se encontraba en Amalfi, por lo que hasta ese municipio se desplazaron en la madrugada del día siguiente y estuvieron esperando al señor como 7 horas, hasta que hizo presencia en el lugar a eso de las 7 de la noche.

Agrega el deponente que el señor desconocido le hizo entrega nuevamente del vehículo, por lo que se dirigieron hacia Santo Domingo, aclarando que en el trayecto Raúl le dijo que había que echarle unas canecas de combustible al carro, a lo que él le respondió *“como así que unas canecas de gasolina,*

eso es contrabando”, por lo que nuevamente le preguntó si habría problemas con la policía, recibiendo como respuesta *“no tranquilo, no hay problema hágale*”, y llegado a una curva le dijo que se detuviera y cargaron el carro con las 4 canecas de combustible para continuar la marcha hacia la casa en Santo Domingo, donde dejarían dos (02) en el interior del inmueble y las otras dos (02) en una caleta que tiene el carro y cuando las estaba bajando, se percató de la presencia de la policía y como Raúl estaba detrás de la casa, le dijo *“ hay hermano viene la policía...”*, y éste logró huir, de ahí que sólo a él lo capturaron y no volvió a ver a Raúl.

Como puede verse, por parte alguna de su relato, aparece evidenciado el engaño o la violencia física o moral a la que fuera sometido, según la defensa, por el contratista o por cualquiera otra persona para convertirlo en un mero instrumento de cara a la comisión de la conducta punible investigada. Ciertamente no puede desconocerse que nada anormal se observa en su contacto inicial con el señor Raúl, para que en su condición de mecánico le desvarara un carro en el municipio de Santo Domingo, y tampoco cuando 8 días después, el mismo individuo le propuso que se desplazara a dicho municipio con la finalidad de movilizarle un vehículo por lo que le pagaría \$30.000.00, a lo que en efecto accedió; es posible entonces que hasta ese momento el procesado hubiera obrado de buena fe, es decir, bajo la convicción de que únicamente transportaría un carro desde la localidad de Santo Domingo, en los términos convenidos.

Sin embargo y como igualmente lo argumentara el A quo, la situación se torna bien diferente a partir de las circunstancias en que encuentra el automotor, en una casa ubicada en lugar solitario, en un sector veredal, pero especialmente y contrario a lo que esperaba, no estaba varado. Aún así y sin pedir explicación alguna, continúa con el vehículo al día siguiente hacia el municipio de Amalfi, para entregárselo al “patrón”, cumpliendo sin mayor preocupación las nuevas y extrañas indicaciones de Raúl, lo que le imponía al menos un fuerte reclamo frente a los repentinos y sospechosos cambios; pero lo que resulta más diciente de su actuar con plena conciencia de la ilicitud, es que retornen nuevamente a Santo Domingo de acuerdo a lo convenido con el “patrón”, y en ese trayecto acepte sin ningún obstáculo detener la marcha en un lugar solitario para cargar el vehículo con unas canecas de gasolina, como se lo pidiera Raúl, no obstante tener pleno conocimiento que esa actividad constituía un delito, como así se lo hizo saber a su acompañante cuando le dijo *“como así que unas canecas de gasolina, eso es contrabando”*, pero como aquel le dijo que no se presentarían problemas con la policía, eso fue suficiente para continuar el viaje.

Y cualquier duda sobre el convencimiento que tenía el acriminado sobre la naturaleza delictiva de su comportamiento, queda despejada cuando al llegar a su destino, la vivienda en el sector rural del municipio de Santo Domingo, donde descargarían las canecas y cuando se dedicaba a dicha labor, al enterarse de la presencia de las autoridades de policía, alertó de ello en voz alta a Raúl, quien se encontraba en la parte trasera de la vivienda y por lo tanto éste pudo emprender la huida;

circunstancia que de paso deja sin piso la tesis defensiva respecto a que el señor CARDONA PANESSO actuó presionado a través de la violencia moral que sobre él ejercía el tan mencionado Raúl, pues de haber sido así, su actitud frente a la llegada de los policías jamás hubiera sido esa, la de proteger a su victimario, alertándolo para que se fugara, por el contrario, era esa la oportunidad para hacerlo capturar y denunciarlo por los supuestos atropellos de los que dice estaba siendo víctima.

Al respecto y como bien lo mencionara el policial GERMÁN GUARÍN RIAÑO, quien participó en el operativo de captura e incautación de la gasolina, notó calmado al retenido, no se opuso al procedimiento y firmó el acta de incautación sin oposición alguna; pero nunca manifiesta el declarante que el capturado hubiese mencionado el nombre de Raúl o que se hubiera referido a alguna clase de violencia en su contra, y tampoco observó en su comportamiento alguna circunstancia que permitiera inferir que obraba bajo presiones o amenazas; lo que coincide, como antes se dijera, con el relato del procesado, del jamás se desprende alguna clase de violencia o amenaza que hubiera incidido en su comportamiento ilícito.

Y aunque el recurrente insiste en que el acusado es hombre humilde, con un temperamento maleable, con tendencia a ser engañado, con falta de liderazgo, habrá que decir, que esas condiciones de su personalidad no tuvieron incidencia en el punible que se endilga, pues, se itera, en ningún momento se demostró que fue engañado, y tampoco incidieron en su capacidad para comprender la ilicitud de su conducta, como quedó evidenciado cuando él mismo le hizo saber a Raúl que la adquisición de esas canecas de gasolina era contrabando,

conclusión a la cual fácilmente arribó, habida cuenta que tenía una amplia experiencia en su oficio de conductor de volqueta y de mecánico, pues tanto él como los testigos de la defensa coinciden en afirmar que desde hace aproximadamente 20 años desempeña los oficios de conductor de volqueta y mecánico automotriz.

Si para ciudadanos del común, es fácil concluir, por ser una prohibición pública, que adquirir canecas de gasolina en rutas rurales y despobladas a todas luces es una actividad ilícita, dado que la obtención de este combustible se hace a través de los centros de servicio autorizados para ello, con mayor razón dicha prohibición es de total conocimiento para conductores, como el inculpatado, que rutinariamente tienen contacto con esos combustibles.

Finalmente, y en cuanto a la solicitud subsidiaria hecha por la defensa en el sentido que se elimine la circunstancia de mayor punibilidad por cuanto no fue probada la coautoría, no es posible acceder a su petición, toda vez que el juez de instancia en el proceso de dosificación punitiva sólo se limitó a ubicarse acertadamente en los cuartos medios -Art. 61 inciso 2º- C.P.- por concurrir no solo la circunstancia de menor punibilidad *“carencia de antecedentes penales”* sino la de mayor punibilidad prevista en el num. 10. del artículo 58 C.P. *“Obrar en coparticipación criminal”*, circunstancia ésta plenamente demostrada en este proceso, incluso con el mismo relato del procesado, cundo señala que siempre estuvo acompañado del otro sujeto de nombre RAÚL.

Así las cosas y por haberse llegado al convencimiento, más allá de toda duda razonable –*artículo 381, Código de Procedimiento Penal*-, acerca de la existencia del ilícito investigado, al igual que sobre la responsabilidad frente al mismo por parte del acusado ARLEY DE JESÚS CARDONA PANESSO, es por lo que se confirmará la sentencia objeto de apelación.

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

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA íntegramente la sentencia proferida por el *Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia*, el día 29 de septiembre de 2016, a través de la cual, se condenó al acusado ARLEY DE JESÚS CARDONA PANESSO por el delito de ***Receptación de Hidrocarburos***, de conformidad con las consideraciones insertas en el cuerpo de la presente decisión.

SEGUNDO.- Así mismo, **SE SIGNIFICA** que frente a esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los *cinco (5) días* siguientes a la última notificación, de conformidad con lo

dispuesto en el *artículo 98, Ley 1395 de 2010*. En tanto surta ejecutoria la presente decisión, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala, se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen, a fin que sean destinadas para lo concerniente a la fase ejecutiva de la condena.

Quedan las partes notificadas en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica

PLINIO MENDIETA PACHECO

Firma electrónica

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Nº Interno : 2016-2508-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 051906100100201680043
Acusado : Arley de Jesús Cardona Panesso
Delito : Receptación de Hidrocarburos.

Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
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:
984768b4f795289ee69076a845b31ac6f4af084e57d3dac50472
86392a38e2f2

Documento generado en 23/02/2022 11:57:53
AM

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

Nº Interno : 2016-2508-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 051906100100201680043
Acusado : Arley de Jesús Cardona Panesso
Delito : Receptación de Hidrocarburos.

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

a

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós

Acusados: Anderson Esmith Franco Urrea, Jeferson Alexander Franco Urrea,

Iver Guarín Usme y Brahian Quinchía Marín

Delitos: Hurto agravado y calificado y otros

Radicado: 05.440.60.00340.2018.80155 (N.I. TSA 2021-1807-5)

Mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional declaró la Emergencia Sanitaria en todo el país ante la presencia del COVID-19. La emergencia se ha prorrogado y a la fecha está vigente.

El Ministerio de Salud y Protección Social con la Circular 018 recomendó "disminuir el número de reuniones presenciales o concentración de varias personas en espacios reducidos de trabajo y con baja ventilación para reducir el riesgo de contagio de enfermedades respiratorias y COVID-19 por contacto cercano. Evitar áreas o lugares con aglomeraciones en los que se pueda interactuar con personas enfermas".

El edificio donde funciona la sala de audiencias del Tribunal Superior de Antioquia es un sitio concurrido por el público que reúne las características de riesgo precitadas, siendo necesario adoptar medidas que disminuyan el impacto que pueda generar en relación con la actual emergencia de salud la presencia innecesaria de usuarios en el Palacio de Justicia.

Este Tribunal, en armonía con lo expuesto, decidió evitar la lectura pública de las providencias penales y establecer otros mecanismos para que las partes conozcan su contenido.

En este particular asunto, se fija fecha para la lectura de la decisión que resuelve la segunda instancia para el **VEINTIOCHO (28) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) A LAS OCHO Y TREINTA (08:30) HORAS.**

Se informa a las partes que en la fecha fijada para la lectura de la sentencia en la Secretaría de la Sala Penal se dejará a disposición la providencia para su conocimiento sin necesidad de hacer lectura pública, entendiéndose surtida la notificación en estrados de lo cual se levantará la respectiva acta que firmará el suscrito Magistrado.

Las partes suministrarán una cuenta de correo electrónico por medio de la cual se les remitirá el día y hora indicados en este auto, copia de la providencia a notificar, en el evento en que no puedan ingresar al edificio y la carpeta del proceso se dejará a su disposición de manera virtual para su consulta con fines de interposición del recurso procedente.

No se solicitará en remisión a los detenidos (si los hay) y en su lugar se comisionará al director de la penitenciaría para que haga efectiva la notificación de la providencia y le entregue copia al procesado.

Los recursos de ley serán presentados por escrito dentro de los términos dispuestos para cada caso. Los términos para los recursos se cuentan a partir del día siguiente de la notificación de la providencia ya sea por estrados en la Secretaría de la Sala Penal o sea que se haya recibido la copia de la providencia a través del correo electrónico.

COMÚNIQUESE Y 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:

5c79a8dbd0f82df5c3195d29fe9e5a272b9e4870ddd86d3d6e09d11907ecc2c8

Documento generado en 22/02/2022 09:45:16 AM

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós

Acusado: Carlos Fernando Jiménez Espinal

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y otros

Radicado: 05-642-60-00296-2020-00071

(N.I. TSA 2022-0015-5)

Mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional declaró la Emergencia Sanitaria en todo el país ante la presencia del COVID-19. La emergencia de ha prorrogado y a la fecha está vigente.

El Ministerio de Salud y Protección Social con la Circular 018 recomendó “disminuir el número de reuniones presenciales o concentración de varias personas en espacios reducidos de trabajo y con baja ventilación para reducir el riesgo de contagio de enfermedades respiratorias y COVID-19 por contacto cercano. Evitar áreas o lugares con aglomeraciones en los que se pueda interactuar con personas enfermas”.

El edificio donde funciona la sala de audiencias del Tribunal Superior de Antioquia es un sitio concurrido por el público que reúne las características de riesgo precitadas, siendo necesario adoptar medidas que disminuyan el impacto que pueda generar en relación con la actual emergencia de salud la presencia innecesaria de usuarios en el Palacio de Justicia.

Este Tribunal, en armonía con lo expuesto, decidió evitar la lectura pública de las providencias penales y establecer otros mecanismos para que las partes conozcan su contenido.

En este particular asunto, se fija fecha para la lectura de la decisión que resuelve la segunda instancia para el **VEINTIOCHO (28) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) A LAS NUEVE (09:00) HORAS.**

Se informa a las partes que en la fecha fijada para la lectura de la sentencia en la Secretaría de la Sala Penal se dejará a disposición la providencia para su conocimiento sin necesidad de hacer lectura pública, entendiéndose surtida la notificación en estrados de lo cual se levantará la respectiva acta que firmará el suscrito Magistrado.

Las partes suministrarán una cuenta de correo electrónico por medio de la cual se les remitirá el día y hora indicados en este auto, copia de la providencia a notificar, en el evento en que no puedan ingresar al edificio y la carpeta del proceso se dejará a su disposición de manera virtual para su consulta con fines de interposición del recurso procedente.

No se solicitará en remisión a los detenidos (si los hay) y en su lugar se comisionará al director de la penitenciaría para que haga efectiva la notificación de la providencia y le entregue copia al procesado.

Los recursos de ley serán presentados por escrito dentro de los términos dispuestos para cada caso. Los términos para los recursos se cuentan a partir del día siguiente de la notificación de la providencia ya sea por estrados en la Secretaría de la Sala Penal o sea que se haya recibido la copia de la providencia a través del correo electrónico.

COMÚNIQUESE Y 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:

439f7b664e67708fe47665c054a635a9d30047d6dd748346f605bb2c8321f0a8

Documento generado en 22/02/2022 09:44:52 AM

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós

Acusada: Zulma Julieth Bedoya Castro

Delito: Concierto para delinquir agravado

Radicado: 05 679 61 00000 2019 00001

(N.I.2021-0541-5)

Mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional declaró la Emergencia Sanitaria en todo el país ante la presencia del COVID-19. La emergencia de ha prorrogado y a la fecha está vigente.

El Ministerio de Salud y Protección Social con la Circular 018 recomendó “disminuir el número de reuniones presenciales o concentración de varias personas en espacios reducidos de trabajo y con baja ventilación para reducir el riesgo de contagio de enfermedades respiratorias y COVID-19 por contacto cercano. Evitar áreas o lugares con aglomeraciones en los que se pueda interactuar con personas enfermas”.

El edificio donde funciona la sala de audiencias del Tribunal Superior de Antioquia es un sitio concurrido por el público que reúne las características de riesgo precitadas, siendo necesario adoptar medidas que disminuyan el impacto que pueda generar en relación con la actual emergencia de salud la presencia innecesaria de usuarios en el Palacio de Justicia.

Este Tribunal, en armonía con lo expuesto, decidió evitar la lectura pública de las providencias penales y establecer otros mecanismos para que las partes conozcan su contenido.

En este particular asunto, se fija fecha para la lectura de la decisión que resuelve la segunda instancia para el **VEINTIOCHO (28) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) A LAS NUEVE Y TREINTA (09:30) HORAS.**

Se informa a las partes que en la fecha fijada para la lectura de la sentencia en la Secretaría de la Sala Penal se dejará a disposición la providencia para su conocimiento sin necesidad de hacer lectura pública, entendiéndose surtida la notificación en estrados de lo cual se levantará la respectiva acta que firmará el suscrito Magistrado.

Las partes suministrarán una cuenta de correo electrónico por medio de la cual se les remitirá el día y hora indicados en este auto, copia de la providencia a notificar, en el evento en que no puedan ingresar al edificio y la carpeta del proceso se dejará a su disposición de manera virtual para su consulta con fines de interposición del recurso procedente.

No se solicitará en remisión a los detenidos (si los hay) y en su lugar se comisionará al director de la penitenciaría para que haga efectiva la notificación de la providencia y le entregue copia al procesado.

Los recursos de ley serán presentados por escrito dentro de los términos dispuestos para cada caso. Los términos para los recursos se cuentan a partir del día siguiente de la notificación de la providencia ya sea por estrados en la Secretaría de la Sala Penal o sea que se haya recibido la copia de la providencia a través del correo electrónico.

COMÚNIQUESE Y 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:

4413f4501e5848bdae83ad2caf04b9df7df641e785ccdb7269ce818f1d51eb37

Documento generado en 22/02/2022 09:44:20 AM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 015

Proceso	Incidente de Desacato
Instancia	Consulta Sanción por Desacato
Sancionado	Unidad Administrativa de Atención y Reparación Integral a las Víctimas - UARIV-
Radicado	05 034 31 04 001 2021 00154 00 N.I. TSA: 2022-0189-5
Decisión	Revoca sanción – inexistencia de la orden

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la consulta de sanción que por desacato impusiera el Juzgado Penal del Circuito de Andes Antioquia al representante legal de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV) Ramón Alberto Rodríguez Andrade, por no haber dado cumplimiento a un fallo de tutela.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante sentencia del 10 de noviembre de 2021, el Juzgado Penal del Circuito de Andes Antioquia concedió el amparo constitucional a los derechos fundamentales de petición, dignidad humana, mínimo vital e igualdad a GUSTAVO DE JESÚS ARBOLEDA LÓPEZ. Le ordenó a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas a través de su representante legal que: *“procediera con las gestiones necesarias, tendientes a suministrar y notificar en forma efectiva, una respuesta de fondo a propósito del pago del monto indemnizatorio reconocido al accionante, por concepto de reparación integral”*.

Por solicitud que hiciera la parte actora de dar inicio al incidente de desacato, con auto del 13 de diciembre de 2021 el Juzgado inició formalmente el trámite en contra de Ramón Alberto Rodríguez Andrade por incumplimiento a la orden constitucional.

El 25 de enero de 2022 el Despacho impuso al referido funcionario multa de tres (3) s.m.l.m.v y tres (3) días de arresto como consecuencia del desacato al fallo de tutela.

Sin embargo, la Sala se percató que la UARIV interpuso recurso de impugnación frente a la decisión emitida el 10 de noviembre de 2021 por el Juzgado Penal del Circuito de Andes. Por tanto, mediante fallo del 18 de enero de 2022 esta Sala resolvió revocar en su integridad la orden emitida en primera instancia.

Se adjunta sentencia de tutela de segunda instancia con número interno 2021-1878-5.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El incidente de desacato a un fallo de tutela de que tratan los artículos 52 y ss. del Decreto 2591 de 1991, es una actuación correccional comprendida dentro del género llamado "*Derecho Sancionatorio*" y las sanciones establecidas por la ley para el incumplimiento de los fallos de tutela, denominado desacato, hacen parte de ese derecho.

Este tipo de sanciones se rigen por los mismos principios y categorías básicas del derecho penal, propio de la figura sancionatoria por desobedecimiento a la Ley, al punto que sin temor a dudas es un acto ilícito, que puede concurrir con la conducta punible de fraude a resolución judicial.

Seria del caso decidir de fondo un incidente de desacato como consecuencia de no acatar una orden constitucional, de no ser porque la orden de incumplimiento ya no existe.

Esta Sala mediante fallo del 18 de enero de 2022, resolvió revocar en su integridad la orden emitida en primera instancia el 10 de noviembre de 2021 por el Juzgado Penal del Circuito de Andes Antioquia. Es así que, al ser revocada la tutela de primera instancia no hay orden incumplida.

Por tanto, se revocará el auto del 25 de enero de 2022 mediante el cual el Juzgado Penal del Circuito de Andes sancionó con arresto de tres (3) días y multa de tres (3) s.m.l.m.v, a Ramón Alberto Rodríguez Andrade representante legal de la UARIV por incumplimiento a una orden inexistente.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, prorrogado, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su

aprobación se efectúa de acuerdo con la aceptación del contenido del auto por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia del 25 de enero de 2022, proferida por el **Juzgado Penal del Circuito de Andes Antioquia**, en razón de los argumentos aludidos en la parte motiva.

SEGUNDO: INFORMAR que esta decisión se debatió y aprobó por correo electrónico, siguiendo los acuerdos PCSJA20-11517 y PCSJA-20-11518 de 2020 prorrogados, del Consejo Superior de la Judicatura.

TERCERO: Remítase el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

Consulta sanción por desacato
Incidentista: Gustavo de Jesús Arboleda López
Incidentada: Unidad Administrativa de Atención y Reparación
Integral a las Víctimas - UARIV-
Radicado: 05 034 31 04 001 2021 00154 00
N.I. TSA: 2022-0189-5

Firmado Por:

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

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

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

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: **e19cb75f6dcff91eaf7fd495cb3e2d8f1610c897fdb84a1e72424b8c61bbd7e0**
Documento generado en 21/02/2022 06:36:04 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 050002204000202200059 **NI:** 2022-0145-6
Accionante: DILSON HERNÁNDEZ CORTES
Accionados: JUZGADO CUARTO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA
Decisión: Niega
Aprobado Acta No: 21 **Sala No:** 6

Magistrado Ponente:
Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, febrero veintiuno del año dos mil veintidós

V I S T O S

Procede esta Corporación a resolver la acción de tutela que interpone el señor Dilson Hernández Cortes en procura de su derecho fundamental de petición y debido proceso, que en su sentir le viene siendo vulnerado por parte del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

LA DEMANDA

Manifiesta el señor Dilson Hernández Cortes, que se encuentra capturado desde el 17 de marzo de 2015, condenado a 108 meses de prisión. Demanda que el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia le negó la libertad condicional incoada. El punto de inconformidad radica en que en su sentir cumple con el requisito objetivo, es decir, a la fecha ha descontado las 3/5 partes de la condena impuesta, pues ha descontado 98 meses, más del 70% de la pena. El requisito subjetivo, lo demuestra con su proceso de resocialización por el tiempo que ha estado privado de la libertad, además, que se encuentra en fase de mínima seguridad, lo que denota un buen

comportamiento intramural, con resultados satisfactorios en su resocialización.

Aunado a ello, relata que proporciona a su madre el dinero para su manutención, quien padece grandes problemas de salud, para conseguir el dinero en el penal lava ropa a sus compañeros, se encarga de realizar aseo general, ha colaborado en la panadería, entre otras.

Como documentos anexos al escrito de tutela, adjunta copia de la historia clínica de la señora Luz Dary Cortes Naranjo.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 8 de febrero de la presente anualidad, se dispuso la notificación del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, en el mismo acto, se dispuso la vinculación del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Apartadó (Antioquia).

El **Dr. German Jaramillo Londoño Juez Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, por medio de oficio N° 0320 calendado el día 9 de febrero del año 2022, manifestó que efectivamente vigila la pena impuesta al señor Hernández Cortes por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó en sentencia del 3 de agosto de 2016, condenado por el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

Respecto al tema objeto de inconformidad del demandante, por medio de auto interlocutorio N° 0307 del día 23 de febrero de 2021, negó la libertad condicional al sentenciado Hernández Cortes, dado que los hechos que originaron la condena fueron cometidos en vigencia de la ley 1098 de 2006, no proceden la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria, ni la libertad condicional, tampoco subrogado administrativo alguno, por expresa prohibición del artículo 199, en tanto la víctima en el punible contra la integridad sexual, fue un niño, deberá continuar

purgando la pena de manera intramural, decisión ante la cual no se interpusieron recursos; posteriormente no ha recibido nueva petición de libertad condicional en nombre del actor.

Asiente que el señor Hernández Cortes cumple con el primer requisito, tras descontar las tres quintas partes de la pena, se negó la pretensión de libertad condicional, pues en el caso concreto la víctima de un delito sexual es un niño. Concluyendo que, en cumplimiento de los fines de la pena, debe continuar con su proceso de resocialización en el centro carcelario.

Finalmente, añade que ese despacho judicial ha preservado las garantías constitucionales necesarias para respetar el debido proceso, actuando conforme a su competencia. Además, que no ha vulnerado derecho fundamental alguno al demandante.

Adjunta a la respuesta, copia del auto N° 0307 del día 23 de febrero de 2021, por medio del cual negó el beneficio de la libertad condicional incoada.

El **director jurídico del Establecimiento Penitenciario de Apartadó**, por medio de oficio calendado el día 12 de febrero de 2022, señaló que el sentenciado Hernández Cortes, fue capturado el día 3 de octubre de 2015, condenado a la pena principal de 9 años de prisión, por el delito de acto sexual con menor de 14 años.

Asevera que, ha resuelto las solicitudes de redención de pena en favor del sentenciado Hernández Cortes, aun así y dado la naturaleza del delito cometido, se encuentra expresamente prohibido conceder la libertad condicional.

CONSIDERACIONES

Competencia

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

La solicitud de amparo

En el caso bajo estudio el sentenciado Dilson Hernández Cortes, demanda la vulneración de sus derechos fundamentales por parte del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, tras negarle la libertad condicional cumpliendo con la totalidad de los requisitos, además, insta por dicho beneficio liberatorio dado que su madre se encuentra en estado delicado de salud y es el quien le proporciona el sustento.

Naturaleza de la acción

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

Se trata, sin embargo, de un procedimiento consagrado no con el fin de invadir la competencia de otras jurisdicciones o dejar sin efecto los procedimientos legalmente establecidos para la defensa de los derechos de los asociados, sino como vía de protección de carácter subsidiario y residual. De allí que no sea suficiente que se alegue vulneración o amenaza de un derecho fundamental para que se legitime automáticamente su procedencia, pues no se trata de un

proceso alternativo o sustitutivo de los ordinarios o especiales, cuando, además, se debe descartar la existencia de otros mecanismos de defensa o su eficacia en el caso concreto.

De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Como regla general se tiene establecida la improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, por cuanto las sentencias constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley, por el valor de cosa juzgada de las sentencias a través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos, la garantía del principio de seguridad jurídica y, además, por la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático¹.

En torno a la procedibilidad de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia STP2897-2019, Radicación Nro. 103412 del pasado 07 de marzo del 2019, señaló:

“La doctrina constitucional ha sido clara y reiterativa en señalar que cuando se trata de providencias judiciales el amparo constitucional solamente resulta procedente de manera excepcional, pues, como regla general la inconformidad de las partes con lo resuelto por los funcionarios judiciales ha de ser planteada y debatida en forma oportuna, a través de los medios de impugnación instituidos en los códigos de procedimiento para tal fin.”

“En ese orden, la presente acción constitucional, está sometida a las condiciones de procedibilidad del amparo contra providencias judiciales, a saber:”

“De orden general, en virtud de las cuales es necesario: (i) que la problemática tenga relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los recursos o medios ordinarios o extraordinarios de defensa; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) que el

¹ Sentencia C-590 de 2.005. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

actor identifique debidamente los hechos que generaron la violación y los derechos afectados; y, (v) que la providencia controvertida no sea una sentencia de tutela.”

“De carácter especial, que supeditan la concesión del amparo a que aparezca probada la ocurrencia de alguno de los siguientes vicios o defectos: orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente o violación directa de la Constitución (CC C-590/05 y T-488/14, entre otras.”

Del caso en concreto

En el presente asunto se tiene que por medio de la acción de tutela el señor Dilson Hernández Cortes, cuestiona la determinación del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, al negarle la solicitud de libertad condicional presentada. Igualmente, relata que es el responsable de proporcionar la manutención de su madre la cual tiene graves quebrantos de salud.

En primer lugar, esta Sala, entrará a definir si se cumplen con los requisitos para la procedencia de la acción constitucional en contra de providencias judiciales.

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 para la procedencia de la acción de tutela en contra de providencia judiciales se debe de cumplir con los siguientes requisitos: *“(i) que la problemática tenga relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los recursos o medios ordinarios o extraordinarios de defensa; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) que el actor identifique debidamente los hechos que generaron la violación y los derechos afectados; y, (v) que la providencia controvertida no sea una sentencia de tutela.”*

Una vez se establece la procedencia de los requisitos que anteceden, se pasa a verificar los requisitos específicos de la misma, estos son: (1) defecto

orgánico²; (2) defecto procedimental³; (3) defecto fáctico⁴; (4) defecto material o sustantivo⁵; (5) error inducido⁶; (6) decisión judicial sin motivación⁷; (7) desconocimiento del precedente⁸ y (8) violación directa de la Constitución⁹.

Frente a los requisitos generales, relativo 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.

Conforme a lo anterior, el señor Hernández Cortes, debe solicitar ante el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia la libertad condicional, pues, no es la acción de tutela el medio idóneo para obtener la gracia liberatoria. Además, el despacho judicial demandado, por medio del auto del día 23 de febrero de 2021 negó la libertad condicional, no

² Sentencia T-186/21 “cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, de forma absoluta, de competencia”

³ Sentencia T-186/21 “cuando el juez actuó al margen del procedimiento previsto por la ley para adelantar el proceso judicial”

⁴ Sentencia T-186/21 “surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”

⁵ Sentencia T-186/21 “ocurre en los casos en los que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”

⁶ Sentencia T-186/21 “se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales”

⁷ Sentencia T-186/21 “implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido de que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”

⁸ Sentencia T-186/21 “esta hipótesis se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado”

⁹ Sentencia SU 024 y SU 069 de 2018 “la Constitución es norma de normas y que en todo caso que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad”

obstante, esta negativa no fue objeto de debate por parte del demandante, y que ahora pretende controvertir por medio de este mecanismo constitucional.

En cuanto al requisito de la *inmediatez*, se tiene, el sentenciado cuestiona la negativa del juzgado demandado al negar la libertad condicional, así pues, se constató que por medio de auto del día 23 de febrero de 2021, se le negó el beneficio liberatorio, frente a esta determinación no se interpusieron los recursos de ley; así las cosas, puede considerarse que desde la fecha del auto aludido, hasta la fecha de interponer la presente acción de tutela, ha transcurrido casi un año, lapso que esperó el accionante para pretender activar el mecanismo constitucional, lo cual no denota la urgencia e inminencia requerida, es por eso no se cumple con el presente requisito.

Una vez auscultado el auto interlocutorio N° 0307 calendado el día 23 de febrero de 2021, se puede observar que argumentó la negativa debido a que los hechos que originaron la condena fueron ejecutados en vigencia de la ley 1098 de 2006, por ende no procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria, ni la libertad condicional y tampoco subrogado administrativo alguno, por expresa prohibición del artículo 199, ya que la víctima en el punible contra la integridad sexual es un menor de edad.

Ahora, encuentra la Sala que las razones por las cuales el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, negó la libertad condicional solicitada por el sentenciado Hernández Cortes, las cuales no fueron otras que la expresa prohibición de beneficios y subrogados penales que introdujo la ley 1098 de 2006, que siguen incólume en la vigencia de la ley 1709 de 2014. Que hace referencia a la exclusión de subrogados penales y beneficios administrativos cuando se trate de conductas punibles en contra de niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, no adjuntó el demandante solicitud de libertad condicional elevada ante el despacho judicial encausado que se encuentre pendiente por resolverse, diferente que a la resuelta el día 23 de febrero de 2021. Pues, de

ahí que deba arribarse a la conclusión de que, en materia de acciones constitucionales, aquel que active el mecanismo constitucional, debe demostrar al menos de manera sumaria la vulneración de uno de sus derechos fundamentales, aportando los elementos probatorios que denoten lo acaecido.

Retomando, se colige entonces, que fue precisamente este concepto el que tuvo en cuenta el despacho encargado de la vigilancia de la pena impuesta para considerar que el procesado Hernández Cortes no era merecedor del beneficio de la libertad condicional, toda vez que la víctima en el punible contra la integridad sexual es un menor de edad. Decisión además que no fue objeto de apelación por parte del demandante.

Ahora, encuentra la Sala que el pretender controvertir el acierto o no de la interpretación que sobre tal aspecto hiciera el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, no resulta posible mediante el mecanismo excepcional de la acción de tutela, pues esta acción fue instituida por el constituyente como un mecanismo excepcional, lo que quiere decir que no fue creada como un mecanismo sustituto de los demás procedimientos establecidos para cada actuación, o que esta sea considerada como una tercera instancia a la que se pueda acudir para dejar sin efecto decisiones tomadas en el desarrollo normal de cualquier proceso. Maxime si no se avizora vulneración de derechos fundamentales, toda vez que se reservó el derecho a impugnar la decisión, lo que no sucedió.

Tampoco aprecia la Sala que en los argumentos que expone el actor en su escrito de tutela se configure algún defecto, que haga evidente la vulneración de derechos fundamentales y que en esa medida sea necesaria la intervención del Juez de tutela para conjurar tal situación. Además, si lo pretendido es que se le conceda la libertad condicional por medio de la acción de tutela, es improcedente dicho pedimento por el carácter subsidiario de la misma. Circunstancias por las cuales el amparo incoado contra las providencias judiciales que se están atacando en esta oportunidad, no es procedente, pues

se insiste, el Juez de Tutela no puede soslayar las competencias asignadas a las diferentes autoridades judiciales.

Así las cosas, queda claro que el amparo incoado por el señor Dilson Hernández Cortes, deberá NEGARSE por improcedente.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE, la solicitud de amparo elevada por el señor Dilson Hernández Cortes, en contra del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia; de conformidad con las consideraciones plasmadas en precedencia.

SEGUNDO: Desvincular de la presente acción constitucional al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Apartadó (Antioquia).

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

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Alexis Tobón Naranjo

Secretario.

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación:

fd4528d7b2a48ac3d7900caffda70f9aaefd6772b4b317fe5967fbbd37aa7314

Documento generado en 21/02/2022 05:11:51 PM

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

Proceso NI: 110016000000201901684 NI:2021-1453

Acusado: EDER FRANCISCO BENÍTEZ POLO

Delito: Desaparición forzada

Decisión: Confirma

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Proceso NI: 110016000000201901684

NI:2021-1453

Acusado: EDER FRANCISCO BENÍTEZ POLO

Delito: Desaparición forzada

Decisión: Confirma

Aprobado Acta No 21 de febrero veintiuno de dos mil veintidós

Sala: 6

Magistrado Ponente: Gustavo Adolfo Pinzón Jácome. -

Medellín, febrero veintiuno de dos mil veintidós.

(Hora: 9:00 am)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto, contra la sentencia absolutoria emitida el pasado 31 de agosto del 2021 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

II. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE. –

En la sentencia de primera instancia los hechos jurídicamente relevantes fueron resumidos respecto a los de la acusación, visto que la actuación original que incluía los delitos de concierto para delinquir agravado y desaparición forzada fue objeto de una ruptura de la unidad procesal por la aceptación de cargos en el punible de concierto para delinquir agravado de la siguiente manera:

“Los hechos narrados por la Fiscalía se resumen en que, la presente actuación tuvo su génesis el 26 de julio de 2011 en la finca Monterrey propiedad de Roberto Antonio Vargas Gutiérrez alias GAVILÁN, ubicada en el corregimiento de San José de Mulatos del municipio de Turbo-Antioquia, en donde el hoy procesado EDER FRANCISCO BENÍTEZ

POLO, en compañía de un grupo de hombres con los que conformaba la seguridad privada de VARGAS GUTIERREZ, líder del Frente de Urabá del Clan del Golfo, desaparecieron forzosamente al señor LUIS ENRIQUE DURANGO RIVERA, también escolta del capo, al parecer porque estaba suministrando información a la Fuerza Pública sobre la ubicación de su líder.”

El 2 de julio de 2019, ante el Juez Primero Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Turbo-Antioquia, fueron celebradas las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación por Concierto para delinquir Agravado (Art. 340-2 C.P.) y Desaparición Forzada (Art. 165 C.P.), acto seguido se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario tras petición del ente investigador. El 8 de octubre siguiente, la Fiscalía radicó por escrito del escrito de Acusación en contra del mencionado BENÍTEZ POLO, manteniendo la calificación jurídica de la imputación.

La audiencia de Formulación de Acusación se llevó a cabo el 29 de octubre de 2019, en donde el ente de persecución penal mantuvo el núcleo fáctico y la calificación jurídica de las conductas que desde un inicio le imputó. La audiencia preparatoria se desarrolló el 29 de enero de 2020, en donde previamente las partes manifestaron haber llegado a un preacuerdo parcial, esto en cuanto a la conducta punible de Concierto para delinquir Agravado, resultando condenado por este delito, quedando descontando pena por dicho proceso.

A razón de la ruptura por aceptación parcial, hubo necesidad de darle desarrollo al juicio oral por el punible de Desaparición forzada, el cual tuvo lugar los días 2 y 3 de junio y 5 de noviembre de 2020, continuándose el 27 de abril del cursante año y finalizándose el día 31 de agosto del cursante año, pasándose a las alegaciones de conclusión de las partes e intervinientes y culminando con un anuncio del sentido de fallo de carácter absolutorio.

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 la conducta punible y la valoración de la prueba aportada en el juicio.

Indicó entonces el fallador de primera instancia que si bien es cierto HILABER DURANGO RIVERA, hermano, y ENDERTO DURANGO SARIEGO, padre de la víctima LUIS ENRIQUE ilustraron a la judicatura sobre la pertenencia de su hermano a la organización delincuencia de la que también hacía parte alias el GAVILAN, y que después de hacer parte del E. P.L. y de otros grupos terminó en el denominado clan de Golfo y que estas personas supieron que su consanguíneo fue ajusticiado por la misma organización delincuencia, supuestamente para disciplinarlo, pues julio alias Culo de Toro (hermano de Gavilán) les contó que LUIS ENRIQUE había sido desaparecido, agregándole que, desde que se había perdido CARABALLO (Luis Enrique) cesaron los operativos, ya no se veían los helicópteros, que mejor no siguiera preguntando por su hijo que el viejo había dado la orden de asesinarlo, le hizo entrega de un millón de pesos y que luego le informaría qué había pasado con su hijo, lo cual nunca sucedió, y que esto se debió a que su pariente informaba a las autoridades sobre la ubicación de GAVILÁN, según les informó el mismo acusado, estos testigos no presenciaron esos hechos ni tampoco suministrar mayor información sobre las circunstancias de tiempo modo y lugar en la que se presentaron los hechos en los que su consanguíneo supuestamente perdió la vida.

De otra parte se indicó aunque es cierto que el procesado aceptó su responsabilidad en el delito de concierto para delinquir, y por lo mismo no hay duda de su militancia en el grupo al margen de la ley en el que se dispuso desaparecer a LUIS ENRIQUE DURANGO RIVERA

siendo el derecho penal de acto y no de autor, que la responsabilidad penal es individual, además la exigencia normativa de respetar el principio de presunción de inocencia, el in dubio pro reo, y que la prueba no solo tiene como fin la de llevar al conocimiento del juez sobre los hechos y circunstancias, sino también la de responsabilidad penal del investigado frente a esos hechos, encontró que no había otro camino distinta que el proceder con la absolución del acusado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO Y SUSTENTADO. –

Dentro del término de ley, tanto la representación de la Fiscalía General de la Nación como el Ministerio Público interpusieron recurso de apelación .

Al sustentar el recurso de apelación la representación del Ente instructor señala que el fallo de primera instancia debe ser revocada pues se omitió valorar en debida forma el dicho del testigo HILDER DURANGO, quien sin dubitación alguna señaló que de la propia boca de alias YOK que es el acusado , tuvo conocimiento de los hechos en los que su hermano fue eliminado, , aspecto este que no fue tenido en cuenta por el fallador de primera instancia y que permite demostrar sin lugar a dudas que si él sabía que ocurrió con LUIS EDUARDO y lo supo porque militaba en el grupo al margen de la ley donde se dispuso darle de bajo pues era parte del anillo de seguridad del jefe de dicho grupo, claro aparece su participación como coautor en tales hechos.

Por su parte el representante del Ministerio Público igualmente solicita la revocatoria de la sentencia absolutoria señalando que si hay prueba que permite demostrar la responsabilidad del acusado indicando lo siguiente:

La judicatura tiene la razón cuando indica que los declarantes HILABER DURANGO RIVERA y ENDERTO DURANGO SARRIEGO, no establezcan que el acusado EDER FRANCISCO, hubiera

estado presente en el lugar de los hechos, tampoco que hubiese participado en la privación de la libertad de LUIS ENRIQUE, o que le hubiere ejercido alguna función en la presunta muerte violenta y ocultamiento del cadáver, sin embargo no analizó que de las declaraciones rendidas por HILABER DURANGO RIVERA y EDERTO DURANGO SARIEGO, se obtiene el indicio de la oportunidad para delinquir el cual se construye con los siguientes hechos probados:

HILABER era amigo de EDER FRANCISCO, al punto que, dentro de sus canciones, lo mencionaba con su alias YOKI, con lo cual se infiere que existe cercanía con el acusado para conocer su ubicación dentro de la organización, esto es como escolta de alias Gavilán. Es el testigo quien asegura que desde el año 2008 comenzó a conocer alias Gavilán y tal como lo reseña la decisión, llegó a negociar delante suyo la compra de cocaína, armamento, fincas y todo lo relacionado con la empresa criminal. De esta manera el testigo, era una persona allegada al círculo de seguridad del referido líder. También reconoció al acusado porque vivían en la misma vereda, conocía a sus padres, departieron en pretéritas ocasiones. Es un hecho probado que el acusado fungía como escolta o anillo de seguridad, de quien dio la orden de desaparecer a LUIS ENRIQUE DURANGO RIVERA.

EDERTO padre del desaparecido, corrobora que EDER FRANCISCO, para la época de desaparición de LUIS ENRIQUE, seguía en el grupo de seguridad de alias Gavilán, junto con los alias de JOHNY SUÁREZ, PITUFITO, EL NICHE, EL GALLETA. Esta versión no se contradice con el hecho que afirmara recordar al acusado como vueltero, mensajero o correo humano que ellos tenían”, ya que esta actividad no se contrapone con la de ser integrante del grupo de seguridad.

Otro hecho probado es que directamente el acusado le mencionó al testigo HILABER sobre la suerte de su hermano LUIS ENRIQUE, es la persona que le da más detalles (para diferenciarlo de la versión entregada por alias culo de toro a su padre) por ejemplo citó que

estaban en San José de Tulipa, cerca al Filo de Restrepo. - Es un hecho probado que el acusado conoció directamente de la suerte del desaparecido LUIS ENRIQUE.

El testigo de corroboración JAIRO EDILBERTO CAMPOS CÁRDENAS, a una de las preguntas de la defensa sobre cuál es la función del anillo de seguridad para los miembros de estas organizaciones, respondió que como su nombre lo indica es el de proteger, salvaguardar la vida e integridad del cabecilla, y de acatar las órdenes que pueda dar el cabecilla.

El despacho al expresar las razones del sentido del fallo, analizó las declaraciones de ANSELMO NARVÁEZ RIVERO y WILSON ENRIQUE CAUSILLUNA, de las cuales se infiere que trataron de ocultar la presencia del grupo ilegal, las cuales consideró que eran contrarias a la verdad. Con lo cual se tiene por demostrado que el grupo Clan del Golfo ejerce control sobre el corregimiento San José de Mulatos, reafirmandose la materialidad de los hechos, ya que se descarta que otro grupo ejerciera injerencia en el lugar.

La última vez que el testigo HILABER vio a su hermano LUIS ENRIQUE, fue a inicios del mes de julio de 2011, en el pueblo, luego de un operativo que hicieron las autoridades contra de alias "Gavilán", le dijo mi hermano nosotros nos vamos a ir, el viejo Gavilán otra vez me va a meter a la seguridad entonces no sé cuándo nos volvamos a ver. Lo cual demuestra que la víctima estaría cerca del anillo de seguridad o escoltas del referido líder.

De los hechos probados de la pertenencia del señor EDER FRANCISCO BENÍTEZ POLO, al anillo de seguridad de alias Gavilán, por ser la persona que más detalles entregó a su conocido HILABER sobre la suerte de LUIS ENRIQUE, la última información que la víctima le dio a su hermano era que haría parte nuevamente de la seguridad del líder del grupo, aunado a la función que cumple dentro de estas organizaciones el anillo de seguridad, se construye el indicio de la oportunidad para delinquir.

No se analizó la declaración del acusado frente a las reglas de la jurisprudencia sobre la posibilidad de establecer indicios cuando falta a la verdad, haremos referencia al indicio de mentira o mala justificación. Hizo referencia a la sentencia de la Sala de Casación Penal

973SP de 2019, en cuanto la posibilidad que tiene el acusado de mentir o faltar a la verdad cuando se trata de no autoincriminación, pero en aquello que no lo sea, su declaración debe valorarse con los criterios señalados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, como lo enseña la providencia que si el acusado no quiso responder a parte del interrogatorio o no admitió su autoría o participación en el hecho, este comportamiento no puede ser capitalizado para predicar su responsabilidad en los hechos, pero frente a los demás aspectos que comprende su testimonio está compelido a no apartarse de la verdad, sin perder su naturaleza de medio de defensa, toda vez que si otro fuera el entendimiento carecería de fundamento probatorio, no sería tenido en cuenta como medio probatorio.

Resaltó igualmente que de la declaración que en su propio juicio rindiera el ciudadano EDER FRANCISCO BENÍTEZ POLO, se pueden construir hechos indicadores del indicio de la mala justificación. En declaración rendida en la sesión del 27 de abril de 2021, negó su participación en la desaparición del ciudadano LUIS ENRIQUE DURANGO RIVERA, frente a lo cual ninguna consecuencia se puede predicar. Sin embargo, faltó a la verdad respecto de los siguientes hechos:

Que perteneció a la organización solamente en el período comprendido entre los años 2008 y 2009, cuando frisaba los 19 a 20 años, Hecho que no guarda relación con su fecha de nacimiento 19 de octubre de 1985, ya que edad la cumplió entre los años 2004 y 2005. Contradice el preacuerdo celebrado con la Fiscalía según el cual aceptó su militancia dentro de la organización entre los años 2008 a 2013. Que no portaba armas de fuego, que dentro de la organización solamente hacía mandados, que no tenía conocimiento de los problemas de la familia DURANGO RIVERA con la organización, lo que aparece desmentido por los testigos HILABER y ENDERTO, quienes aseguran haberlo visto portando armas, hacía parte de los escoltas de alias Gavilán y que el primero aseguró que le entregó información sobre la suerte de su hermano.

El indicio de la oportunidad para delinquir, derivado de la pertenencia del acusado al anillo de seguridad de alias Gavilán quien dio la orden de hacer desaparecer al ciudadano LUIS

ENRIQUE DURANGO RIVERA, dentro de sus funciones era la de cumplir dichas órdenes, mucho más cuando se emanaba de la propia seguridad del líder, quien consideraba a la víctima como un “sapo”, que avisaba a la autoridad legítimamente constituida el lugar donde se encontraba para ser capturado. Un segundo indicio de la mala justificación o mentiras, denota que el acusado quiere desconocer su línea de tiempo dentro de la organización y negar las manifestaciones realizadas en su contra por los testigos HILABER y ENDERTO. Este indicio lo consideramos grave porque entre los hechos indicadores existe un nexo de probabilidad, ya que no se abriga otra idea de mentir que no sea quien tiene interés en ocultar su responsabilidad. Igualmente, los indicios de oportunidad para delinquir y mala justificación, son concurrentes porque son fragmentos de un solo hecho histórico y convergentes porque apuntan a la hipótesis fáctica que el acusado EDER FRANCISCO BENÍTEZ POLO, tuvo participación en la desaparición del señor LUIS ENRIQUE DURANGO RIVERA.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA. –

Visto los planteamientos de los recurrentes deberá verificarse si la valoración de la prueba hecha por la Juez de primera instancia resultó acertada y en especial si en efecto resulta posible arribar a las conclusiones esbozadas en el fallo de primera instancia.

Lo primero que debe advertirse es que el acervo probatorio aportado al juicio, se centra en el dicho de los señores HILABER DURANGO RIVERA, y ENDERTO DURANGO SARRIEGO, hermano y padre de la víctima LUIS ENRIQUE, quienes ilustran a la judicatura como supieron que por órdenes de ROBERTO ANTONIO VARGAS GUTIÉRREZ alias GAVILÁN, Jefe de una facción del Clan del Golfo en la zona de Urabá concretamente en el corregimiento MULATOS del municipio de Turbo y de la que el hoy acusado que hacía parte de su anillo

de seguridad, se dispuso desaparecer a su consanguíneo, LUIS ENRIQUE, quien también militaba en dicha organización criminal, pues al parecer él estaba dando información a las autoridades sobre el grupo al margen de la ley. Precisando que tal información la conocieron por boca de Efrén Vargas Gutiérrez alias CULO DE TORO, hermano de GAVILÁN y por el mismo procesado, quien fue él que les comentó que su hermano había sido dado de baja por orden de su jefe al suministrar información a las autoridades, pero se negó a indicarles donde se encontraba el cuerpo sin vida de este.

Estas personas visto lo que informan en el juicio, dan a conocer eventos que percibieron directamente por sus sentidos, como lo es la militancia de su hermano en el grupo ilegal que en esa región era liderada por ROBERTO ANTONIO VARGAS GUTIÉRREZ alias GAVILÁN, lo que dicho grupo venía haciendo desde hacía muchos años, y como un integrante del grupo de seguridad de dicha persona lo era el aquí acusado EDER FRANCISCO BENÍTEZ POLO alias "YOKI".

Igualmente, estos testigos informan que por boca de Efrén Vargas Gutiérrez alias "CULO DE TORO" hermano de GAVILÁN, y del mismo acusado a quien identifican como YOKI, supieron que hermano desapareció, pues como él estaba dando información a las autoridades y aunque les dijeron que por eso lo habían matado, no han podido encontrar su cuerpo sin vida, y quienes le reportaron lo ocurrido se niegan a informar donde esta el mismo .

En ese orden si bien es cierto estos testigos aportan información que conocen directamente como la militancia del procesado en un grupo al margen de la ley, que lugar ocupaba en el mismo, la que suministran sobre la desaparición de su consanguíneo no es directa, sino que simplemente rememoran lo que oyeron decir a EFREN VARGAS GUTIERREZ, persona esta que no comparece al juicio, o lo que el mismo BENITEZ POLO le dijo concretamente a HIDER sobre porque razón su jefe dio la orden de matar a su hermano, el cual si bien es cierto renuncia a su derecho a guardar silencio y declara en el juicio niega cualquier participación en la desaparición de DURANGO RIVERA.

Ahora bien, como no es posible en nuestro sistema procesal penal fundamentar una sentencia solamente en prueba de referencia, indispensable es verificar si hay otros elementos de prueba que corroboren lo que los consanguíneos de LUIS ENRIQUE DURANGO RIVERA, conocieron por boca de otra persona, no solo sobre la causa de la muerte de su hermano, sino especialmente sobre la participación del aquí acusado en tales hechos.

Al revisar el acervo probatorio que se debatió en el juicio encontramos que declaró en el juicio el servidor de policial judicial Jairo Edilberto Campo Cárdenas, el cual si bien es cierto como lo afirma el señor Procurador al apelar manifestó que el procesado hacia parte del anillo de seguridad de ALIAS GAVILAN, él no es un testigo directo, pues el no presenció los hechos que son materia de juzgamiento ni mucho menos la conformación y forma de operar del grupo liderado por ALIAS GAVILAN, el simplemente como investigador, conoce con posterioridad a lo ocurrido de algunos elementos materiales de prueba que recolecta, y en tal condición es que arriba a declarar al juicio a narra lo que oyó, lo que investigó lo que recepcionó.

Igualmente comparecen a declarar los señores ANSELMO NARVÁEZ RIVERO y WILSON ENRIQUE CAUSIL, y aunque ellos pretenden alejar al procesado de la militancia en el grupo al margen de la ley nada indican sobre los hechos que aquí se están juzgando esto es la desaparición de LUIS ENRIQUE DURANGO RIVERA.

Ahora bien, el señor Procurador considera que si bien es cierto no hay otras pruebas directas que señalen al procesado como autor de los hechos investigados y en especial de la información que aportaron tanto el padre como el hermano del desaparecido LUIS ENRIQUE DURANGO, si existen indicios graves y necesario que corroboren lo que estos testigos oyeron y en especial de la participación del acusado, señalando en primer lugar, partiendo del mismo dicho de HILEBAR y ENDERTO, que es un hecho cierto que el procesado

hacia parte del anillo de seguridad de ALIAS GAVIAL, que militaba en dicho grupo de tiempo atrás, y que además suministró a ENDERTO pormenorizados detalles de que ocurrió con su hermano LUIS ENRIQUE, por lo mismo posible es deducir que si el sabía tanto del hecho y estabas junto a quien dirigía el grupo delincuenciales indudable resulta su participación. De otra parte, partiendo de lo que el mismo procesado señaló en el juicio, considera que esta mente al negar su participación en el grupo ilegal, mente en el rol que ocupaba dentro del mismo, pues evidente es que el si aceptó responsabilidad penal por el delito de concierto para delinquir por lo mismo si mente al negar que participó en la desaparición de LUIS ENRIQUE.

Debemos entonces de ocuparnos si en verdad tales indicios existen lo primero que debemos tener en cuenta es que sobre los indicios la Corte Suprema de Justicia precisa :

“Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados de graves, cuando entre el hecho indicador y la indicada media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y de leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece.

De conformidad con la previsión legal sobre la prueba indiciaria, al efecto establecida por los artículos 284 y siguientes de la Ley 600 de 2000 (la cual gobernó la presente actuación —Decreto 2700 de 1991, artículos 300 a 303—), el hecho indicador del cual se infiere la existencia de otro acaecimiento fáctico, debe estar debidamente acreditado por los medios directos de prueba (testimonio, peritación, inspección, documento, confesión); ha de ser indivisible, pues los elementos que lo integran no pueden a su vez tomarse como hechos indicadores de otros acaecimientos fácticos; independiente, ya que a partir de un hecho indicador no pueden estructurarse varios hechos indicados.

Cabe resaltar que en materia de prueba indiciaria, además de la acreditación del hecho indicante, de la debida inferencia racional fundada en las reglas de la sana crítica y del establecimiento del hecho desconocido indicado, cuando son varias las construcciones de ese orden, es de singular importancia verificar en el proceso de valoración conjunta su articulación, de forma tal que los hechos indicadores sean concordantes, esto es, que ensamblen entre sí como piezas integrantes de un todo, pues siendo éstos fragmentos o circunstancias accesorias de un único suceso histórico, deben permitir su reconstrucción como hecho natural, lógico y coherente, y las deducciones o inferencias realizadas con cada uno de aquellos han de ser a su vez convergentes, es decir, concurrir hacia una misma conclusión y no hacia varias hipótesis de solución.”

En ese orden de ideas, si bien es cierto de hechos probados en el juicio es posible construir inferencias, y tales inferencias son medios de prueba admisibles en nuestro medio, también lo es que el presente caso la mayor parte de los indicios que menciona el señor Procurador Judicial se pueden construir, simplemente se construyen replicando lo que los testigos HILABER DURANGO RIVERA, y ENDERTO DURANGO, declararon, ya sea porque lo percibieron directamente esto es que existían un grupo ilegal, que su hermano hacía parte de él, que el procesado también lo hacía desde varios años atrás, que estaba a cargo de la seguridad del cabecilla de dicho grupo en el municipio de TURBO, o lo que ellos oyeron decir a otros el citado como “culo de Toro”, y supuestamente le mismo procesado, que la causa de la desaparición de su hermano se debió a que el estaba pasando información del grupo al margen de la ley a las autoridades, y por eso alias GAVILAN decidió eliminarlo, con lo evidente es que mas que indicios, lo que hay es una argumentación tautológica en el que pretendo corroborar un testimonio con inferencias que construyó sobre el mismo testimonio.

Ahora bien, que el procesado comparezca ahora en el juicio, diga que el no participó en la desaparición, e igualmente como se aprecia al repasar lo que declara en el juicio después de que renuncia a su derecho a guardar silencio, y pretenda aparecer ya no como un integrante del esquema de seguridad de Roberto Antonio Vargas Gutiérrez alias GAVILÁN,

diga que no portaba armas, tampoco permite construir un indicio grave en contra del procesado que demuestre su autoría en el delito de desaparición forzada pues aunque es cierto él sí admitió responsabilidad penal por el delito de concierto para delinquir y con eso quedó debidamente acreditado que si hizo parte del grupo delincuencial dirigido por ALIAS GAVIAL, también lo es que por el solo hecho de pertenecer a tal grupo el deba responder por una desaparición que se ordenara al interior del mismo, como parece fue lo que ocurrió con LUIS ENRIQUE DURANGO, pues no era el aquí acusado dirigente de dicho grupo, sino un simple integrante del esquema de seguridad como lo reporta los testigos padre y hermano del fallecido LUIS ENRIQUE, que lo conocían de tiempo atrás y lo reiteran una y otra vez Fiscal y Procurador en sus pedidos de condena y apelación, y lo que finalmente conocieron los ya tantas veces prenombrados padre y hermano del desaparecido es que quien dio la orden de terminar con el fue el jefe del grupo, no el aquí procesado, y ellos no narran nada de como fue que se produjo tal desaparición, que personas intervinieron, como lo hicieron, como para deducir de esto la supuesta participación del acusado en tales hechos así sea por vía de una prueba de referencia, visto que en tal punto ellos narran lo que les comentaron, no lo que ellos vieron, y se itera se limitan a indicar porque dieron la orden de matar a su hermano y que no es permiten recuperar su cuerpo, sin que ellos mencionen como lo reseñó el Juez de Primera Instancia, como fue que el acusado participó en tal hecho.

De otra parte, que el reporte pormenores de la muerte de LUIS ENRIQUE a sus consanguíneos tampoco implica que en efecto él sea autor del mismo pues se reitera él no es un jefe de dicho grupo para que responda bajo las formas de autoría en las organizaciones armadas de poder, sino un simple escolta del jefe de dicho grupo, como al parecer también lo era el hoy desaparecido DURANGO RIVERA, y precisamente esto permite explicar porque él sabe tanto de lo que pasó con esta persona.

Ya en cuanto a lo que resalta el señor Procurador que el dicho del procesado aparezca aparentemente contrario a la verdad pues ahora pretende minimizar su participación en el grupo al margen de la ley, y esto pueda resultar contrario a la aceptación de cargos que

hizo por el delito de concierto para delinquir, no implica necesariamente como también lo concluye, que por pretender mentir en dicho aspecto, también mienta cuando niega cualquier participación en la desaparición de LUIS ENRIQUE DURANGO RIVERA, pues aunque es cierto procesado que el procesado que decide declare en juicio tiene el deber de decir la verdad conforme los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional, también lo es que no está obligado a declarar en su contra, y la supuesta mendacidad en su dicho al juicio por sí sola no es suficiente para en efecto demostrar que él participó en la desaparición que se está juzgando.

Al no militar entonces en el acervo probatorio expuesto en el juicio prueba corrobore lo que los señores HILABER DURANGO RIVERA y ENDERTO DURANGO SARIEGO, oyeron sobre la desaparición de su hermano y padre, y en especial no existas prueba que indique de que manera fue que el aquí acusado participó en dicha desaparición, diversa a la que demuestra que él hacía parte del esquema de seguridad de Alias el Gavilán, quien dio supuestamente la orden de eliminar a LUIS CARLOS por estar informado a las autoridades del obrar del grupo ilegal, imposible resulta considerar como lo plantean los recurrentes que en efecto se logró derruir la presunción de inocencia que ampara a toda persona que es llevada a un juicio por lo tanto se itera no debemos pasar por alto que la presunción de inocencia como baluarte de un proceso democrático exige que la misma sea efectivamente desvirtuada y si esto no ocurre el único camino posible es el de la absolución. Al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto:

“La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de toda duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio de la in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.”

En consecuencia, como la presunción de inocencia que rodea al procesado no aparece desvirtuada con los elementos probatorios aportados por la Fiscalía General de la Nación, la providencia materia de impugnación debe ser confirmada no por las razones expuestas en el fallo de primera instancia sino por las que ahora se están exponiendo.

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 absolutoria materia de impugnación 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

ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

Proceso NI: 110016000000201901684 NI:2021-1453

Acusado: EDER FRANCISCO BENÍTEZ POLO

Delito: Desaparición forzada

Decisión: Confirma

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación:

e61771aec0062e06497b7bc84de642482751ed09522450d3a59cbd36d549c397

Documento generado en 21/02/2022 05:11:39 PM

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

Proceso No: 05 190 60 00329 2020 00032 NI: 2022-0199

Acusado: Marji Estela Echeverri Jiménez

Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros

Delito: Abuso de función pública

Motivo: Impedimento

Decisión: Procedente

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 05 190 60 00329 2020 00032

NI: 2022-0199

Acusado: Marji Estela Echeverri Jiménez

Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros

Delito: Abuso de función pública

Motivo: Impedimento

Decisión: Declara fundado

Aprobado por medios virtuales mediante acta No.22 del 22 de febrero del 2022

Sala No: 06

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

Medellín, febrero veintidós del dos mil veintidós.

1. Objeto del pronunciamiento

Resolver el impedimento expresado por el Juez Promiscuo del Circuito de Cisneros que fue negado por el Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó.

2. Actuación procesal relevante

Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros se radicó escrito de acusación en contra de Marji Estela Echeverri Jiménez proveniente de la Fiscalía 052 Unidad Delitos Contra la Administración Pública de Antioquia.

El titular de dicho juzgado argumenta en auto del pasado 14 de febrero del año en curso

que desde *“el mes de octubre del año 2016 sostiene una relación depareja con la señorita Tatiana González Gómez, la cual es sobrina del fiscal del caso, Dr. Juan Mauricio Gómez Zuluaga, siendo pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad,”* que si bien es cierto la actuación se asumió desde el pasado 22 de septiembre del 2021, se encuentra ahora inmerso en una causal de impedimento sobreviniente concretamente la prevista en numeral 3 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, que señala , *“Que el funcionario judicial, o su cónyuge o compañero o compañera permanente, sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del apoderado o defensor de alguna de las partes.* Pues según lo expone textualmente *“entre el suscrito y mi pareja, hemos decidido afianzar la relación sostenida y tomar la decisión de formar una familia por vínculos naturales. Esto es, hemos decidido conformar un proyecto de vida común con ánimo de permanencia y por tal motivo, desde el 1 de febrero del año 2022, hemos decidido convivir juntos, por lo que, a mi criterio, se ha constituido una unión marital del hecho.”*, concluyendo entonces que, *“como quiera que el señor fiscal es el delegado de la parte que ejerce la acción penal en el presente caso, al ser mi pareja pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad del mismo, externamente se podría ver afectada la imparcialidad, atributo esencial del Juez.”* En consecuencia, dispuso remitir la actuación al Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó, para que se pronunciara sobre el impedimento propuesto.

El titular del Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó, en interlocutorio del pasado 17 de febrero señaló después de referirse que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional los impedimentos son taxativos no pueden invocarse de forma caprichosa por el jugador y los motivos que se exponen debe demostrar fundadamente la afectación de la imparcialidad indica que en relación al impedimento propuesto, el mismo no se configura pues de lo expuesto por su homólogo de Cisneros no se explicita que en efecto

exista una situación de amistad íntima con las partes y tampoco como relación de pareja con la sobrina del Fiscal de la causa, afecta la imparcialidad en el proceso.

Dispuso entonces la remisión a la Sala Penal del Tribunal de Antioquia para que el asunto se resuelva de fondo, actuación que fue repartida a esta Corporación el pasado 18 de febrero y del año inmediatamente anterior.

3. Para resolver se considera

Procederá la Sala a ocuparse de si en efecto el impedimento propuesto por el Juez Penal del Promiscuo del Circuito de Cisneros esta llamada a prosperar.

Lo primero que debe resaltarse es que las causales de impedimento son taxativas y solo es posible expresar como motivo válido para rehusar el conocimiento de una actuación, los contemplados en el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisa lo siguiente:

“En materia de impedimentos y recusaciones rige el principio de taxatividad, esto quiere decir, que ... sólo constituye motivo de excusa o de recusación, aquel que de manera expresa esté señalado en la ley; por tanto, a los jueces les está vedado apartarse por su propia voluntad de sus funciones jurisdiccionales, mientras que a los sujetos procesales no les está permitido escoger el juzgador a su arbitrio, de modo que las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un determinado asunto a un funcionario, no pueden deducirse por similitud, ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto se trata de reglas de garantía en punto de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez¹

La causal que invoca el señor Juez Promiscuo del Circuito de Cisneros es la siguiente : “Que

¹ CSJ AP7325 - 2017

el funcionario judicial, o su cónyuge o compañero o compañera permanente, sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del apoderado o defensor de alguna de las partes”.

El señor Juez Promiscuo del Circuito de Cisneros señala estar inmerso en la referida causal pues su compañera permanente es la sobrina del fiscal de la presente causa, de dicha manifestación aparece que el tío de su compañera permanente conforme a las reglas que regulan el parentesco en el Código Civil en los artículos 35, 36 y 37 del Código Civil, se encuentra en el tercer grado de consanguinidad con el representante de la Fiscalía General de la Nación, teniendo en cuenta tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional la forma como se establecen los grados en el parentesco al indicar: *“En el ordenamiento jurídico colombiano, el parentesco está regulado en el Código Civil colombiano y en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Específicamente, el artículo 35 del Código Civil define parentesco de consanguinidad a aquella “relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de sangre” De esta manera, en este tipo de parentesco existen líneas y grados de consanguinidad. Las líneas pueden ser ascendientes, descendientes, colaterales, paternas o maternas. Por su parte, los grados se determinan por el número de generaciones que existen entre la raíz común y los demás miembros de la familia.”*

En ese orden de ideas si la compañera permanente del juez esta en una relación de parentesco dentro de los grados que contempla el numeral 3 del artículo 56 de la Ley 906 del 2004, evidente es que se configura el impedimento planteado. Ahora bien, el señor Juez reconoce que solo desde el pasado 1 de febrero del año en curso es que hace vida marital con la señora señorita Tatiana González Gómez, pero acota que desde el año 2016 es pareja de la referida dama, pero en su sentir y para esto trae a colación una decisión de la Corte

Suprema de Justicia, la unión marital, que es la que da condición de compañeros permanentes requiere de *“(i) la voluntad de dos personas de diferente o del mismo sexo de conformarla, (ii) singularidad y, (iii) el ánimo de permanencia, en ese sentido”*, acotando que la permanecía por mas de dos años simplemente tiene efectos para el surgimiento de la sociedad patrimonial, mas no para la calidad de compañero permanente.

La decisión de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que fundamenta su posición es la SC2503-2021del 23 de junio de 2021 y con ponencia del Doctor Octavio Augusto Tejeiro Duque en efecto en uno de sus apartes señala :

“ A tono con el artículo primero de la Ley 54 de 1990 «se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que, sin estar casados, hacen comunidad de vida permanente y singular y quienes hacen parte de la misma se denominan compañero y compañera permanente. Esta figura, representativa de la familia como producto de vínculos naturales, conllevatambién efectos económicos, pues de su permanencia por más de dos años se “presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes», siempre que se satisfagan las demás exigencias legales.

De las anteriores definiciones, emergen como requisitos para la conformación dela unión marital de hecho (i) la voluntad de dos personas de diferente o del mismo sexo de conformarla, (ii) singularidad y, (iii) el ánimo de permanencia, en ese sentido, en SC 12 dic. 2012, exp. 2003-0126 1-01”

De lo expuesto por dicha providencia surge entonces que uno son los requisitos para que exista una unión marital de hecho, esto es *(i) la voluntad de dos personas de diferente o del mismo sexo de conformarla, (ii) singularidad y, (iii) el ánimo de permanencia*, y otro adicional para que dicha unión marital tenga efectos patrimoniales, esto es que permanezca por mas de dos años .

Observa la Sala que igualmente la Corte Constitucional en sentencia C 257 del 2015

igualmente se ocupa del tema y precisa :

“La sociedad patrimonial irradia sus efectos solamente en el plano económico y deriva, en primer lugar, de la existencia de una unión marital de hecho y, en segundo término, de que, como consecuencia del trabajo, ayuda y socorros mutuos de los compañeros permanentes, se haya consolidado un “patrimonio o capital” común.

Y mas adelante agrega :

“... La jurisprudencia ha reconocido distinciones conceptuales: “El matrimonio no es pues la mera comunidad de vida que surge del pacto conyugal; ésta es el desarrollo vital del matrimonio, pero no es lo esencial en él. La esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges”. De otro lado, la dinámica del compromiso en la unión de hecho es distinta, la construcción de una vida en común por parte de los compañeros resulta la fuente que justifica la decisión de conformarla. El consentimiento no pretende avalar un vínculo formal, sino constituir una comunidad de vida, por encima incluso del reconocimiento legal. Si bien los cónyuges y los compañeros permanentes buscan en esencia los mismos propósitos, no es menos cierto que cada pareja lo busca por caminos distintos, ambos protegidos por la Constitución bajo la idea de que uno de esos objetivos es comúnmente la conformación de una familia. De hecho, la libre autodeterminación de los miembros de la pareja es la que define si prefieren no celebrar el matrimonio y excluir de su relación del régimen jurídico propio de ese contrato.

Y finalmente al referirse a las consecuencias patrimoniales de la unión marital y la del matrimonio señala:

“...El matrimonio y la unión de hecho comparten la característica esencial de ser instituciones creadoras de la institución familiar. Como tales es claro que las dos figuras merecen una misma protección constitucional. Sin embargo, ese idéntico trato no puede aplicarse enteramente a los asuntos relacionados con los derechos patrimoniales que se derivan de las sociedades conyugal y patrimonial. Tanto las condiciones en que surgen las dos sociedades como las pruebas por aportar acerca de su existencia son diferentes y ello puede generar consecuencias distintas en este campo, siempre y cuando, como se ha expresado reiteradamente por esta Corporación, las diferencias sean razonables, es decir, se puedan sustentar con una razón objetiva.

Bajo este entendido esta Sala tal y como lo plantea el funcionario judicial que se declara impedido, la calida de compañero permanente surge, es indiscutiblemente por la voluntad de una pareja de hacer vida en común, de manera singular y con animo de permanencia, y que la exigencia de que dicha unión perdiere por mas de dos años tiene efectos patrimoniales con el surgimiento de la sociedad patrimonial de hecho, por lo tanto, para el caso puesto a consideración si bien es cierto esa unión entre el Juez de Cisneros y la señora sobrina del Fiscal de la presente causa, solo tiene el carácter de permanente, desde hace pocos días, y la misma no existía para el momento en que se avocó el conocimiento de la actuación la misma permite ya considerarlos compañeros permanentes, así aún no surjan efectos patrimoniales sobre la misma por no haber transcurrido mas de dos años, por lo tanto si tiene la condición de compañeros permanentes, y por lo mismo dada la teleología que guía los impedimentos que no es otra que la de garantizar la total imparcialidad del Juez con las partes, en lo que se refiere a que no este unido él o su cónyuge o compañera permanente mediante parentesco con ellas, permite entonces la causal propuesta si esta llamada a prosperar.

Ahora bien, no es que el funcionario que se declare impedido este planteando amistad con el señor Fiscal, como al parecer lo entiende el Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó que repulsa el impedimento, sino que dada su actual condición de compañero permanente de la sobrina del Fiscal, esto indudablemente puede afectar su imparcialidad, y generar situaciones de compromiso capaz de perturbar su ecuanimidad en la resolución del asunto, sin que se necesario que explicita como esa relación de parentesco de su compañera permanente en concreto pueda afectarlo pues como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, al analizar el caso de parentesco entre el fallador y una de la partes:

“Razón le asiste al funcionario en la manifestación que formula. No es posible calificar, al menos jurídicamente los sentimientos que podría profesar por su consanguínea en tanto dicha situación solo se conocen y trasciende en el ámbito subjetivo cuando en el Juzgador a través de su afirmación lo pone de presente. Así pues, la eterización que ahora se hace de esa situación puede minar la imparcialidad de servidor judicial, que además de resolver ha de verificar según el caso la labor que desarrollo su consanguíneo al interior del proceso”.²

En ese orden de ideas, se encuentra fundado el impedimento sobreviniente planteado por el señor Juez Promiscuo del Circuito de Cisneros y la presente actuación deberá pasar al Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE

PRIMERO: Declarar fundado el impedimento propuesto por el Juez Promiscuo del Circuito de Cisneros de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído. En consecuencia, asignar el conocimiento de la presente actuación al Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó.

SEGUNDO: Informar de esta determinación a los sujetos procesales y a los Juzgados Promiscuos del Circuito de Yolombo y Cisneros.

² Auto 4481 del 2018.

Proceso No: 05 190 60 00329 2020 00032 NI: 2022-0199

Acusado: Marji Estela Echeverri Jiménez

Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros

Delito: Abuso de función pública

Motivo: Impedimento

Decisión: Procedente

TERCERO: Contra lo aquí resuelto no procede recurso alguno

COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Alexis Tobón Naranjo

Secretario

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal

Proceso No: 05 190 60 00329 2020 00032 NI: 2022-0199

Acusado: Marji Estela Echeverri Jiménez

Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros

Delito: Abuso de función pública

Motivo: Impedimento

Decisión: Procedente

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:

2b4edde39078c7f75f09c765f484495d46107e9d6643a01c84e7345bc7e71327

Documento generado en 22/02/2022 01:18:31 PM

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

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