

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



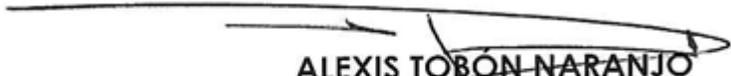
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 038

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
2022-0128-1	Tutela 2ª instancia	LUIS JACOB LONGA IBARGUEN	COLPENSIONES Y OTRO	Confirma fallo de 1º instancia	MARZO 02 de 2022
2022-0092-1	Tutela 1ª instancia	JOHN CARLOS CUESTA PALACIOS	Juzgado 2º de E.P.M.S. de Antioquia y o	concede recurso de apelación	MARZO 02 de 2022
2022-0073-2	AUTO LEY 906	Hurto calificado y agravado	JOHN CARLOS CUESTA PALACIOS	Revoca auto de 1º instancia	MARZO 02 de 2022
2022-0158-3	Tutela 2ª instancia	María Celina Hernández Arango	UARIV	Revoca fallo de 1º instancia	Marzo 03 de 2022
2022-0202-4	Tutela 1ª instancia	Ever de Jesús Orozo Grisales	Fiscalía 18 Seccional de La Ceja, Antioquia y otro	Niega por improcedente	MARZO 02 de 2022
2022-0211-4	Tutela 1ª instancia	UBERNEY DAVID TAMAYO	JUZGADO 4º PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA	Niega por hecho superado	Marzo 03 de 2022
2022-0225-6	auto ley 906	actos sexuales abusivos	SEBASTIAN OSPINA MUÑOZ	Modifica auto de 1º instancia	Marzo 03 de 2022

FIJADO, HOY 04 DE MARZO DE 2022, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dos (02) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 030

PROCESO : 05837-31-04-002-2022-00006 (2022-0128-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : LUIS JACOB LONGA IBARGUEN
ACCIONADO : COLPENSIONES Y OTRAS
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Directora (A) de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, contra la sentencia del 24 de enero de 2022, a través de la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo (Antioquia), decidió tutelar los derechos fundamentales invocados por el señor LUIS JACOB LONGA IBARGUEN que presuntamente venían siendo vulnerados por las entidades accionadas.

LA DEMANDA

En esencia expuso el actor, que labora para Agrícola Sara Palma prestando sus servicios para la finca Cativos mediante contrato a término indefinido, encontrándose afiliado en salud a COOMEVA EPS, en pensiones a COLPENSIONES y en riesgos laborales a ARL SURA.

Manifiesta que viene incapacitado desde el mes de enero de 2021 de forma continua e ininterrumpida por el diagnóstico: M544-

LUMBAGO CON CIÁTICA y M511 TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS, enfermedades de origen Común.

Aduce que los primeros 180 días por tratarse de enfermedad común, su pago le correspondía a COOMEVA EPS, sin embargo, que esta sólo le canceló 157 días.

Indica que por las incapacidades superiores a los 180 días, presentó en COLPENSIONES peticiones el 4 de noviembre de 2021 las cuales quedaron radicadas bajo el número 2021-13158059 y posteriormente radicó en COOMEVA las incapacidades, el 6 de diciembre de 2021 quedando con el radicado 2021-14616852 y el 5 de enero de 2022 con el radicado 2022-66046 y le informaron que debía esperar 2 meses para recibir el pago de dichas incapacidades.

Señala que tiene pendiente el pago tanto por COOMEVA EPS como por COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de 12 incapacidades relacionadas de la siguiente manera:

Nº DE INCAPACIDAD	FECHA	DIAS
13082921	Del 06/07/21 al 20/07/21	15 días
13102366	Del 21/07/21 al 04/08/21	15 días
13117510	Del 05/08/21 al 19/08/21	15 días
13109242	Del 20/08/21 al 03/09/21	15 días
13120515	Del 04 /09/21 al 18/09/21	15 días
13131302	Del 19/09/21 al 03/10/21	15 días
13141345	Del 04/10/21 al 18/10/21	15 días
13152405	Del 19/10/21 al 02/11/21	15 días
13162844	Del 03/11/21 al 17/11/21	15 días
13172965	Del 18/11/21 al 02/12/21	15 días
13186025	Del 03/12/21 al 17/12/21	15 días
13195113	Del 18/12/21 al 01/01/22	15 días

Advirtió que su única fuente de ingreso actual es el pago de incapacidades, por lo que solicita, se tutelen sus derechos y se

ordene a las accionadas proceda al pago de las incapacidades generadas.

LAS RESPUESTAS

1.- La Directora (A) de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones informó que revisada la base de datos y aplicativos de la entidad, obra concepto de rehabilitación del señor LUIS JACOB LONGA IBARGUEN, de fecha 8 de octubre de 2021, con pronóstico favorable y para los días 4 de noviembre, 6 de diciembre de 2021 y 5 de enero de 2022, el ciudadano radicó solicitud de pago de incapacidades, validando estas comprenden entre el 5 de agosto de 2021 hasta 2 de noviembre de 2021 (primera solicitud), 03 de noviembre de 2021 hasta el 2 de diciembre de 2021 (segunda solicitud) y 03 de diciembre de 2021 hasta 01 de enero de 2022 (tercera solicitud), aduciendo que estas solicitudes de pago de incapacidades cuentan con un periodo de 4 meses para brindar respuesta, por lo que Colpensiones aún se encuentra dentro de los términos para dar respuesta, por lo que solicitó declarar improcedentes las pretensiones invocadas.

2.- La Apoderada General de la empresa AGRÍCOLA SARA PALMA S.A. informó que el accionante se encuentra vinculado a la Entidad mediante contrato a término indefinido, estando afiliado al SSSI. Manifestó que las pretensiones no están dirigidas en contra de la Entidad, no obstante, de considerarse lo contrario, el actor puede acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, por lo que solicita que ante la no vulneración de derecho constitucional alguno, se declare improcedente la acción de tutela, en tanto

existen otros recursos o medios de defensa judiciales.

3.- La Representante Legal de Coomeva expuso que, según información del área de Medicina Laboral de la EPS, el accionante se encuentra incapacitado desde el 07 de enero de 2021 hasta el 16 de enero de 2022 para un total de 337 días. Y que según las notas en las historias clínicas refiere tratamiento por ortopedia, clínicas del dolor y neurocirugía y cuenta con valoraciones por especialista y además ya tiene concepto de rehabilitación emitido el 26 de agosto de 2021, es decir el día 194, el cual fue notificado extemporáneamente el 08/10/2021, el día 237.

Señala que las incapacidades 13082921, 13102366 y 13117510 le corresponden a la entidad por llegar hasta el día 180 y que las mismas no se encuentran negadas, pero que el aportante debe solicitar la generación de la nota crédito por medio de la oficina virtual o el portal de prestaciones económicas, por lo que solicita se declare improcedente la acción de tutela en contra de COOMEVA EPS S.A.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de Primera Instancia citando Ley y jurisprudencia sobre el tema, decidió tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y la vida en condiciones dignas del accionante LUIS JACOB LONGA IBARGUEN y en consecuencia ordenó a COOMEVA EPS, proceder a cancelar el auxilio económico por concepto de incapacidades a favor del actor desde el 06 de julio de 2021 al 8 de octubre de 2021 (fecha en la cual fue notificado a

la AFP COLPENSIONES el concepto de rehabilitación favorable).

Así mismo, ordenó a COLPENSIONES que reconozca y pague al accionante las incapacidades laborales causadas desde el 09 de octubre de 2021 al 01 de enero de 2022.

LA IMPUGNACIÓN

1. La Directora (A) de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

En primer lugar, advirtió que el accionante solicitó el reconocimiento y pago de incapacidades médicas con radicados de fecha 04 de noviembre de 2021, 06 de diciembre de 2021 y 05 de enero de 2022, los cuales se encuentran en término para dar respuesta por parte del área el cual es de 4 meses para brindar respuesta.

En segundo lugar, afirmó que la acción de tutela no es el mecanismo judicial para solicitar el pago de incapacidades médicas y no puede usarse de manera subsidiaria para pretender el reconocimiento de este tipo de prestaciones.

Adujo que si bien la Corte Constitucional en sentencia T- 774 de 2015 señaló unos plazos de contestación de las prestaciones económicas pensionales, las circunstancias no establecidas allí y a través del artículo 22 de la Ley 1437 de 2011 modificado por la

Ley 1755 de 2015, Colpensiones en uso de sus facultades y conforme a lo señalado en el artículo anterior, profiere la resolución 343 de 2017 a través de la cual se establece, entre otros, lo siguiente: (...) Prestaciones que no tienen término legal (auxilio funerario, pago de incapacidades, emisión de dictámenes de pérdida de la capacidad para laborar, pago a herederos), para resolver: 4 meses (Art. 33 de la Ley 100/93 modificado por el art. 9 de la Ley 797/03, SU-975 de 2003 y T-774 de 2015), por lo que no ha transcurrido el término para dar respuesta y en consecuencia se debe revocar el fallo de primera instancia.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado en el presente caso invita a determinar si el no pago de las incapacidades laborales reconocidas al afectado viola sus derechos constitucionales fundamentales, si la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para su protección y en caso tal, a cuál entidad de las accionadas debe ordenársele el pago correspondiente.

En principio, nuestro ordenamiento jurídico ha consagrado mecanismos judiciales ordinarios para resolver las controversias que impliquen el reconocimiento de prestaciones sociales, siendo los Jueces de la Justicia Ordinaria los competentes para su trámite y resolución. Por ello, la doctrina constitucional ha sido enfática en señalar que para estos casos, la acción de tutela no es la vía adecuada para resolver estos asuntos, por su carácter subsidiario.

No obstante, también la doctrina constitucional ha explicado que en forma excepcional, cuando los medios judiciales ordinarios no se observan eficaces o idóneos para resolver el conflicto, toda vez que hay presencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela se torna procedente.

Así, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha sostenido que cuando se interpone una acción de tutela para reclamar el pago de prestaciones sociales, deben estar presentes los siguientes supuestos:

“(i) que sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público”¹.

Las incapacidades constituyen una prestación social que puede generarse por enfermedad común o profesional. Por su carácter económico, en principio cuando se niega su pago, la acción de tutela no sería procedente. Pero se ha concluido que en la mayoría de los casos, procedería la acción de tutela, porque la jurisprudencia constitucional ha señalado que su no reconocimiento puede conllevar a vulneración de derechos fundamentales como la salud, la vida digna y el mínimo vital, pues en la generalidad de las ocasiones, dicha prestación social sería la única fuente de ingresos del incapacitado.

La Corte ha expresado que:

¹ Ver Sentencia T-195 de 2014

“De esta manera, el pago de las incapacidades laborales adquiere especial importancia y se justifica, por cuanto sustituye el salario del trabajador durante el tiempo en el que éste, en razón de su enfermedad, se encuentra imposibilitado para ejercer su profesión u oficio. Por tanto, hay lugar a su protección por vía de tutela, cuando su no reconocimiento y pago, afecta el derecho al mínimo vital, al constituir aquel la única fuente de ingresos para garantizar su subsistencia y la de su familia, y no es posible que dicha protección se logre de manera oportuna, a través de los mecanismos ordinarios de defensa.”²

Ahora, frente a cuál entidad está obligada al pago de las incapacidades a partir del día 180, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional aclara este aspecto de la siguiente forma³:

4. Las incapacidades laborales por enfermedad común que superan los 180 días. Responsabilidad de los empleadores, las EPS y las administradoras de pensiones en su reconocimiento y pago.

4.1. El subsidio por incapacidad laboral hace parte del esquema de prestaciones económicas que el legislador diseñó con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las contingencias que menoscaban su salud y su capacidad económica. En concreto, el subsidio cumple el propósito de sustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio.

Es esto, justamente, lo que explica la importancia de que las incapacidades sean reconocidas y pagadas de forma expedita. El papel que cumple el subsidio de incapacidad laboral en la tarea de proteger a quienes quedan temporalmente desprovistos de los recursos que destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y las de sus familia por razones de salud, explica que la Corte se haya pronunciado, de forma insistente, acerca de las responsabilidades de cada uno de los actores del SGSSI en el desembolso de la citada prestación económica.

4.2. El primer referente normativo sobre el reconocimiento y pago de

² Ibídem

³ Sentencia T-333 de 2013

las incapacidades laborales ocasionadas por enfermedad no profesional se encuentra en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador a obtener de su empleador un auxilio monetario hasta por 180 días, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha tarea quedó en manos de las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social. El artículo 206 dispuso que el régimen contributivo asumiría el reconocimiento de “las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes”, y autorizó a las EPS para subcontratar el cubrimiento de esos riesgos con compañías aseguradoras.

En esa dirección, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta.

4.3. La responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, que es lo que se reclama en la acción de tutela, se rige, a su turno, por las pautas previstas en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

La norma, que regula el trámite previo a la solicitud de la calificación de la invalidez, les asigna a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y a las administradoras de riesgos profesionales (según se trate de incapacidades de origen común o laboral, respectivamente) la función de remitir a sus afiliados a las juntas de calificación, previo concepto de rehabilitación integral.

Por regla general, tal remisión debe efectuarse antes de que se cumpla el día 150 de incapacidad temporal. No obstante, el Decreto 2463 permite que la AFP postergue el trámite de calificación hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal que otorgó la EPS, si el mencionado concepto de rehabilitación es favorable y con la condición de que *“otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador”*.

Vale agregar, de cara a los argumentos de defensa planteados por la AFP accionada en el presente asunto, que el artículo 23 del Decreto 2463 vincula la posibilidad de postergar el aludido trámite de calificación a *“la autorización de la aseguradora que hubiere*

expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente".^[20] La norma contempla, también, que las entidades que incumplan el pago de los subsidios por incapacidad temporal serán sancionadas por la autoridad competente, de conformidad con lo señalado en la ley.

4.4. Interpretando las disposiciones mencionadas, la Corte ha mantenido el criterio pacífico de que el pago de las incapacidades laborales por enfermedad general que se causan a partir del día 181 corre por cuenta de la AFP, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral.

El debate planteado en esta oportunidad remite, sin embargo, a un escenario distinto, que se enmarca en el ámbito de los cambios que introdujo el Decreto Ley 19 de 2012, *"por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública"* en relación con los procedimientos para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales. A continuación, la Sala precisará cuáles fueron esas modificaciones y evaluará su relevancia en la solución del asunto objeto de revisión.

El reconocimiento de las incapacidades laborales, tras la entrada en vigencia del Decreto Ley 19 de 2012

4.5. El artículo 121 del Decreto Ley Antitrámites les atribuyó a los empleadores la obligación de gestionar directamente, ante las EPS, el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La norma prohíbe trasladarles a los afiliados dicha carga y advierte que, para efectos laborales, estos deben informarle a su empleador sobre la expedición de la respectiva incapacidad o licencia.

Más adelante, el artículo 142 le adicionó dos párrafos al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, sobre el procedimiento de la calificación del estado de invalidez. Los nuevos párrafos son los siguientes:

*"Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, **la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.***

*Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. **Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto***”.

4.6. Como se observa, el Decreto Ley 19 mantuvo en cabeza de las AFP la facultad de postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad, con la condición de que, **con cargo al seguro respectivo, otorguen un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Eso significa, en principio, que las AFP siguen siendo las responsables del pago de las incapacidades que superen 180 días.**

Lo que cambió con la entrada en vigencia del estatuto antitrámites, el pasado 10 de enero de 2012, es que las AFP no tendrán que pagar las incapacidades subsiguientes a los 180 primeros días, **cuando las EPS no expidan el concepto favorable de rehabilitación.**

Esto, lejos de inaugurar un nuevo régimen de responsabilidades sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en un evento de origen común -en los términos sugeridos por ING Pensiones al responder a la tutela promovida por el señor Bautista- lo que implica es un mayor compromiso de los empleadores y las EPS en la tarea de garantizar que el trabajador acceda oportunamente a esas prestaciones económicas, para que pueda asegurar su sustento y dedicarse a recuperar plenamente las condiciones de salud en virtud de las cuales podía desempeñar su empleo.

4.7. Así, vistas las modificaciones que introdujo el Decreto Ley 19, la Sala encuentra que el esquema de responsabilidades de los actores del SGSSI en el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales de origen común sigue siendo el mismo, con una salvedad, relativa a que **las EPS asumirán por cuenta propia el pago de las incapacidades laborales superiores a 180 días, cuando retrasen la emisión del concepto médico de rehabilitación.** Las pautas normativas vigentes en la materia son, por lo tanto, las siguientes:

- El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1°).

- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).
- La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).
- Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).
- **Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181.** Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.
- Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad.

(Negritas fuera de texto original).

Y en la sentencia T – 020 de 2018, precisó:

El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, esta Corporación en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así:

- “(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”.

En efecto, de conformidad con el citado proveído[64], el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, **excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.**

La Administradora de Fondo de Pensiones, por regla general, pagará el mencionado subsidio, después del día 180 “hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%”

Para el presente caso, el Juez de primera instancia advirtió que se encontraba demostrado que el señor LUIS JACOB LONGA IBARGUEN cuenta con 60 años de edad, se encuentra vinculado a la empresa Agrícola Sara Palma, está afiliado en calidad de cotizante en salud a COOMEVA EPS, en pensiones A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a riesgos laborales ARL SURA, viene incapacitado desde el 07/01/2021 de manera continua e

ininterrumpida por los diagnósticos de M461-M544-LUMBAGO CON CIÁTICA y M511 TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS, debidamente reconocidas por las entidades responsables y le fueron canceladas las incapacidades hasta el día 157.

Se advierte que la EPS COOMEVA informa que emitió concepto de rehabilitación favorable el día 194, esto es, el 26 de agosto de 2021 y lo notificó extemporáneamente a COLPENSIONES el día 237, esto es el 08 de octubre de 2021 e igualmente que tiene pendiente por cancelar las incapacidades bajo los radicados 13082921, 13102366 y 13117510 (correspondientes a los días del 06/07/21 al 19/08/21) porque según respuesta brindada en el trámite constitucional las incapacidades se encuentran en estado pendiente de liquidar, pues la Entidad está a la espera que el aportante realice la solicitud del reconocimiento de las mismas a través de la oficina virtual o portal de prestaciones económicas, para que sea generada la nota crédito.

Por su parte, COLPENSIONES informó que el concepto favorable de rehabilitación del actor fue recibido en la Entidad el 08 de octubre de 2021. Así mismo, indicó que ha recibido tres solicitudes: la primera el día 4 de noviembre de 2021 correspondiente al pago de incapacidades que comprende desde el 05 de agosto de 2021 hasta el 02 de noviembre de 2021, la segunda radicada el 6 de diciembre de 2021 correspondiente a los días 03 de noviembre de 2021 al 02 de diciembre de 2021 y la tercera radicada el 5 de enero de 2022 correspondiente a los días entre el 03 de diciembre de 2021 hasta el 01 de enero de 2022, mismas sobre las cuales no se ha brindado respuesta en tanto cuenta con un periodo de 4 meses para emitir la misma.

En tal sentido, advirtió el juez constitucional de primera instancia, que ninguna de las accionadas asumió el correspondiente pago de las incapacidades médicas otorgadas al actor entre 06 de julio de 2021 hasta el 01 de enero de 2022, sin embargo, de conformidad con lo establecido en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, y en tanto está demostrado que Colpensiones recibió el concepto favorable de rehabilitación el 08 de octubre de 2021 esto es al día 270 de incapacidad, cuando la EPS debió remitirlo al día 180, deberá en consecuencia la EPS COOMEVA asumir el pago de las incapacidades del 06 de julio de 2021 al 08 de octubre de 2021 y posteriormente las incapacidades generadas del 09 de octubre de 2021 al 01 de enero de 2022 deberán ser canceladas por la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES.

Al respecto, la Administradora de Pensiones impugnó el fallo, alegando que el reconocimiento y pago de incapacidades médicas con radicados de fecha 04 de noviembre de 2021, 06 de diciembre de 2021 y 05 de enero de 2022, se encuentran en término para dar respuesta por parte del área el cual es de 4 meses.

Es de anotar, que si bien se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados sobre incapacidades que persisten y superan los 181 días y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001, la Corte Constitucional ha establecido que las incapacidades de origen común que superan los 180 días corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentra

afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

También ha dicho la Máxima Corporación en materia constitucional que con respecto al concepto favorable de rehabilitación, conforme con el Decreto Ley 019 de 2012, la EPS debe emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Y, luego de expedirlo, deben remitirlo antes del día 150 a la AFP. En el evento que no se cumpla con los referidos plazos, le corresponde a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de 180 días. *“En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que se emita el concepto en mención”*.

En el caso a estudio se evidenció de conformidad con la información y documentación obrante en la carpeta, y el certificado emitido por la EPS, que fuera anexado en el trámite de la demanda, que el afectado LUIS JACOB LONGA IBARGUEN cuenta con más de 180 días continuos de incapacidad.

Así mismo, dentro de la documentación allegada en el trámite constitucional, se advierte el concepto de rehabilitación expedido por dicha EPS donde se establece que el actor presenta los diagnósticos de LUMBAGO CON CIÁTICA, enfermedad de origen Común, concepto de rehabilitación que si bien tiene fecha de elaboración del 26 de agosto de 2021, se constata que fue recibido en COLPENSIONES el 08 de octubre de 2021, por lo que claramente al no remitirse por parte de la Entidad Prestadora de Salud el concepto de rehabilitación dentro del término de ley, deberá la EPS COOMEVA asumir el pago de las incapacidades del

06 de julio de 2021 al 08 de octubre de 2021 y conforme a la normatividad descrita anteriormente, deberá la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES proceder al pago de las incapacidades generadas del 09 de octubre de 2021 al 01 de enero de 2022.

Lo anterior para significar que el fallo, se encuentra debidamente fundamentado tanto normativa como jurisprudencialmente, por lo que esta Corporación procederá a confirmarla, ya que las órdenes efectuadas por el fallador constitucional no desbordan las competencias u obligaciones que tiene cada una de las entidades afectadas con la decisión.

Conforme con las directrices de la doctrina constitucional anotada surge evidente que para el presente caso es procedente la solicitud de amparo y que las entidades accionadas a las que les fuera remitida la orden son las obligadas a efectuar el respectivo pago de la incapacidad, conforme se explicó tanto en la parte considerativa de la providencia de primera instancia como en la de segunda, por lo que la Sala considera acertada la orden dada a la COOMEVA EPS y a la AFP COLPENSIONES.

Si bien la entidad apelante manifiesta que frente al reconocimiento y pago de incapacidades médicas radicadas el 04 de noviembre de 2021, 06 de diciembre de 2021 y 05 de enero de 2022, COLPENSIONES afirma que se encuentran en término para dar respuesta por parte del área el cual es de 4 meses, citando los artículos 33 de la Ley 100/93 modificado por el art. 9 de la Ley 797/03, las sentencias SU-975 de 2003 y T-774 de 2015, se vislumbra al respecto que dicha normatividad y decisiones hacen

referencia a requisitos y término de 4 meses para resolver en materia pensional.

Así, el artículo 33 de la Ley 100/93 modificado por el art. 9 de la Ley 797/03 hace referencia a los requisitos para Obtener la Pensión de Vejez; de otro lado la sentencia SU-975 de 2003 alude al término para resolver derecho de petición en materia pensional y mediante una aplicación analógica del artículo 19 del Decreto 656 de 1994 estableció un término general de 4 meses para responder las solicitudes como Pensión de vejez y de invalidez, Indemnización sustitutiva de las pensiones de vejez e invalidez, Reliquidación, incremento o reajuste de la pensión y Auxilio funerario y la Sentencia T-774 de 2015 por su parte, trae también a colación los términos previstos en la SU-975/2003 y reiteración de jurisprudencia sobre la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales, situaciones que como se puede advertir no son aplicables al pago de incapacidades, como en el caso a estudio.

A lo anterior, se suma el hecho que COLPENSIONES desde el año pasado ha tenido conocimiento de los diagnósticos e incapacidades expedidas a favor del actor, por lo que conforme con sus competencias, debía realizar los correspondientes pagos sin interponer ante el usuario circunstancias de simple trámite para abstenerse de cumplir con sus obligaciones. Para la fecha, es claro que la entidad impugnante tiene a su disposición todos los elementos necesarios para pagar las incapacidades y a pesar de pasar ya un buen tiempo, no se conoce de su cumplimiento.

En consecuencia, tal y como lo ha reiterado la Honorable Corte

Constitucional⁴ le asiste al Juez de instancia razón al ordenar en principio a COOMEVA EPS que asuma el pago de las incapacidades de 06 de julio de 2021 al 8 de octubre de 2021 (fecha en la cual fue notificado a la AFP COLPENSIONES el concepto de rehabilitación favorable) y COLPENSIONES deberá asumir el pago posterior al día 09 de octubre de 2021 y hasta el 01 de enero de 2022. Por lo anterior, se confirmará el fallo.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

Envíese este proceso a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

⁴ Sentencias T-020 de 2018, T-401 de 2017, entre otras.

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:
12d57a10e91e750e2f20bf8ea67a3ca66a69110ef10696fd1caab1
541ce52a1c

Documento generado en 02/03/2022 06:25:35 PM

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

Radicado Interno: 2022-0092-1

ACCIONANTE: JOHN CARLOS CUESTA PALACIOS

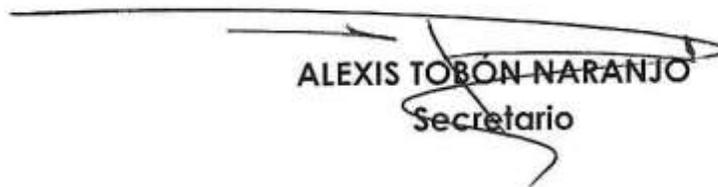
ACCIONADO: Juzgado 2° de E.P.M.S. de Antioquia y otros

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual la parte accionante interpone recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹; si bien se remitió el respectivo correo electrónico al hoy impugnante para la debida notificación del fallo, el mismo no acusó recibido razón por la cual, ha de tenerse notificado por conducta concluyente en la fecha que allega su manifestación de impugnar el fallo proferido, esto es el día 11 de febrero de 2022.

Es de anotar que, el trámite de notificación finalizó el pasado 18 de febrero de 2022 fecha en la cual hubo de tenerse notificado conforme al decreto 806 de 2020 al Establecimiento penitenciario y Carcelario Villa Inés de Apartadó, a quien luego de remitírsele en 3 oportunidades la notificación del fallo sin que acusara recibido del mismo, siendo efectivo el último envió el 16 de febrero de 2022-

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir desde el día 21 de febrero de 2022 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 23 de febrero de 2022

Medellín, febrero VEINTIOCHO (28) de 2022.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivo 12

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, marzo primero (01) de dos mil veintidós

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

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

76ad023ce5890a6b43e01f6313bd8dfaa30e027f3ef671e81ec8d2fe1e7f5ade

Documento generado en 01/03/2022 05:25:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

RADICADO: 052096000331202100100
INTERNO: 2022-0073-2
DELITO: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGENEO Y HETEROGENEO CON EL DELITO DE FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES
ACUSADOS: KEVIN ALEJANDRO TABORDA FLOREZ Y OTROS
DECISIÓN: IMPRUEBA PREACUERDO

Medellín, dos (02) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Aprobado según acta Nro. 019

1. ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa pública de los condenados KEVIN ALEJANDRO TABORDA FLÓREZ, KEVIN ALEJANDRO VASCO PÉREZ Y KEVIN LEANDRO URREGO URREGO, contra la sentencia de primera

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.

instancia de fecha 13 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao, que aprobó el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía 092 Seccional y los acusados, como presuntos cómplices de los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas, accesorios, partes o municiones.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Por el sentido de la decisión que se adoptará, se transcriben los hechos imputados en la acusación:

“El día 28 de julio de 2021 aproximadamente a las 21:50 horas, son capturados en flagrancia en el sector “La virgen”, coordenadas 06°07'05"16" - 75°59'14.26"W de Betulia – Antioquia, los señores KEVIN ALEJANDRO VASCO PEREZ, KEVIN ALEJANDRO TABORDA FLÓREZ Y KEVIN LEANDRO URREGO URREGO, porque momentos antes se habían hurtado una motocicleta marca Kawasaki modelo 2018, línea KLX150J, cilindraje 144, color verde y blanco, placas MGH92E; y un televisor marca LG, de la finca “la pantera” vereda aguacates del municipio de Urrao (Antioquia), vivienda del señor JOSÉ DE JESÚS FLÓREZ VARGAS. Los elementos les fueron incautados al igual que se les halló en su poder, un arma de fuego tipo revólver calibre.38, sin numeración interna ni externa y 20 cartuchos calibre 38 marca INDUMIL Special”.

3. SINTESIS DE LA ACTUACIÓN CUMPLIDA

En función a los hechos mencionados, el día 29 de julio de 2021, se da trámite ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Concordia (Antioquia) en función de control de garantías, a las audiencias de legalización de captura, formulación de

imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de los señores KEVIN ALEJANDRO VASCO PEREZ, KEVIN ALEJANDRO TABORDA FLÓREZ Y KEVIN LEANDRO URREGO URREGO. En esta oportunidad se declaró legal la captura en virtud de orden escrita, se les imputaron los delitos de hurto calificado y agravado en concurso simultaneo y heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, de los artículos 365, 239, 240 N° 1, 241 N° 10 y 31 del código Penal, a título de coautores y en modalidad dolosa, cargos que no fueron aceptados. Finalmente se resolvió imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad a los imputados.

El 05 de octubre de 2021, se allegó por parte de la Fiscalía de encargo, escrito de acusación en contra de los justiciables KEVIN ALEJANDRO VASCO PEREZ, KEVIN ALEJANDRO TABORDA FLÓREZ Y KEVIN LEANDRO URREGO URREGO, documento en el cual se formuló la acusación correspondiente a la coautoría material a título de dolo, por los delitos inicialmente imputados.

Sin embargo, y luego de varios aplazamientos, el 3 de diciembre de aquella anualidad, se cambia la naturaleza de la audiencia de formulación de acusación para dar paso a un preacuerdo suscrito entre la fiscalía y la defensa de los procesados, convenio que fue verbalizado por las partes en el que se reconoce la figura de la complicidad, además de una rebaja de pena por allanamiento a cargos sobre el 50% quedando en de 123 meses de prisión para Kevin Alejandro Taborda y Kevin Alejandro Vasco y 127 meses de prisión para Kevin Leandro

Urrego Urrego, producto de dosificar e hurto calificado y agravado en el guarismo de 12 años de prisión de prisión y 12 meses más por el delito que concurra fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes, accesorios o municiones agravado, se indica además de las accesorias a que haya lugar.

La lectura de la decisión se tramitó el día 13 de diciembre de 2021, misma que ahora se opugna por la defensa de los procesados.

4. SENTENCIA IMPUGNADA

Dentro de la decisión que se recurre, el a-quo, tras recordar los fácticos, la actuación procesal y los elementos materiales probatorios anexados, procedió a analizar el preacuerdo celebrado entre el ente acusador y los procesados.

En principio, esgrimió de los elementos materiales probatorios allegados junto al preacuerdo, así como de los fácticos conocidos por la judicatura y aceptados por los imputados, la manifestación que de la conducta desplegada se encuadra dentro de los punibles pactados, esto es, la configuración de los elementos del tipo penal.

Seguidamente, en la providencia apelada, el a quo continuo su análisis indicando no haber reparo frente a los fácticos expuestos en el preacuerdo, como quiera que coinciden con la imputación que se hiciera en audiencia preliminar.

De igual manera encontró que los encartados habían sido debidamente ilustrados sobre las consecuencias de la suscripción del preacuerdo, frente a lo cual expuso *“El acuerdo fue bien explicado a los acusados por la Judicatura, haciéndose en la audiencia una verificación de la decisión a través del interrogatorio pertinente, tal y como lo exige artículo 131 del C. de P. Penal, esto es, que se diera de forma libre, consciente, voluntaria, debidamente informados y asesorados por su defensor”*.

señaló que también se encuentra acreditado el mínimo de prueba pues obran elementos materiales probatorios que dan cuenta de la materialidad del delito y de la responsabilidad de los procesados en el mismo, quienes además se encuentra debidamente identificados, explicando: *“Y es que resulta irrefutable las ilicitudes endilgadas a “ambos justiciable” (sic), tuvieron real acaecimiento, conclusión inferida a partir de elementos materiales allegados por la Fiscalía, tales como: el informe ejecutivo -FPJ-3-, reporte de iniciación -FPJ-1-, formato informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia -FPJ-5-, actas de derechos del capturado -FPJ-6-, acta de incautación, formato único de noticia criminal -FPJ-02-, formato análisis de EMP y EF -FPJ-12-, formatos investigador de campo -FPJ-11 (verificación de arraigo, reseña fotográfica), formato de antecedentes judiciales o anotaciones penales -FPJ-37-, informe investigador de campo -FPJ-11- (álbum fotográfico), confrontación dactiloscópica tarjeta decadactilar 03 formatos, etc”*.

Con base en los elementos de prueba puestos de presente decretó que los infractores fueron capturados en situación del flagrancia de acuerdo con lo establecido en el artículo 301 numeral 1 del Código Procesal Penal, luego de haber hurtado una motocicleta marca Kawasaki modelo 2018, línea KLX150), cilindraje 144, color verde y blanco, placas MGH92E; y un televisor marca LG, de la finca "la pantera" vereda Aguacates del municipio de Urrao (Antioquia), en la vivienda del señor José De Jesús Flórez Vargas, valiéndose para el efecto, de un arma de fuego que portaban sin permiso de autoridad competente, de calibre .38 special, marca Sturm Ruger&CO, manufacturada en Southport, Conn- USA, color o acabado niquelado, cacha en madera color café, número serial borrado, sin numeración interna, con veinte (20) cartuchos del mismo calibre, conducta sancionada en el artículo 365 del Código Penal, artefacto apto para producir disparos, tal como lo estableció el estudio realizado por el servidor de policía judicial Edwin Orozco Sánchez.

Para encontrar justificada el instituto de la complicidad, puntualizó *"se tendrá en cuenta el estado de flagrancia en que se produjo la captura, así como el allanamiento a cargos a través de la figura jurídica del preacuerdo, para derivar de ello la certeza del carácter de cómplices en las conductas imputadas"*.

De manera conclusiva, el A quo indicó que no se evidenciaban vicios en el preacuerdo, por lo que procedió a atenerse a lo

dicho de manera verbal para finalmente condenar a Kevin Alejandro Taborda y Kevin Alejandro Vasco a una pena de 123 meses de prisión y a Kevin Leandro Urrego Urrego a una pena de 127 meses de prisión, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la primera y la negativa de concesión del mecanismo sustitutivo de prisión.

5. IMPUGNACIÓN DEL FALLO

La defensa de los procesados impugnó la decisión de condena, sustentando su recurso en el entendido que se le reconociera a sus prohijados la rebaja adicional por allanamiento a cargos contentiva de una cuarta parte sobre el total de la pena tal como lo determina la ley, además de la rebaja contenida en el artículo 269, toda vez que se indemnizó a la víctima de manera integral.

Además de ello sostuvo, que a pesar de existir un preacuerdo el hecho de que uno de los procesados poseyera antecedentes penales, debió aplicarse el mismo trato, por ende, la rebaja de pena debió ser igual para todos.

Para sustentar lo anterior manifestó *“si bien es cierto el proceso termino por preacuerdo, el hecho de haber terminado por preacuerdo, y haber variado la imputación por parte del señor fiscal abrió la expectativa y la posibilidad de que los sujetos procesales investigados se allanaran o no se allanaran a los cargos que la fiscalía les imputó en la audiencia que acaba de*

preceder, entonces al tener ellos, la oportunidad de allanarse a esos cargos señor Juez de segunda instancia le solicito muy respetuosamente que también revise esa posibilidad y le reconozca la rebaja del 12.5 sobre la pena preacordada por el allanamiento a los cargos que ellos efectuaron en forma temprana”², por lo que solicita a esta sede, revise la decisión de instancia y en consecuencia, dicte lo que corresponda.

6. NO RECURRENTES

Por su parte, el representante del ente acusador en su calidad de sujeto no recurrente, aduce sentirse sorprendido y asaltando en su buena fe con los aspectos adicionales que el apelante se guardó como haces bajo la manga, para descubrirlos en esta oportunidad, pues todos los aspectos referenciados, fueron materia de exploración del preacuerdo, calificando su postulación en “descarada y desleal”.

Afirma con contundencia, la claridad de lo negociado entre la defensa y su despacho, además que la rebaja del artículo 269 ya había sido objeto de discusión amigable entre las partes, sosteniendo que le explicó a la defensa que no accedería a tal solicitud, pro cuanto “*con ese tipo de preacuerdo con es apena que quedaría aproximadamente en 32 meses no se está aprestigiando la administración de justicia, se estaría desprestigiando la administración de justicia y como fiscal no estuve dispuesto a preacordar en esos términos, por eso planteó*

² Audiencia de lectura de sentencia de fecha 13 de diciembre de 2021. Récord 50:10

una pena razonable conforme a los delitos por los que está procediendo”³

Asimismo, sostiene, se conversó el tema de la rebaja de la octava parte, manifestándole a la defensa “me cierro en la pena preacordada en los términos en los que lo he anunciado, eso le quedó absolutamente claro al señor defensor”⁴.

Al margen de lo expuesto, solicita se confirme la decisión primigenia en su integralidad.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1 Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial de los señores KEVIN ALEJANDRO TABORDA FLÓREZ, KEVIN ALEJANDRO VASCO PÉREZ Y KEVIN LEANDRO URREGO URREGO, procesados dentro del asunto, contra la sentencia del 06 de diciembre de 2021, dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao - Antioquia, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2. Problema jurídico

Vía recurso de apelación, el representante judicial de los procesados, manifiesta su inconformidad frente a la decisión

³ Audiencia de lectura de sentencia de fecha 13 de diciembre de 2021. Récord 54:10

⁴ Audiencia de lectura de sentencia de fecha 13 de diciembre de 2021. Récord 55:20

recurrida, por cuanto el preacuerdo violó el principio de estricta legalidad al no concederse el beneficio de la octava parte por allanamiento a cargos, además del no reconocimiento de la reparación integral consagrada en el artículo 269, a pesar de haber sido indemnizadas las víctimas.

Sin embargo, en esta oportunidad debe -desde ya- señalar la Sala, que advierte una irregularidad de orden sustancial que afecta los límites materiales y formales del derecho punitivo, como es el principio de legalidad y de estricta tipicidad y que impone, por ello, la revocatoria de la aprobación del preacuerdo por lo que pasa a exponerse, en tanto no hay remedio diferente para subsanar el yerro, que a continuación se dilucida.

Así, corresponde a la Sala determinar si a título de participación, es viable otorgar el descuento del cómplice a quien actuó como coautor como sustento de la rebaja punitiva en el preacuerdo como lo consagra la jurisprudencia, sin base factual como se pudo evidenciar, además la proporción de descuento no es acorde al momento procesal, o se trata de un evento con base factual y por ende la pena pactada obedece a una adecuada dosificación punitiva. Conjuntamente debe determinarse si existió un doble beneficio en la negociación.

En tal sentido, la Magistratura, se ocupará, en primer término, de esbozar lineamientos generales sobre el estado del arte acerca del instituto de los preacuerdos en la sistemática procesal penal,

para seguidamente establecer la existencia del yerro dilucidado en la sentencia condenatoria de primera instancia.

Estado del arte del Instituto Procesal de los preacuerdos consagrado en la ley 906 de 2004

Desde los albores de la entrada en vigencia del Sistema Procesal Penal de Corte Acusatorio, se ha entendido que el control judicial que debe realizar el juez de conocimiento frente al preacuerdo, no se satisface con una simple revisión formal al constatar la voluntad y libertad con la que el procesado asiente los términos del mismo, pues como garante y protector del proceso debe ir más allá, verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y el debido proceso.

Sus funciones entonces, frente a las formas de terminación anticipada del proceso y en particular en casos de responsabilidad preacordada consisten en realizar un estudio de ese pacto logrado entre la Fiscalía y el imputado o acusado, con la asesoría de su defensa técnica, en aras a que con los términos del mismo se ciñan a la legalidad y no vulneren garantías fundamentales de las partes e intervinientes dentro un proceso de criminalización penal de corte garantista. Al respecto es pacífica la jurisprudencia de la Sala de casación Penal de la Corte Suprema de justicia⁵.

⁵ La tesis puesta de presente ha sido sostenida por la Alta Corporación de forma muy reiterada, entre otras en las sentencias del 27 de abril 2011, Rad. 34.829 y del 23 de noviembre de 2011, Rad. 37.209. Igualmente se puede confrontar la sentencia del 27 de octubre de 2008, Rad. 29.979. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Asimismo, dentro del radicado SP931-2016, 43.356, M.P. José Leonidas Bustos Ramírez.

En ese orden, el uso de las facultades concedidas a la Fiscalía General de la Nación no se puede entender como una patente de corso que permita desconocer el marco de la legalidad, obligando en consecuencia, por una parte, a que la Fiscalía se ciña a los fácticos investigados, para así atribuir la calificación jurídica, y por otro, al juez de conocimiento a respetar lo convenido por las partes. Al respecto el máximo Tribunal de la justicia penal ordinaria ha señalado:

“Más adelante, en SP13939-2014, concluyó que en términos de legalidad o estricta tipicidad, **el Fiscal puede definir qué conducta imputa o imputar una menos gravosa, pero no le está permitido «crear tipos penales».** Así mismo, señaló, que **el Juez de Conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la Fiscalía, salvo que este desconozca o quebrante las garantías fundamentales, verifique algún vicio en el consentimiento o afecte el derecho de defensa.** A título de ejemplo, señaló que dichas circunstancias se estructurarían cuando el Fiscal pasa por alto aspectos como dos beneficios incompatibles, acceda a una rebaja superior a la permitida o no cumpla las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado.”⁶ (Negrillas de la Sala).

No obstante, lo dicho, el tema del control que debe hacer el juez de conocimiento a la acusación, así como al allanamiento a cargos o preacuerdos que a aquella se asimilan, no ha sido cómodo, en la medida que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁷ ha trasegado desde las posiciones que restringen tal labor, pasando por las intermedias e incluso ha llegado a las que otorgan amplísimas facultades al juzgador en punto al tema. En esa línea se mantuvo, con el argumento que el juez no puede realizar control material a la acusación que

⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, Rad 98071, 26 abqr 2018. M.P. Luís Antonio Hernández Barbosa.

⁷ Con relación al tema en la sentencia SP14191-2016 Rad 45594. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, se trajo a colación los referentes jurisprudenciales sobre las posturas manejadas en relación al punto tratado.

presente la Fiscalía⁸, salvo que aquella represente un claro quebrantamiento a las garantías procesales de las partes, siendo certera al afirmar que tal situación no debe estar afinada en la discrepancia que el juzgador pueda tener con la posición asumida por el acusador, pensando que su valoración jurídica o probatoria es la que debe imperar por encima de la que a consideración del persecutor se ha plasmado en el convenio. Sobre el punto así se refirió:

“Una vez establecido que la acusación se ha realizado según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (que incluye las posibilidades de control a esta actividad de parte), el juez debe proceder a evaluar si los términos del preacuerdo se ajustan a las normas aplicables al caso, según el desarrollo que de las mismas ha hecho la jurisprudencia, bajo el entendido de que tiene la obligación de aceptarlo, salvo que este desconozca o quebrante garantías fundamentales, como lo dispone expresamente el artículo 351, inciso cuarto, de la Ley 906 de 2004.

Frente a este tema la Corte ha resaltado:

Para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, **no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.**

En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio del consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder

⁸ “Finalmente, en el fallo de casación CSJ 16 Jul. 2014, Rad. 40871, la Corte, luego de hacer un recorrido por su propia línea jurisprudencial⁷ (CSJ AP, 15 Jul. 2008, Rad. 29994; CSJ AP, 14 Agost. 2013, Rad. 41375; CSJ SP, 21 Mar. 2012, Rad. 38256; CSJ SP, 6 Feb. 2013, Rad. 39892 y CSJ AP, 16 Oct. 2013, Rad. 39886), concluyó que “por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”. (Cfr. CSJ SP1484-2015, Rad 43436, 28 oct 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar). (Negritas fuera de texto).

a algún subrogado-. (CSJ SP, 15 oct. 2014, Rad. 42184).”⁹
(Negrillas de la Sala)

Si embargo, a día de hoy se sabe que del estado actual del arte de la Sala de Casación Penal, tiene sentado una postura que representa una actitud diametralmente opuesta - pues si bien, se puede vislumbrar, que los criterios de la jurisprudencia en materia de preacuerdos no son unánimes - ahora existe una línea con criterio mayoritario¹⁰, según la cual el Juez debe propugnar porque la imputación y la acusación cumplan los requisitos formales previstos en la ley, sin que ello implique realizar un control material ni una habilitación para proponer o insinuar los cargos, pues ello no solo implicaría el compromiso de su imparcialidad, sino, además, superar las barreras funcionales establecidas en el ordenamiento jurídico.

En la mentada decisión se propone que los fiscales deben precisar en qué eventos un cambio en la calificación jurídica corresponde a la estructuración de los cargos, y en qué casos la misma obedece a beneficios otorgados al imputado o acusado, pues solo de esa forma podrán verificarse los límites que el legislador estableció puntualmente para la celebración de los acuerdos, ello para que los jueces constaten que el convenio se ajusta al ordenamiento jurídico. De suerte que:

“los fiscales no están facultados para modificar el contenido de la imputación (la precedente, según las reglas atrás relacionadas), como una forma de otorgar beneficios a cambio de la eventual aceptación de cargos o la posterior celebración de acuerdos, por diversas razones, entre ellas: (i) los requisitos materiales de la imputación y la acusación, así como sus

⁹ CSJ SP1484-2015, Rad 43436, 28 oct 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

¹⁰ CSJ SP594-2019, 27 feb. 2019, rad.51596.

aspectos formales, fueron regulados expresamente por el legislador; (ii) el fiscal no puede suprimir, a título de beneficio, aspectos factuales de la hipótesis que estructuró a la luz de las normas que regulan esta faceta del ejercicio de la acción penal, entre otras cosas porque no podría incluirlos en una eventual acusación en caso de que el acuerdo no se materialice, habida cuenta de la consonancia fáctica que debe existir entre los cargos incluidos en ambos escenarios; (iii) de lo contrario, un procesado podría beneficiarse con una imputación ajena a la legalidad, así decida posteriormente desistir del preacuerdo “prometido”, o intentar la consecución de beneficios ilegales, producto de un cambio subrepticio de la imputación y del posterior allanamiento a cargos; (iv) en este tipo de escenarios, se le privaría al juez de realizar las verificaciones inherentes a estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, entre ellas, la existencia del “mínimo de prueba” a que alude el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, la concerniente a la acumulación ilegal de beneficios o el desconocimiento de las prohibiciones legales frente a determinados delitos, límites que, sin duda, constituyen una clara expresión de la política criminal del Estado, a la que están sometidas este tipo de convenidos (Art. 348 ídem)».

Acorde con ello, las diversas formas de terminación anticipada de la actuación penal están sujetas al concepto de “discrecionalidad reglada”¹¹, orientado a lograr un punto de equilibrio entre el margen de maniobrabilidad que debe tener la Fiscalía y la materialización, entre otros, de los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como la evitación de la arbitrariedad en el ejercicio de la acción penal, por lo que el Juez debe verificar: i) el consentimiento y voluntad del procesado (ii) la claridad del acuerdo en lo que atañe a los beneficios concedidos al procesado, (iii) la existencia de un mínimo de prueba, (iv) el respeto a los límites establecidos por la ley en materia de beneficios; (v) que se acataron las prohibiciones de conceder este tipo de prerrogativas frente a algunos delitos; (vi) se realizó el reintegro de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004; (vii) se garantizaron los derechos de

¹¹ SP2073-2020, jun. 24, rad. 52227

las víctimas.

En los eventos en los que el juez advierta que la delimitación del cargo obedece al inequívoco propósito de conceder beneficios adicionales, o que se ha optado por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos con la clara finalidad de eludir una prohibición legal en materia de acuerdos *«el juez debe ejercer sus funciones de director del proceso, en orden a aclarar la situación, y, a partir de ello, tomar las decisiones que considere procedentes. En todo caso, como bien lo resalta el delegado de la Fiscalía, esas labores de dirección deben realizarse en el momento procesal adecuado (la respectiva audiencia de control de legalidad)»*¹². En reciente pronunciamiento¹³, el análisis fue zanjado bajo el argumento que:

Los preacuerdos serán controlados por el juez de conocimiento para verificar que cumplan las exigencias legales y, en general, preserven las garantías fundamentales de las partes e intervinientes. Cuando aquéllos conservan el núcleo fáctico de la imputación y/o acusación y su exacta calificación jurídica, pero remiten a la consecuencia establecida para un supuesto típico diferente, por supuesto más benévola que la procedería en estricta legalidad, el control judicial debe constatar, especialmente, la proporcionalidad del beneficio que se establece, sin perjuicio de los demás requisitos legales.

Acogiendo las precisiones de la Corte Constitucional en sentencia SU479 de 2019, indicó el alto tribunal que los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, lo que implica que la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida –según

¹² CSJ SP594-2019, 27 feb. 2019, rad.51596.

¹³ CSJ AP1745 – 2021, 5 mayo 2021, rad. 59232

el estándar previsto para cada fase-, pues les está vedado “inflar” la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos. Así, los acuerdos en los que se opta por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes «no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes».

En los preacuerdos, se ha expresado, la Fiscalía debe obrar con objetividad, lo cual implica que la actuación del ente acusador no puede de manera ligera, descuidada o intencionadamente hacer uso indebido de sus facultades, dar a la información recopilada en la indagación o investigación un uso indebido, alterar, ocultar o manipular la verdad, los hechos, las consecuencias jurídicas de la conducta delictiva consumada, actuar con abuso de sus facultades, formular acusaciones infundadas, o modificar medidas cautelares para favorecer sin razón a una parte o interviniente, su proceder con base en dicho principio debe revelar rectitud y probidad en la definición de la existencia del delito, la declaración de responsabilidad y la negociación de la pena¹⁴.

Así, en este sentido, el Juez debe verificar no solamente el cumplimiento de los requisitos legales¹⁵, sino también constatar el respeto por las garantías fundamentales de partes e intervinientes, el acatamiento a las finalidades del preacuerdo y en especial, que dicho pacto refleje en forma estricta los

¹⁴ Reiterada, entre otras, por la SP2295-2020, jul. 8, rad. 50659; y la SP3002-2020, ago. 19, rad 54039.

¹⁵ Este control meramente formal, tiene por objeto la constatación de que no se trate de pactos prohibidos por el legislador o que la aceptación de responsabilidad se haya realizado de manera libre, consciente, voluntaria e informada

hechos imputados y soportados en los elementos de prueba obrantes en la actuación, en salvaguarda de las garantías, principios y valores de orden constitucional y de convencionalidad¹⁶, de los que son titulares las partes e intervinientes en el proceso.

Bajo este marco normativo y jurisprudencial resulta claro que el instituto de los preacuerdos no puede ser usado para llegar a desbordados descuentos punitivos o entregar doble beneficio producto de un apartamiento de los fácticos establecidos con el cuestionamiento siguiente ante infundadas rebajas.

En otras oportunidades se ha advertido que en materia de preacuerdos, entre otros aspectos, que: i) al juez de conocimiento no le está autorizado legal y jurisprudencialmente realizar control material, excepto cuando advierta el quebrantamiento de garantías fundamentales de los intervinientes; ii) con base en los principios de progresividad de la investigación penal y facultad de modulación de la acusación, cuando existe prueba posterior a la imputación que así lo determine, el fiscal puede modificar la calificación de la conducta; iii) en los preacuerdos no se podrá comprometer la presunción de inocencia y ellos sólo proceden si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad; iv) se debe cumplir con la estricta tipicidad, donde el fiscal debe adecuar la conducta conforme

¹⁶ La Corte Constitucional en CC SU-479 de 2019 señala «El presupuesto de todo preacuerdo consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, lo que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica. Por esta razón, el juez de conocimiento debe confrontar que la adecuación típica plasmada en el escrito se corresponda jurídicamente con los hechos a partir de los cuales las partes alcanzan su acuerdo»

con los hechos del proceso; y, v) no se debe, sin motivo alguno, variar la imputación fáctica.

Del caso concreto

El problema jurídico que ha de resolver esta Corporación se ciñe a confrontar si al preacuerdo suscrito entre las partes resulta respetuoso del principio de legalidad, o si por el contrario, con tal negociación se ha evidenciado el desprestigio a la administración de Justicia.

De entrada debe aclararse que, en principio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, corresponde a la Fiscalía General de la Nación la titularidad de la acción penal y, por lo tanto, bien puede celebrar los preacuerdos que considere ajustados a la ley, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 348 a 354 de la Ley 906 de 2004 y demás normas concordantes.

Como de tiempo atrás lo ha sostenido esta Corporación con ponencia de quien ahora ejerce igual función¹⁷, es claro que el funcionario de conocimiento no se debe entrometer de fondo en la imputación y en la acusación, como quiera que hay lugar a respetar la autonomía que la Fiscalía posee en tal sentido por disposición legal y constitucional; sin embargo, para el caso de los preacuerdos el juez sí está obligado a realizar un control material en cuanto no basta con analizar si fue libre, voluntario y

¹⁷ Sentencia radicada 0520960003312019 -80024. N.I. 2020-0705-2. Aprobada mediante acta 066 del 10 de agosto de 2021, entre otras.

debidamente asistido, ya que existen multiplicidad de factores que se enmarcan dentro del principio de legalidad y que no pueden pasar desapercibidos al instante de su aprobación. Dígase por ejemplo los principios de congruencia, razonabilidad y proporcionalidad, en consideración a que el juez está en la obligación de verificar que la negociación cumpla con los fines para los cuales fue creada con miras a la autocomposición de los conflictos, incluidos los intereses de las víctimas.

De lo anterior, surge diáfano que el preacuerdo debe ser cuidadoso con el principio de legalidad de los delitos y las penas, por lo cual el juez de conocimiento en materia de allanamientos, preacuerdos y negociaciones, debe verificar que en cada caso se presente una correcta adecuación típica de los hechos y que los preacuerdos sólo tengan fuerza vinculante cuando no vulneren garantías fundamentales, porque en caso de advertir algún menoscabo debe rechazar la manifestación de culpabilidad del imputado.

Para la Corporación se está ante un preacuerdo que procura una variación jurídica sin base factual, lo que claramente se evidencia de la presentación de la acusación que correspondió a la misma imputación fáctica y jurídica que hasta este momento procesal se tiene, y así lo hizo saber el delegado del ente acusador al momento de exponer el preacuerdo suscrito, cuando señala que no modifica los fácticos y que acude a la figura de la complicidad solo para efectos del preacuerdo.

Para los efectos de la decisión que se pretende tomar, se hace necesario traslitar lo manifestado por el fiscal 096 seccional, en

punto a los términos de la negociación que, a más de imprecisos, resultan ampliamente favorables para los procesados. Veamos:

Este preacuerdo tiene su base a partir de la formulación de acusación que se les hubiera hecho en su oportunidad el día 29 de julio de 2021, ante el Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Concordia, a los señores Kevin Alejandro Taborda Flórez, Kevin Alejandro Vasco Pérez y Kevin Leandro Urrego Urrego, en calidad de coautores del delito de hurto calificado y agravado, realizado en concurso con el delito de fabricación, porte, o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, consagrado respectivamente en los artículos 39 del Código Penal, artículo 240 numeral primero del Código Penal, que señala pena de prisión de 6 a 14 años, y también el artículo 245, numeral 10, que señala pena de prisión de 12 a 28 años; esta será la pena básica, pues teniendo en cuenta que es el delito de mayor entidad, y tiene una pena mínima de 12 años de prisión a una máxima de 28 años. Se les imputa este delito como realizado en concurso heterogéneo con el delito de porte ilegal de arma de fuego, que tiene pena de 9 a 12 años. Por eso entonces tomamos como base para el preacuerdo el delito de mayor entidad en su pena mínima, que es de 12 años.

Entonces entre la defensa, Fiscalía y procesados hemos pre acordado que para Kevin Alejandro Taborda y Kevin Alejandro Vasco la pena se pre acuerda en 6 años y 3 meses; esto a partir de que de que el hurto calificado y agravado tiene una pena mínima de 12 años de prisión y

por el concurso se le agrega un año. Le aumentamos en un año la pena que bien sabemos que se podría aumentar hasta en otro tanto, pero entonces según lo acordado, se le aumenta un año por el concurso, quedando la pena base de este acuerdo en 13 años.

A partir de esta pena, la Fiscalía les degrada la forma de participación de coautores, al grado de complicidad; como contraprestación o en consecuencia de este, de esta degradación de la forma de participación, los procesados Kevin Alejandro Taborda Flórez, Kevin Alejandro Vasco Pérez y Kevin Leandro Urrego Urrego se allanan a los cargos.

Frente a esta nueva imputación quedándole la pena en 6 años y medio, que esto es igual a 78 meses de prisión; **esto es virtud de que se preacuerda una rebaja del 50% a partir de esa pena base de 13 años. Y, ellos tienen derecho a la rebaja de la octava parte en virtud del allanamiento a cargos, teniendo en cuenta que fueron capturados en situación de flagrancia. Esta pena les queda de manera pre acordada en 6 años y 3 meses, esto para Kevin Alejandro Taborda y Kevin Alejandro Vasco; en el caso de Kevin Leandro Urrego Urrego se dan estas mismas situaciones;** es decir, está cobijado por esta este mismo preacuerdo, pero teniendo en cuenta que registra una sentencia condenatoria como antecedente judicial, la cual fue proferida por su despacho, el día 25 de junio del año 2020 que lo condenó por el delito de porte ilegal de arma de fuego, entonces, frente a él se pre acuerda una pena de 6 años y 7 meses, esto es, que se le incrementa en cuatro

meses más la pena respecto de Kevin Alejandro Taborda y Kevin Alejandro Vasco¹⁸.(Resaltado por la Sala)

Lo anterior solo significa que se ha utilizado un instituto que amplia favorablemente los límites punitivos de la sanción que el estatuto de las penas establece para un comportamiento penal cuando se obre al amparo de ese modo de participación.

Importante considera la Sala, dadas las dudas presentadas por las partes, que la complicidad como dispositivo amplificador del tipo penal se puede llegar fruto de la investigación que se adelanta, con lo cual el núcleo fáctico del juicio de imputación sufre un cambio que se ve reflejado en la punibilidad que contiene unos límites mínimos y máximos más bajos, que la sanción para un comportamiento en condiciones normales, calificación jurídica que conlleva una dosificación más benéfica que se reclama como un derecho.

A diferencia de la utilización de aquella figura jurídica en la modalidad de los preacuerdos en cuyo caso puede también el ente acusador y la defensa acordar una pena dentro de estos límites que establece el instituto de la complicidad, pero debe tener en cuenta el momento procesal en que se suscribe el preacuerdo, dado que la filosofía de esta justicia premial radica en que los beneficios deben ser mayores cuando la aceptación de los cargos enrostrados se presente en las primeras fases de la investigación penal y es por ello que a medida que transcurre el trámite procesal debe ir reduciendo el monto de la rebaja, lo

¹⁸ Audiencia de formulación de acusación mutada a verificación de preacuerdo de fecha 3 de diciembre de 2021. Récord 7:18

cual es absolutamente lógico en tratándose de una forma de terminación de los procesos penales, y por ello se ha entendido, a menor desgaste del aparato judicial mayor debe ser la rebaja y en sentido contrario, a mayor actividad investigativa en inicio de proceso penal, el privilegio debe ser menor.

Descendiendo al caso que la Sala hoy analiza, se ha tomado la figura del cómplice, no como producto del avance del proceso investigativo, no hay modificación en el núcleo fáctico, por tanto, la calificación jurídica es la misma presentada en la formulación de imputación y en el juicio de acusación como lo expresó el delegado de la fiscalía al momento de presentar el preacuerdo, por tanto el deber del juez de conocimiento al analizar el convenio suscrito entre las partes es verificar que la rebaja punitiva concedida marcada por aquel instituto, no sea desproporcionada considerando el momento procesal en que se efectúa.

Luego de realizar tal análisis, para la Magistratura la rebaja realizada en la punibilidad presentada era desproporcionada, en tratándose de un preacuerdo sin base factual, argumentos que equivocadamente la defensa reclama para que se corrija la decisión del a-quo habida consideración que además de reconocer la complicidad, concedió una rebaja del 50% por un supuesto allanamiento a cargos, aun cuando fue un preacuerdo, solicitando además, una rebaja adicional de la octava parte sobre el total de la sanción “por allanarse”, resultando así la pena más baja; y se indica que hay un equívoco por cuanto al señalar que no hay base factual se está

señalando que no procede como derecho, y que se itera fue lo manifestado por el fiscal de turno quien manifestó que la figura fue solo esgrimida a efectos del preacuerdo. Además de ello, se concede una rebaja del 50%, cuando abiertamente, se estaba en la diligencia de formulación de acusación- solicitando en la misma la mutación por preacuerdo- no correspondiendo la rebaja cedida por el delegado del ente persecutor.

Al respecto en jurisprudencia actual, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, retoma un análisis acerca de la figura de la coautoría y la complicidad, evocando:

2.2 De la coautoría y la complicidad.

La legislación colombiana ha acogido el concepto general de participación para referir la concurrencia de personas en la comisión de una o varias conductas punibles, estableciéndola dentro de los denominados dispositivos amplificadores del tipo penal, para lo cual acepta una clara distinción entre autores y partícipes pues acoge los postulados generales de la teoría del dominio del hecho, según la cual, *"autor" será aquel que ejecute los hechos típicos con dominio del hecho; "partícipe", aquel que colabore con éste en la ejecución de la conducta pero sin poseer el dominio del hecho, entendido como la capacidad del sujeto para determinar la realización (o no) del hecho punible.*¹⁹

La Ley 599 de 2000, establece en su artículo 28 que *"concurrer en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes"* y en el artículo 29 se establece las tres formas clásicas de autoría, esto es, autor directo o inmediato, autor indirecto o mediato y coautor.

Para el caso que nos ocupa, con relación a la coautoría, se pregona su configuración cuando la conducta es realizada material y directamente por varias personas en acuerdo, sea que todos desarrollen integra y en

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C 015 de 2018.

conjunto la acción descrita o que la hagan con trabajo dividido.

La Sala ha ratificado la división entre coautoría propia e impropia al señalar que, *“La primera ocurre cuando varios sujetos, acordados de manera previa o concomitante realizan el verbo rector definido por el legislador, mientras que la segunda, la impropia, llamada coautoría funcional, precisa también de dicho acuerdo, pero hay división del trabajo, identidad en el delito que será cometido y sujeción al plan establecido, modalidad prevista en el artículo 29-2 del Código Penal, al disponer que son coautores quienes, “mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo a la importancia del aporte”;* se puede deducir, ha dicho la Sala, de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de realizar el delito.”²⁰ (CSJSP, 25 jul 2018, Rad. 50394).

De igual forma, se ha insistido en que el concepto de autor no se limita a quien realiza materialmente la acción, sino que este involucra a quienes tienen el dominio del hecho y participan del plan común, esto se evidencia en SP954 – 2020²¹ en la que se recuerda lo expuesto en la SP del 14 de diciembre de 2011, Radicado 34703²²:

“No se puede dejar de recordar que los actuales desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales se orientan por reconocer como característica de la denominada coautoría impropia que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible no ejecutan integral y materialmente la conducta definida en el tipo penal, pero si lo hacen prestando contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito, y previo o concurrente a la comisión del hecho sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo o que solo deba responder por el aporte realizado y desconectado del plan común, pues en tal caso, una teoría de naturaleza objetivo formal, por ende excesivamente restrictiva, sin duda muy respetuosa del principio de legalidad estricta, no logra explicar la autoría mediata ni la coautoría, como

²⁰ SP2981-2018 Radicación 50394.

²¹ SP954 del 27 de mayo de 2020. Radicación 56400. M.P.

²² Sobre el mismo tema, AP del 21 de enero de 2014, Radicado 42768, del 18 de febrero de 2015, Radicado 45266 y del 25 de octubre de 2017, Radicado 50639.

fenómenos expresamente reconocidos en el derecho positivo actual (artículo 29 de la Ley 599 de 2000).."

En este sentido, la Sala ha aceptado además la posibilidad de imputar responsabilidad a título de coautoría impropia en casos en lo que inclusive el resultado ilícito tan solo se establecía como probable, pero luego de su ejecución fue posible ratificar la idoneidad de los elementos utilizados y su inclusión dentro del plan criminal, es decir, valida este título de imputación en los eventos en los que las diferentes conductas ejecutadas constituyan una decisión conjunta, con co-dominio del hecho y una aportación de parte en la fase ejecutiva, resultando el hecho claramente previsible al haberse asumido como una posibilidad concreta desde el momento de la planeación de los acontecimientos²³.

En decisión del 26 de septiembre de 2012, radicado 38250, recordó la Sala los elementos estructurantes de la coautoría concretándolos en, "acuerdo común, división del trabajo y observación del peso del aporte", y analizándolo de otra forma, se requiere el cumplimiento de los siguientes elementos: i) desde el aspecto subjetivo, la existencia de un acuerdo común y el convencimiento sobre el dominio del hecho, y ii) en la fase objetiva, el co-dominio funcional de la acción criminal y el aporte significativo del implicado."

Ahora bien, respecto a los partícipes el artículo 30 se ocupa de establecer quienes con su actuar o injerencia en la comisión de una conducta punible adquieren esta calidad, concretándolos en el determinador y el cómplice. Pues si bien este artículo al finalizar su redacción hace alusión al interviniente, modalidad que por su ubicación sistémica podría entenderse comprendida dentro de la citada categoría general, bien lo ha señalado la Sala se trata de institutos jurídicos diferentes.

Así las cosas, respecto al cómplice la Sala ha sido enfática en señalar que se trata de un instituto diferente al de la coautoría puesto que éste detenta el dominio del hecho, mientras que el cómplice se limita a prestar una ayuda que no reviste significativa importancia para la ejecución de la conducta punible, "Se caracteriza porque la persona contribuye a la realización de la conducta punible de otro, o presta una ayuda posterior cumpliendo promesa anterior,

²³ AP3684 del 27 de agosto 2019 Radicación N° 52590.

de modo que no realiza el comportamiento descrito en el tipo, ni tiene dominio en la producción del hecho, porque su conducta no es propiamente causa de un resultado típico, sino una condición del mismo²⁴". (Subrayas por la Sala)

Claro lo señalado, el preacuerdo que presentan en esta ocasión no tiene una base probatoria, es solo recurrir a esta figura que disminuye la pena para emplearla con el único propósito de reducir la pena a imponer a los acusados. En consecuencia, si la calificación jurídica se ha dado como hurto calificado y agravado según los artículos 239, 240 N° 1, 241 N° 10 del código penal que conlleva una pena de 12 a 28 años de prisión, en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones del artículo 365, que comporta una pena de prisión de 9 a 12 años.

De conformidad con el artículo 352 del código adjetivo penal, cuando se presenten preacuerdos posteriores a la presentación del escrito de acusación, (lo que se infiere del artículo 301 ibidem), la reducción que procede corresponde a una cuarta de la tercera parte del beneficio de que trata el artículo 351 de la ley 906 de 2004, por cuanto los encausados fueron capturados en flagrancia. Quedando en el aire una sensación de doble beneficio, cuando el fiscal en su exposición relató "esto es en virtud de que se preacuerda una rebaja del 50% a partir de esa pena base de 13 años. Y, ellos tienen derecho a la rebaja de la octava parte en virtud del allanamiento a cargos, teniendo en cuenta que fueron capturados en situación de flagrancia".

²⁴ SP2981-2018 Radicación 50394.

Y se asume en ese sentido, conforme los lineamientos esbozados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²⁵ que referido a la discrecionalidad reglada que tiene la fiscalía en la elaboración de preacuerdos debe considerar que las rebajas mayores serán para quienes producen menor desgaste del aparato investigativo, por lo que hace la comparación con la figura del allanamiento para indicar cual es el monto de rebaja en cada momento posible de tal aceptación de la responsabilidad y señalar que en lo relacionado con los preacuerdos existe el artículo 352 del código de procedimiento penal que también establece los límites para los preacuerdos suscritos con posterioridad al escrito de acusación, criterio que se repite en otra decisión del máximo órgano de la justicia ordinaria Sala Penal²⁶, cuando se indica que el beneficio debe ser proporcional, no conceder descuentos desmesurados por lo que se requiere tener en cuenta el momento procesal en que se hace la negociación, por lo que el descuento no puede ser mayor a ese máximo que la norma permite según el estado del proceso.

Al caso que ocupa vemos que se ha pactado una pena, luego de una rebaja de pena por allanamiento a cargos sobre el 50% quedando en 123 meses de prisión para Kevin Alejandro Taborda y Kevin Alejandro Vasco y 127 meses de prisión para Kevin Leandro Urrego Urrego, y que para llegar a esa cantidad de pena se ha indicado que es producto de dosificar el hurto calificado y agravado en el guarismo de 12 años de prisión de prisión y 12 meses más por el delito que concurra fabricación,

²⁵ 52227 de 2020

²⁶ SP4225 del 21 de octubre de 2020 radicado 51478.

tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes, accesorios o municiones.

Cuando el equivalente a una rebaja para este momento procesal se insiste corresponde solo a una cuarta parte de la tercera parte del beneficio a que tiene derecho como quiera que fueron capturados en flagrancia, esto es, el 8.33% dado que ya existe escrito de acusación presentado el 5 de octubre de 2021, acorde a lo estatuido por el artículo 352 de la Ley 906 de 2004, sin entrar en análisis sobre la pena que se impone por el delito que concurra.

Es por lo que claramente se considera que en un preacuerdo sin base factual no puede entregarse rebajas desbordadas por cuanto atentan contra el aprestigiamiento de la administración de justicia y al no ajustarse a los criterios establecidos por la jurisprudencia nacional hoy aplicables el remedio es la improbación del mismo.

Acorde con lo anterior, deben colmarse los requisitos que dogmáticamente se han establecido por la doctrina y la jurisprudencia para el reconocimiento del instituto de la complicidad, los que no concurren en este evento, pues aquellos elementos que adujo la Fiscalía por intermedio de su delegado, no tienen el talante para dicha demostración, por tanto en esta ocasión aquella figura solo tenía como fin el cambio favorable de punibilidad pero que debió ser mesurado y acorde al momento procesal.

Para finalizar, y retomando lo planteado por el fiscal en su intervención como no recurrente, al advertir que no era procedente la rebaja del artículo 269 del C.P., porque tal situación había quedado contemplada dentro del acuerdo suscrito por las partes, razonamiento alejado de la realidad jurídica, pues se trata de un beneficio cuyo reconocimiento depende de la demostración del supuesto de hecho que origina la diminuyente punitiva, esto es, la reparación de lo dañado o el reintegro de lo apropiado, producto de la voluntad del procesado.

Pasa por alto el delegado fiscal, así como la judicatura, no valorándola al momento de emitir su decisión, que ambos institutos, el de los preacuerdos y los fenómenos post delictuales²⁷, poseen una naturaleza disímil e independiente. Por ende, el beneficio del artículo 269 constituye una circunstancia de atenuación de la pena, cuya concesión no depende de la alegación o consenso de las partes, pues, incluso debe ser decretada de manera oficiosa cuando se verifique su materialización por parte del juez de conocimiento.

Al compás de lo anterior, también se evidencia desconocimiento de los institutos procesales del allanamiento y los preacuerdos propios del sistema penal de corte acusatorio por parte de la defensa de los procesados pues, aunque consintió en un preacuerdo en favor de sus defendidos – con claridad sobre los mismos - alega en esta instancia una rebaja

²⁷ CSJ SP, 8 Abr 2003. Rad. 16778: "Los fenómenos post-delictuales, como comportamientos del autor o actos de carácter procesal posteriores al delito, por no guardar ninguna relación con la modalidad de la conducta punible, no son factores modificadores de los extremos punitivos sino de la pena una vez individualizada en concreto".

por allanamiento, a pesar que la aceptación de cargos se dio por vía de la negociación a la que se llegó con el delegado del ente persecutor.

Por último, la Corporación debe hacer un llamado de atención al Juez Promiscuo del Circuito de Urao para que ajuste la manera como imparte aprobación a los preacuerdos celebrados entre las partes.

Ello por cuanto los eventos culminados por esa vía de terminación anticipada, no eximen a la judicatura de la obligación de verificar en debida forma los presupuestos habilitantes para la aplicabilidad de la figura en comento y, en ese orden, resultaba imperativo verificar el porcentaje de rebaja que se estaba concediendo, para la etapa procesal en la que se verbalizaba el mismo.

Por tal razón, es razonable exigir a los funcionarios encargados de revisar la legalidad de las actuaciones, que realicen su labor con la diligencia debida, con estricto apego a la normatividad, para que así se garanticen los derechos de los procesados, se salvaguarden los intereses de la víctima y, finalmente, se satisfaga la aspiración de la ciudadanía a que se imparta justicia de manera pronta y eficaz.

Así las cosas, y siendo que la decisión que en esta oportunidad se asume procura salvaguardar la expresión del debido proceso y principio de legalidad respecto del preacuerdo sometido a su consideración, lo propio será revocar la actuación a partir de la

aprobación del preacuerdo y devolver la actuación para que continúe el trámite correspondiente. En su lugar, se IMPRUEBA EL PREACUERDO celebrado entre las partes.

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

8. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión adoptada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao, durante la audiencia de verificación de preacuerdo, llevada a cabo el 6 de diciembre de 2022, en la que se aprobó el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y los acusados. En su lugar, se IMPRUEBA EL PREACUERDO celebrado entre las partes.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica por estrados y contra ella procede no procede recurso alguno.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

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

**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:
**3a736aeb50fd8079dc5c2bb104cbd1dd0d87e21d927c137e61eda
2cb375d8f6a**

Documento generado en 02/03/2022 04:37:40 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.	2022-0158-3
Radicado	05579310400120210001
Accionante	María Celina Hernández Arango
Accionado	Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas - UARIV
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca

Medellín, tres (03) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Aprobado mediante Acta N° 058 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la demandada¹ contra la sentencia de tutela de 25 de enero de 2021², emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio - Antioquia, que decidió tutelar los derechos fundamentales de la parte actora, y en consecuencia, ordenó a la demanda a comunicar a la promotora información acerca del período de que dispone para hacerse efectivo el pago de la medida de indemnización indicando la fecha - estimada y razonable - para la cual se hará efectivo el pago de la misma.

¹ Fue remitida al Tribunal por el Juzgado de origen el 3 de febrero de 2021. Se recibió en secretaria de la Sala penal el 11 de febrero de 2021, el acta de reparto es del 9 de febrero de ese año y pasó al Despacho el 10 de febrero de 2022.

² Folio 33 a 43, ibídem.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestó el accionante que³, es una persona desempleada y sin recursos de sostenibilidad, que el día 9 de noviembre de 2020, solicitó a la Dirección Técnica de la **Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas** –en adelante **UARIV**- información relacionada con la Resolución 04102019-489056 del 13 de marzo de 2020, en donde refiere que se le reconoció el derecho de indemnización administrativa por desplazamiento forzado a su grupo familiar; sin embargo, relata que a la fecha no ha recibido comunicado por parte de la demandada.

Por lo anterior, requiere a la judicatura el amparo a su derecho fundamental de petición; y, en consecuencia, orden que determine a la demandada a resolver de fondo la solicitud alegada.

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. El Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio – Antioquia el 18 de enero del año en curso⁴ 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 20 de enero de la misma anualidad⁵, el representante judicial de la **UARIV**, al descorrer traslado de la acción de tutela, afirmó que al revisar el sistema de información de la entidad, no se encontró solicitud por parte de la actora que se encuentre pendiente para dar respuesta.

³ Folios 2 a 3, ibídem.

⁴ Folio 7 y 8, ibídem.

⁵ Folios 17 a 23, ibídem.

Sin embargo, relató que mediante Resolución N° 04102019 489056 del 13 de marzo de 2020, se reconoció a la accionante indemnización administrativa por desplazamiento forzado y se le informó que la entrega de la indemnización se encuentra sujeta a la aplicación del método técnico de priorización, y aclaró que para el caso de la gestora el mismo se llevó a cabo por ruta general, de acuerdo a lo consignado en el artículo 20 de la resolución 01049 del 15 de marzo de 2019.

De contera, explicó el propósito del método técnico de priorización y que para su aplicación se tiene en cuenta la información de las variables demográficas, socioeconómicas, de caracterización del daño, y de avance en el proceso de reparación integral. Adicionó que el mismo se realiza anualmente, de modo que, su aplicación será respecto de la totalidad que al finalizar el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior cuenten con decisión de reconocimiento de indemnización administrativa a su favor.

Indicó que para el caso particular se aplicará el 30 de julio del año 2021, cuyo resultado se informará a la respectiva víctima en su momento. Así, expuso que surge para la entidad la imposibilidad de dar fecha cierta y/o turno de pago, toda vez que debe ser respetuosa del procedimiento establecido en la Resolución 1049 de 2019 y del debido proceso administrativo.

En virtud a ello, solicitó a la administración de justicia negar las pretensiones invocadas por la promotora en su escrito tutelar.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio – Antioquia profirió sentencia de primera instancia en la que decidió tutelar los derechos fundamentales de la parte actora y ordenó a la UARIV comunicarle

información acerca del período de que dispone para hacerse efectivo el pago de la medida de indemnización indicando la fecha - estimada y razonable - para la cual se hará efectivo el pago de la misma.

Lo anterior, por cuanto consideró que de acuerdo con la valoración de los documentos aportados es posible determinar el reconocimiento de la accionante como víctima del conflicto armado y la presentación de solicitud escrita por parte de ella.

Del mismo modo, consideró el operador de justicia que no determinar un turno o fecha cierta de pago hasta tanto no se efectuó la aplicación del método técnico de priorización, desconoce lo preceptuado en el artículo 14 de la Resolución 1049 de 2019, en tanto es obligación de esa entidad informar la fecha aproximada o estimada en que se hará efectivo el pago de la indemnización.

Adicionó que el precedente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, en decisión del 16 de septiembre de 2020, estableció que la **UARIV** transgredió el principio de plazo razonable que guía las actuaciones administrativas de su competencia, al omitir manifestarle a la accionante la fecha estimada y razonable en que hará efectivo el pago de la indemnización administrativa.

DE LA APELACIÓN

Indicó la UARIV que emitió Resolución N° 04102019-489056 del 13 de marzo de 2020, en la que reconoció el derecho de la gestora a recibir indemnización administrativa, lo cual fue comunicado a la residencia del jefe de hogar el 24 de julio de 2020, informando en el escrito que contra la decisión procedían los términos de ley, que no fueron debidamente ejecutados.

Relató que surge para la entidad la imposibilidad de dar fecha y cierta y/o pagar la indemnización administrativa, toda vez que debe ser respetuosa del procedimiento establecido en la Resolución 1049 de 2019 y del debido proceso administrativo.

Aseguró que lo anterior, fue comunicado mediante oficio No. 20217202130431 adiado el 27 de enero de 2021, a la accionante la dirección de correo electrónico juliana3462@hotmail.com.

Adicionó que la labor de indemnizar a todas las víctimas del conflicto armado resulta en una labor difícil de ejecutar, por lo que el método técnico de priorización consagra un orden de entrega progresivo de todos los afectados, y que el próximo sería realizado el 30 de julio de 2021.

A su juicio, el fallo objetado resulta violatorio del derecho al debido proceso respecto de actuaciones administrativas por defecto procedimental absoluto, pues al ordenar a la Unidad que proceda a comunicarle a la promotora acerca del periodo de que dispone para hacerse efectivo el pago de la medida de indemnización y le indique la fecha - estimada y razonable - para la cual se hará efectivo el pago de la misma, omite y deja de un lado el proceso administrativo legalmente establecido que debe ser de imperiosa observancia y respeto por el operador judicial, derivando ello en la apertura de una brecha para que las víctimas accedan a los beneficios diseñados para la población víctima de manera irregular sin cumplir con las etapas administrativas previas al reconocimiento de la indemnización administrativa.

Finalmente, realizó precisiones sobre la aplicación del método, y mencionó que en el caso concreto no hay vulneración de derecho fundamental alguno. Así las cosas, petitionó que se proceda a revocar la decisión

proferida por el administrador de justicia, y en su lugar se accedan a las pretensiones postuladas inicialmente por él.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991⁶, el *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela y esta Corporación es competente para pronunciarse según los artículos 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991, al tener la condición de superior funcional del despacho de primera instancia.

Del caso concreto

Según el artículo 86 de la Constitución Política, la tutela constituye un mecanismo residual de protección de los derechos fundamentales que permite la intervención del juez constitucional ante su vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, tratándose de estos últimos en los casos previstos en la norma invocada.

De tal suerte, para la prosperidad del amparo judicial se requiere que aparezca demostrada una situación de esta naturaleza, esto es, de quebranto actual o de riesgo inminente para un derecho de dicha categoría. De igual modo, que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, a menos que el recurso ordinario sea ineficaz o se acuda a la acción pública con carácter de mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable;

⁶ 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

en fin, en las hipótesis excepcionales del artículo 6, numeral 1o, del Decreto 2591 de 1991.

Por tal motivo, la decisión sobre las pretensiones del impugnante se supedita a la verificación de los requisitos enunciados, que el Tribunal debe examinar si concurren en el presente caso.

Así, sea lo primero indicar que la ciudadana Juliana María Quintero Agudelo manifestó que el día 9 de noviembre de 2020 solicitó a la Dirección Técnica de la **Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas** –en adelante **UARIV**- información respecto del motivo por el cual no se ha hecho efectivo el pago de la indemnización que le fue reconocida, sin obtener respuesta alguna. Invocó amparo a su derecho fundamental de petición y se consecuencia, ordenara a la UARIV resolver de fondo la solicitud alegada.

La primera instancia tuteló los derechos fundamentales del derecho de petición, debido proceso y protección especial como persona en condición de desplazamiento y víctima del conflicto y ordenó a la UARIV comunicarle a la accionante información acerca del período de que dispone para hacerse efectivo el pago de la medida de indemnización indicando la fecha - estimada y razonable - para la cual se hará efectivo el pago de la misma.

La UARIV, expresa su inconformidad ante el fallo de primera instancia al considerar que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante pues debe ser respetuosa del procedimiento establecido en la Resolución 1049 de 2019 y del debido proceso administrativo.

Procede la Sala, en consecuencia, a estudiar lo relacionado con: i) la fecha de pago de la indemnización administrativa y ii) el derecho de petición.

1. Del pago de la indemnización administrativa.

Al respecto y reiterando el criterio de esta Sala de Decisión⁷, es preciso aclarar que la Sentencia T-083 de 2017 de la Corte Constitucional recalcó que la indemnización administrativa y los demás mecanismos de reparación, no siguen el orden de las solicitudes, por cuanto la Ley 1448 de 2011, y sus decretos reglamentarios, crearon criterios de gradualidad, progresividad y priorización, para poder fijar el orden de entrega, verificar el grado de vulnerabilidad de la persona y su grupo familiar, por ser la forma más viable para realizar la reparación efectiva, con enfoque diferencial, garantizando prevalencia sobre aquellos que requieren sean satisfechas con urgencia.

Mediante Auto 206 de 2017, la Corte Constitucional ordenó al Director de la Unidad para las Víctimas, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación, reglamentar el procedimiento a agotar por parte de las personas desplazadas para la obtención de la indemnización administrativa con criterios puntuales y objetivos. En ese orden, expidió la Resolución No. 1049 del 15 de marzo de 2019, *“Por medio de la cual se adopta el procedimiento para reconocer y otorgar la indemnización por vía administrativa, se crea el método técnico de priorización, se deroga las Resoluciones 090 de 2015 y 01958 de 2018 y se dictan otras disposiciones”*

Según el artículo 11 del mencionado acto administrativo, para la materialización de la entrega de la indemnización administrativa, siempre se tendrá en cuenta la disponibilidad presupuestal, además la clasificación de las solicitudes en **prioritarias** *las que corresponden a las solicitudes en las que se acredite cualquiera de las situaciones previstas en el artículo 4 y*

⁷ 2021-0301-3, 2021-0594-3, 2021-0640-3, 2021-1373-3 2021.1688-3, 2021-1706-3.

generales corresponde a las solicitudes que no acrediten alguna situación de extrema urgencia y vulnerabilidad como lo establece el artículo 9.

En ese orden, con la Resolución 1049 de 2019, se estableció el procedimiento para reconocer y otorgar la indemnización por vía administrativa aplicándose para todas las solicitudes cuatro fases a saber: (i) fase de la solicitud de indemnización administrativa (artículo 7), (ii) fase de análisis de la solicitud (artículo 10), (iii) fase de respuesta de fondo de la solicitud (artículo 11) y (iv) fase de entrega de la medida indemnizatoria (artículo 14).

De otro lado, creó el Método Técnico de Priorización- artículo 15 y s.s.- el cual se define como un proceso técnico que determina los criterios y lineamientos que debe adoptar la Subdirección de Reparación Individual para determinar la priorización anual del desembolso de la indemnización administrativa.

Dicho Método -artículo 16- tiene por objeto generar listas ordinales que indicarán la priorización para el desembolso del derecho económico al que tienen lugar las víctimas reconocidas en el RUV, y se aplica anualmente a las mismas a efectos de determinar la urgencia en los pagos, asignar turnos que resulten proporcionales a ellos, y respetar los recursos asignados a la entidad para la vigencia fiscal⁸.

Si bien el inciso 4° del artículo 14 de la Resolución No. 01049 del 15 de marzo de 2019 contempla que *“En todos los casos que proceda la entrega de la indemnización, la Unidad para las Víctimas comunicará a la víctima solicitante acerca del periodo de que dispone para hacer efectivo el pago de la medida de indemnización”*, una interpretación sistemática de la norma obliga a considerar el

⁸ Artículo 17, ibídem.

procedimiento para reconocer y otorgar la indemnización por vía administrativa a través del método de priorización.

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

Es en razón de ello, aunado a que en el RUV se registra un elevado número víctimas del conflicto armado, que se predica la imposibilidad de exigirle a la demandada el aporte de una fecha exacta o aproximada en la que realizará el pago del concepto económico que anteriormente reconoció.

En esa medida, dado que no se ha comprobado que la accionante se encuentran inmersos alguna de las situaciones de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad contenidas en el artículo 4 de la Resolución 1049 de 2019 y artículo 1 de la Resolución 582 de 2021, mal puede obligarse a la entidad demandada a priorizar la entrega de la indemnización administrativa y señalar fecha estimada y razonable para ello.

Por tanto, la decisión de primera instancia será revocada al no advertirse vulneración alguna al debido proceso.

2. Del derecho de petición.

La accionante solicitó se amparara su derecho fundamental de petición dado que la UARIV no ha atendido su solicitud del 9 de noviembre de 2020, relacionada con la Resolución 04102019-489056 del 13 de marzo de 2020 según la cual le reconoció el derecho de indemnización administrativa por desplazamiento forzado a su grupo familiar.

Previo a la decisión adoptada por la primera instancia, la UARIV informó que no se encontró solicitud alguna por parte del accionante, pendiente de dar respuesta.

No obstante, al momento de presentar la impugnación, la **UARIV** aseguró que a la petición adiada el 9 de noviembre de 2021 se dio respuesta de fondo mediante oficio No. 20217202130431 adiado el 27 de enero de 2021⁹, y que se notificó el mismo día a la dirección de correo electrónico juliana3462@hotmail.com, aportada por la accionante en su escrito petitorio, en la que exponen el estado del trámite de entrega de su indemnización administrativa y los motivos por lo que se imposibilita asegurar fecha cierta de desembolso.

De tal suerte, nos encontramos ante un hecho superado, dado que durante el trámite de la acción de tutela, se presentó la ocurrencia de la respuesta brindada por la UARIV y echada de menos por el accionante, que a la luz de lo considerado por la Corte Constitucional, *“...demuestran que las circunstancias existentes al momento de interponer la acción se transformaron y por lo tanto la parte accionante ha perdido el interés en la satisfacción de su pretensión o ésta no puede obtenerse, pues la situación en principio informada a través de la tutela, ha cesado”*.¹⁰

Por tanto, al encontrarse satisfecho el núcleo esencial del derecho fundamental de petición durante el trámite constitucional, sin sujeción a una orden constitucional, debe comprenderse que en la actualidad carece de objeto emitir cualquier orden, pues se reitera, la accionada a la fecha ha cumplido con la carga probatoria para acreditar el contenido de la respuesta a la petición inicial de la gestora y su correspondiente

⁹ Folio 65 y 66, ibídem.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-283 de 2016.

notificación, por lo tanto, se declarará el acaecimiento del fenómeno jurídico del hecho superado.

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: REVOCAR por lo expuesto, la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío - Antioquia el 25 de enero de 2021.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia del fenómeno jurídico del hecho superado, ante la respuesta emitida y notificada a la accionada el 27 de enero de 2021, según la motivación de este proveído.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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:
b343001737ac648ed2f516be280d4af6b0a7a4f6f160d576996639b3b16
c472b

Documento generado en 03/03/2022 01:38:56 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, marzo dos (02) de dos mil veintidós (2022)

N° Interno : 2022-0202-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
CUI : **05000-22-04-000-2022-00080**
Accionante : Ever de Jesús Orozo Grisales
Accionado : Fiscalía 18 Seccional de La Ceja,
Antioquia y otro
Decisión : Improcedente

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 025

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el señor EVER DE JESÚS OROZCO GRISALES, en procura de la protección de su garantía fundamental al debido proceso, contra la FISCALÍA 18 SECCIONAL DE LA CEJA, ANTIOQUIA y la MÉDICA KELLY DUQUE GARCÍA, adscrita al HOSPITAL DE LA UNIÓN, ANTIOQUIA.

ANTECEDENTES

Expresa el accionante que su progenitora Margarita Grisales López falleció el 25 de enero de 2022, y de manera posterior, la médica general Kelly Duque García, adscrita al Hospital de La Unión, efectuó la respectiva necropsia.

Dice el accionante que a la fecha desconoce los resultados de la actividad practicada por la aludida profesional de la salud, y, así mismo, desconoce los resultados de la investigación que la fiscalía accionada está en la obligación de adelantar.

Solicita por lo expuesto, que la Fiscalía 18 Seccional de La Ceja, Antioquia, le suministre información sobre el estado del proceso; así mismo, se le entregue copia del acta de necropsia de la señora Margarita.

Surtido el trámite necesario las autoridades accionadas ejercieron su derecho de defensa de la siguiente manera:

FISCALÍA 18 SECCIONAL DE LA CEJA, ANTIOQUIA:

El doctor Carlos Alberto Cardona Castaño, informa que el pasado 28 de enero, recibió por parte de la SIJIN unos actos urgentes alusivos al deceso de la señora Maria Margarita Grisales de Orozco, al interior de su domicilio ubicado en la vereda Santa Cruz de La Unión, lo cual tuvo lugar el 25 de enero de 2022.

A las diligencias les fue asignado el SPOA 05 376 6000 339 2022 00014, proceso en el cual aún no se cuenta con el acta de necropsia.

Dice el señor fiscal que en las diligencias no obra una petición del señor Ever de Jesús donde solicite información verbal o escrita sobre el proceso aludido.

MÉDICA KELLY DUQUE GARCÍA, ADSCRITA AL HOSPITAL DE LA UNIÓN:

No se pronunció sobre el particular.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El derecho de petición como garantía fundamental de carácter subjetivo y reconocido como tal de manera expresa en el *artículo 23, Constitución Política*, constituye la materialización de la posibilidad que le asiste a los ciudadanos de acudir ante las autoridades públicas o personas privadas en demanda de una oportuna y concreta resolución de sus peticiones.

De tal suerte que, la respuesta de un derecho de petición, ha de observar como presupuesto *sine qua non*, una resolución de manera oportuna, de fondo y en forma clara y precisa, a más de ponerse en conocimiento del peticionario, so pena de configurarse el menoscabo de la garantía constitucional fundamental de petición.

Ahora bien, pertinente es asimismo distinguir entre la prerrogativa que viene tratándose y el derecho de postulación que se activa cuando la solicitud tiene como fin el

pronunciamiento del órgano jurisdiccional, a este respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia CC T-272/06, diferenció dos situaciones así:

"(...) Puede concluirse que cuando se trate de solicitudes de las partes de un proceso judicial en el curso, ambas tienen el carácter de derecho fundamental; pero para distinguir si se hacen en uso del derecho de petición (artículo 23 C.P.) o en el de postulación (artículo 29 ibídem), y por tanto, cuál sería el derecho esencial afectado con su desatención, es necesario establecer la esencia de la petición, y a ello se llega por la naturaleza de la respuesta; donde se debe identificar si ésta implica decisión judicial sobre algún asunto relacionado con la litis o con el procedimiento; pues en este caso, la contestación equivaldría a un acto expedido en función jurisdiccional, que por tanto, está reglado para el proceso que debe seguirse en la actuación y así, el juez, por más que lo invoque el petente, no está obligado a responder bajo las previsiones normativas del derecho de petición, sino que, en acatamiento al debido proceso, deberá dar prevalencia a las reglas propias del juicio que establecen los términos, procedimiento y contenido de las actuaciones que correspondan a la situación, a las cuales deben sujetarse tanto él como las partes.

*Así las cosas, es claro que la autoridad a la que se le dirige la petición debe distinguir si la esencia de ésta implica su pronunciamiento en virtud de su ejercicio jurisdiccional, o si, por el contrario, lo pedido está sujeto a los lineamientos y términos propios de este derecho."*¹

En el presente evento, la acción de tutela presentada por el señor EVER DE JESÚS OROZCO GRISALES, tiene como finalidad acceder a información relacionada con el deceso de su progenitora María Margarita Grisales de Orozco, ocurrido el 25 de enero de 2022. En ese sentido, pretende conocer los resultados de la necropsia realizada a la aludida señora, así como los avances de la investigación que viene adelantando la Fiscalía 18 Seccional de La Ceja, Antioquia por tales hechos; de ahí que el derecho

¹ Tomado de la sentencia de Tutela bajo radicado 636.364 de 28 de junio de 2018.

invocado por la parte actora se encuadre en el artículo 23 de la Constitución Nacional, en la medida que no busca un pronunciamiento de orden jurisdiccional, sino solamente el suministro de determinada información.

Sin embargo, las inconformidades del actor no están llamadas a prosperar en este escenario, pues como en forma clara lo ha afirmado el delegado de la fiscalía accionada, no existe petición alguna que hubiese elevado el señor Ever de Jesús ante esa dependencia, orientada a conocer ya sea de manera verbal o escrita el estado del proceso; mucho menos solicitando a dicho servidor gestionara la pronta emisión del dictamen final sobre las razones de la muerte de la señora María Margarita Grisales de Orozco.

Y esa respuesta del funcionario se fortalece al verificar el contenido del escrito de tutela, en el que el actor, no aporta ninguna evidencia orientada a acreditar la presentación de alguna solicitud ante la fiscalía o el Hospital de La Unión, donde tuvo lugar el deceso de la señora María Margarita, con el fin de conocer las razones de su muerte, o buscando información clara y concreta sobre determinado tópico alusivo a los mismos hechos.

Recuérdese que el artículo 86 de la Constitución Política tiene por objeto proteger de manera efectiva e inmediata los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas y/o de los particulares, estos en los casos que la ley regula, y siempre que el afectado no disponga de otros medios de defensa

judicial, de ahí que no sea la acción de tutela el mecanismo al que de primera mano pueda acudir el accionante, cuando inicialmente cuenta con el ejercicio de su derecho de petición, formulando la respectiva solicitud ante las autoridades accionadas, lo que se extraña en esta oportunidad, al menos de ello no existe la más mínima prueba, para determinar el tiempo en que ello ocurrió y si ha transcurrido el término legalmente establecido para obtener respuesta sobre el particular.

En ese orden de ideas, se declara improcedente el amparo invocado, habida consideración que el actor acude de manera principal a este mecanismo constitucional, pretermitiendo los mecanismos de los cuales dispone para obtener la información en torno a las circunstancias que originaron el deceso de su progenitora.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE LA TUTELA solicitada por el ciudadano EVER DE JESÚS OROZCO GRISALES y respecto de la garantía constitucional fundamental de

petición, de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

**Firma electrónica
PLINIO MENDIETA PACHECO**

**Firma electrónica
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

**Firma electrónica
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Nº Interno : 2022-0202-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
CUJ : 05000-22-04-000-2022-00080
Accionante : EVER DE JESÚS OROZCO G.
Accionado : Fiscalía 18 Seccional de La Ceja y otro

Firmado Por:

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

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

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
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:

2e5f6956159fc0c61d11b7c01fc876d1c404ffc014c26243d3d63b60a
f3dd829

Documento generado en 03/03/2022 11:25:12 AM

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, dos (02) de marzo de dos mil veintidós (2022)

N° Interno : 2022-0211-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
CUI : **05000-22-04-000-2022-00084**
Accionante : Uberney David Tamayo
Accionado : Juzgado Cuarto Penal del Circuito
Especializado de Antioquia
Decisión : Deniega por hecho superado

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 025

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el señor UBERNEY DAVID TAMAYO, contra el JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA, en procura de la protección de su garantía fundamental al debido proceso.

ANTECEDENTES

El señor WBERNEY DAVID TAMAYO, manifestó que

el 3 de febrero de 2021, fue enviado al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el recurso de apelación presentado por él, frente a la decisión denegatoria de la libertad condicional.

Que de manera posterior, 19 de octubre de 2021, recordó al juzgado el recurso vertical interpuesto en la anterior oportunidad, pero hasta el momento no ha sido notificado de la decisión pertinente.

Al respecto, el **JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA**, informa que el día 25 de octubre de 2021 resolvió confirmar integralmente el auto por el cual el Juzgado Doce de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá negó al accionante la libertad condicional, por la gravedad de la conducta, decisión que fue debidamente motivada. En esa misma fecha el expediente fue remitido al empleado del Centro de Servicios encargado de la notificación y el día 13 de noviembre de 2021, vía correo electrónico (juridica.epcpicota@inpec.gov.co), se solicitó al área jurídica del COBOG “La Picota” que, en un acto de cooperación institucional con esta Oficina Judicial, notificara al condenado **UBERNEY DAVID TAMAYO** la providencia.

Señala que en el decurso de esta acción constitucional, la constancia de notificación por parte del área jurídica del penal no había sido devuelta al Juzgado, razón por la cual el día 22 de febrero de 2022 ese Despacho Judicial por el

mismo medio electrónico reiteró la solicitud de notificación al área jurídica del COBOG “La Picota”.

En ese orden de ideas, refiere que el primero de marzo del año en curso el establecimiento penitenciario allegó constancia de notificación de la decisión mediante la cual fue confirmado el auto interlocutorio nugatorio de la libertad condicional solicitada por el actor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando el hecho que ha dado lugar al ejercicio de la petición de amparo ha desaparecido, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna para la protección de derechos fundamentales, pues ha dejado de existir el objeto jurídico sobre el cual proveer. Es decir, la decisión que hubiera podido proferir el juez constitucional, en relación con la protección solicitada, resultaría inoficiosa por carencia actual de objeto.

En este orden de ideas, en *Sentencia T-352 de 2006*, la *H. Corte Constitucional* reiteró que si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para dicha

acción.

Por supuesto que para evitar que se repitan los mismos hechos, el juez constitucional se encuentra habilitado para señalar cuál ha debido ser el comportamiento adoptado por la entidad o entidades demandadas, para no desconocer los derechos fundamentales, en cuanto se hubiera constatado una eventual afrenta. Así, según el *artículo 24, Decreto 2591 de 1991*, cuando cesen los efectos del acto impugnado o éste se ha consumado en forma que resulta imposible ordenar el restablecimiento invocado, *“los accionados serán prevenidos para que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones u omisiones advertidas, y que, si procedieren de modo contrario serán sancionados, en los términos de la misma disposición”*.

Pues bien, en el caso concreto se tiene que el actor reclamaba del JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA, solucionara el recurso de apelación presentado por él frente al auto interlocutorio emitido por el Juzgado 12 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, que en anterior oportunidad le negó la libertad condicional.

Fue así como el 25 de octubre de 2021, tuvo lugar la decisión que resolvió en forma negativa el recurso de apelación interpuesto por el señor David Tamayo, sólo que ésta aún no se había notificado por parte del EPC La Picota, lo cual finalmente tuvo lugar el 23 de febrero de 2022.

En ese orden, logra constatarse entonces, que

para el presente evento se está ante la configuración de un supuesto de hecho superado, dado que, emitida la decisión interlocutoria ya aludida, tuvo lugar su notificación.

Así las cosas, se declarará que estamos en el presente trámite constitucional frente a la configuración de un hecho superado y, en consecuencia, se denegarán las pretensiones de la parte interesada, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

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

RESUELVE

PRIMERO: DENIEGA LA TUTELA solicitada por el ciudadano UBERNEY DAVID TAMAYO, y respecto de la garantía constitucional fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia; ello, al constatarse la configuración de un supuesto de hecho superado, de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

De no impugnarse la presente decisión, **SE DISPONE** remitir el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el

Decreto 2591 de 1991, artículo 31.

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica
PLINIO MENDIETA PACHECO

Firma electrónica
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

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

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

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal

Nº Interno : 2022-0211-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
CUI : 05000-22-04-000-2022-00084
Accionante : Uberney David Tamayo
Accionado : Juzgado Cuarto Penal del Circuito
Especializado de Antioquia

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:

**a195fdafdc0242518d4a826b750f4e0e82eb500932a0c6b270e2abd4d
62b4e51**

Documento generado en 03/03/2022 11:25:23 AM

**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. 0503461001412013800124 **NI:** 2022-0225-6
Imputado: SEBASTIAN OSPINA MUÑOZ
Delito: Concurso de Actos Sexuales Abusivos
Motivo: Apelación de auto niega nulidad
Decisión: Revoca
Aprobado Acta virtual No. 027 del 2 de marzo de 2022 **Sala No: 6**

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

Medellín, Marzo dos de dos mil veintidós

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del acusado contra el auto emitido el pasado 7 de febrero del 2022. Actuación que arriba a esta Corporación el 25 de febrero del año en curso.

II. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

En desarrollo de la audiencia preparatoria el defensor del acusado manifiesta que, revisado el escrito de acusación, la audiencia de acusación y la audiencia de formulación de imputación observa que debe pedir la nulidad parcial del acto de la actuación. En el escrito se expusieron dos hechos constituidos del abuso sexual, uno del 2010 y otro del 2012. Vista la fecha de nacimiento de su representado para el evento del año 2010 era menor de edad, por lo tanto, no tiene competencia para conocer de dicho asunto. Si bien es cierto no fue alegado por el defensor que asistió a la acusación, dicho error trasciende e impide la continuación del proceso, visto que hay una total falta de competencia, vista la minoría de edad del acusado para el momento del primer hecho. Así se evidencia al repasar la

entrevista que rindió la menor donde señala que el primer hecho ocurrió para el año 2010. Por lo tanto, no se puede juzgar los hechos del año 2010 en este juicio y debe proceder la nulidad parcial.

Ante tal petición tanto el representante de la Fiscalía General de la Nación, como el abogado de víctimas expresan estar de acuerdo con el pedimento de la defensa.

III. PROVIDENCIA IMPUGNADA

Considera el Juez de primera Instancia, que en la acusación que se presentó en el mes de octubre del 2020, la actuación se siguió conforme a la ley, y en dicho acto procesal no se planteó nulidad alguna, por lo que en principio no podría ahora discutirse nuevamente un tema que debió tranzarse en dicha acusación. De otra parte se debe advertir que estamos frente a una conducta que se presenta en forma sucesiva, siendo mínimo 2 eventos tal y como se observa en la acusación, uno de los cuales ocurre en el año 2010, en el que si bien es cierto el acusado era menor de edad, y por lo mismo debía seguirse por un sistema procesal diverso, hay otro evento que si se tramita bajo el esquema de la ley 906 del 2004, lo que implica que hay una concurrencia de dos sistemas y visto el precedente fijado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en radicado 42606 24 de Septiembre 2014 del FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO, resulta posible en estos eventos que la actuación se tramite bajo la normatividad del último acto, siempre y cuando no se afecte garantías fundamentales, por lo tanto no es posible decretar la nulidad, pues se insisten dos hipótesis delictivas de la misma naturaleza, sucesivas y que en cualquiera de los dos sistemas procesales se garantizan los derechos del procesado por lo tanto puede juzgarse conforme la ley 906 del 2004, normatividad que igualmente tiene las mismas garantías. Por lo tanto no se observa que se superen los principios de convalidación visto que en la acusación que era el escenario para plantear nulidades no se hizo y de otra parte no hay

una argumentación eficiente al pedir la nulidad como bajo la tendencia acusatoria se vulneran las garantías de su prohijado, por ende no existe una fundamentación para decretar la nulidad, pues aunque la ley de infancia reconoce algunos medidas de protección, también se rige por el procediendo de la ley 906 del 2004, y no se avizora como se afectan sus garantías .

IV. APELACION.

El abogado defensor interpone recurso de apelación, y fundamenta su petición señalando que si se plantearon en la petición las razones para la nulidad y que la misma si se debe decretar pues no se trata de sistemas procesales similares como lo señala el Juez de Primera Instancia, visto el carácter pedagógico y protector que tiene el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, el cual no desaparece por el hecho de que la persona que cometió la conducta siendo adolescente se convierta en mayor de edad. La nulidad si trasciende a las garantías fundamentales de su representado y por lo mismo la providencia materia de impugnación debe ser revocada.

IV CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a ocuparse sobre la petición de nulidad parcial que fue negada por el Juez de Primera Instancia, que aunque encontró que en efecto dos son las conductas que se investigan, y una de ellas aparece ocurriendo cuando el acusado es menor de edad, visto que tal conducta esta concursando con otra acaecida cuando es mayor de edad, no se genera invalidez de la actuación, por cuanto hay concurrencia de sistemas procesales, que según lineamientos de la jurisprudencia nacional, permite se juzgue por el procedimiento previsto en la Ley 906 del 2004.

Lo primero que debemos precisar es cual es el sentido y alcance de la nulidad como remedio procesal al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹ señala:

«El instrumento conceptual y normativo que permite proteger y hacer efectivos los derechos y garantías fundamentales en los procedimientos judiciales es el debido proceso, cuya estructura compleja se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria. Esta limitación para el Estado y garantía para la persona, se establece en el artículo 29 Constitucional que dispone, “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. La fórmula empleada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 condensa diferentes aspectos: (i) el debido proceso se aplica a las actuaciones judiciales y administrativas; (ii) su contenido implica garantías tales como el principio de legalidad, el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente, la plenitud de las formas del juicio, el derecho a la favorabilidad penal, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a un debido proceso sin dilaciones, el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, el derecho a la impugnación, la garantía de la cosa juzgada y; (iii) tematiza la prueba ilícita. [...] [...]estas garantías mínimas son una obligación para todas las ramas que integran el poder público, que según lo dispuesto en el artículo 113 constitucional, son la legislativa, la ejecutiva, y la judicial, sin perjuicio de que existan otros órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Ahora bien, para asegurar la vigencia y eficacia del debido proceso y de las garantías fundamentales, el legislador previó la institución jurídica de las nulidades procesales, que sanciona las irregularidades presentadas en el marco del proceso, y que, atendiendo a su gravedad, obliga a que de manera excepcional se invaliden las actuaciones afectadas. Así, su declaración opera como un control constitucional y legal que garantiza la validez de la actuación procesal y asegura a las partes el derecho fundamental al debido proceso».

En el presente asunto se le imputaron y por esto mismo se le acusó, si bien es cierto la acusación fue formulada² de manera totalmente antitécnica, transcribiendo apartes de una entrevista, se deduce que se refiere a dos eventos de abuso sexual que presuntamente el acusado SEBASTIAN OSPINA MUÑOZ, ejecutó sobre su sobrina en los años 2010 y 2013. Igualmente encontramos conforme a lo anunciado en la acusación que el señor OSPINA MUÑOZ, nació el 1 de marzo de 1994, por lo que para el año 2010 contaba con 16 años y

¹ AP 2399 DEL 2017.

² Acusación formulada el 22 de octubre del 2020.

para el segundo evento con 19 años. Por lo tanto, la primera conducta debe juzgarse conforme la Ley de Infancia y Adolescencia-Ley 1098 del 2006, al ser el acusado para ese momento menor de edad, y la otra conforme la Ley 906 del 2004, procedimiento establecido para los mayores de edad.

Ahora bien la Fiscalía General, acusó por el concurso de las dos conductas punibles, al considerarlas conexas, y el Juez de Conocimiento que ahora resuelve la petición de nulidad que eleva la defensa, aunque reconoce que debían tramitarse por procedimientos distintos, con fundamento en un precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como argumento central avizora que visto que se dio un concurso sucesivo de conductas punibles es posible tramitarlo por el que rige el juzgamiento de la última de las conductas esto es la Ley 906 del 2004, por lo que despacha negativamente la nulidad.

El precedente en cuestión es el siguiente³ :

“Sobre este tipo de situaciones, esto es, cuando el delito se comete en vigencia de los dos sistemas procesales la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que, si se trata de delitos de ejecución permanente, el trámite a seguir (Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004) se definirá según la fecha en la que se hubiera iniciado la investigación.

Así se ha señalado:

Pues bien, esta temática no le ha sido ajena al estudio de la Sala, por ello tiene establecido y de manera pacífica, en postura que hoy prohija, que en tratándose de delitos permanentes o cometidos en concurso se impone (CSJ AP, 9 Jun 2008, Rad. 29586; CSJ AP, 15 Dic 2008, Rad. 30665; CSJ AP, 10 Mar 2009, Rad. 31180; CSJ AP, 29 Jul 2009, Rad. 31519, y, CSJ AP, 11 Dic 2013, Rad. 41187):

acudir a criterios objetivos y razonables, edificados éstos esencialmente en determinar bajo cuál de las legislaciones se iniciaron las actividades de investigación, la que una vez detectada y aplicada, bajo su inmodificable régimen habrá de adelantarse la totalidad

³ Radicado 42606 24 de Septiembre 2014 del FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

de la actuación, sin importar que (al seleccionarse por ejemplo la Ley 600) aún bajo la comisión del delito -dada su permanencia- aparezca en vigencia el nuevo sistema.

Ya la iniciación de las pesquisas por los senderos de aquella normatividad marcará el rumbo definitivo del procedimiento a seguir.(...)». (CSJ SP 12 marzo 2014 rad. 36106)

El mismo criterio se ha aplicado en tratándose de delitos continuados (CSJ AP, 30 Abril 2014, rad. 43388), entendidos como «varias y separables ejecuciones punibles que se ligan, en calidad de factor común aglutinante por el propósito que desde el inicio animó al autor» (CSJ AP 28 Mayo 2014, rad. 43803):

«Ya la Sala, en reciente decisión (CSJ AP, 22 de may. de 2013, rad. 40981), juzgó pertinente asimilar a los delitos continuados el tratamiento que se aplica a los casos de punibles de ejecución permanente en relación con la determinación del trámite a seguir cuando su comisión se prolonga durante una época en la que rigen varios sistemas procesales, como es el caso de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004. En dicha providencia, en efecto, expresó:

“Empero, si bien es cierto, el punible por el que se profirió condena, hurto agravado, no es de ejecución permanente, sí se trató de una conducta continuada, en la medida en que los múltiples actos de apoderamiento del dinero propiedad de la compañía Biodentales Ltda, bajo la misma modalidad y por las mismas personas, se ejecutaron durante los años 2003, 2004 y enero de 2005, motivo por el que es posible asimilar el tratamiento que se otorga al delito de ejecución permanente al momento de definir el procedimiento aplicable cuando su comisión se prolonga durante una época en la que transita más de una norma procedimental, con aquel que corresponde al delito continuado, esto es que será la ley procesal con la que se haya iniciado la investigación la que definirá el trámite por el que se regirá la actuación”.

Sea del caso precisar que el pronunciamiento dictado dentro de la radicación 24582, cuya data es del 29 de octubre de 2008, contrario a lo argumentado por el actor, no constituye fundamento para desechar la tesis de la razón objetiva en los casos de delitos continuados, pues si bien en esa decisión se señaló, remembrándose determinaciones anteriores (CJS SP, 26 de abr. de 2006, rad. 22027; CSJ SP, 7 de sept. de 2006, rad. 23790), que respecto de ese tipo de conductas “la legislación utilizable sería la vigente en el momento de la culminación del fin, es decir, el instante de la obtención del objetivo.”, tal criterio se prohijó para efectos de determinar la normativa de carácter sustancial más favorable para el reo, no así frente a la definición del procedimiento aplicable.

Siendo así la situación, es claro que ninguna irregularidad logra evidenciar el demandante cuando acusa a los juzgadores por aplicar al presente caso el procedimiento

previsto en la Ley 600 de 2000, si se tiene en cuenta que, ocurridos los hechos durante los años 2004 y 2005, la investigación se adelantó con fundamento en dicha normativa».

Ahora bien, respecto de los delitos de ejecución instantánea que son cometidos en forma independiente y no mediados por la consecución de un propósito inicial, otra es la situación, en la medida en que éstos se agotan en un solo acto, y por lo mismo, su comisión no puede extenderse en el tiempo de modo que cobije la vigencia de dos sistemas procesales, pues o se comete en uno o en otro, así se trate de hechos concursales como por ejemplo los delitos sexuales, cometidos durante determinado tiempo contra la misma víctima, pues cada episodio constituye una conducta punible que se agota en un solo momento.

No puede confundirse el concurso homogéneo sucesivo de un delito de ejecución instantánea con los punibles de ejecución permanente o el delito continuado, puesto que pese a que un ilícito como el primero en mención se cometa de manera reiterada y por un periodo de tiempo establecido, cada una de esas conductas comporta un delito independiente y autónomo respecto de los demás hechos concursales, por manera que en estricto sentido, en principio, cada uno de tales sucesos punibles daría lugar a la iniciación de un proceso penal de acuerdo con el procedimiento vigente para la fecha de su comisión, en aplicación de la regla que fija el artículo 50 de la Ley 906 de 2004, según la cual «por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales».

Empero, dicha regla puede romperse cuando se trate de hechos conexos, tal y como el mismo precepto en mención lo contempla: «Los delitos conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente»

El artículo 51 de la Ley 906 de 2004, señala que se presenta la conexidad cuando:

- 1. El delito haya sido cometido en coparticipación criminal.*
- 2. Se impute a una persona la comisión de más de un delito con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar.*
- 3. Se impute a una persona la comisión de varios delitos, cuando unos se han realizado con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros; o con ocasión o como consecuencia de otro.*
- 4. Se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra” (destacado fuera de texto).*

Los supuestos en los cuales tiene lugar la conexidad son los siguientes: (i) cuando el delito ha sido cometido en coparticipación criminal; (ii) cuando se impute a una persona más de un delito realizado con unidad de tiempo y lugar. (iii) cuando se impute a una persona la comisión de varios delitos realizados unos con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros, o con ocasión o como consecuencia de otro; y (iv) cuando se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra.

El mismo como se observa de su lectura atenta, se refiere a conductas cometidas tanto en vigencia de la Ley 600 del 2000 como la ley 906 del 2004, lo que resulta ser diferente al caso que nos ocupa porque aquí no es que se este en una sucesión de leyes procesales durante la ejecución de las conductas punibles conexas, sino en eventos cometidos el primer evento cuando se era menor de edad, y el segundo cuando era mayor de edad lo que implica para su juzgamiento dos sistemas de responsabilidad penal diferentes, Ley 1098 del 2006 y Ley 906 del 2004 y dado el carácter diferenciado del primero de los sistemas, no resulta aplicable el precedente citado, pues se itera no es que un adulto comete un concurso sucesivos de delitos en vigencia de dos sistemas procesales igualmente sucesivos en el tiempo, sino en dos sistemas como se anuncia diferentes por la naturaleza misma de la persona que esta siendo juzgada, esto es adolescente o mayor de edad.

La Corte Constitucional⁴ sobre la naturaleza del sistema de responsabilidad penal para adolescente precisa.

“El carácter específico y diferenciado del proceso y de las medidas que en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes se adopten respecto del sistema de adultos, precisa que en caso de conflictos normativos entre las disposiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia y otras leyes, al igual que para efectos de interpretación normativa, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del

⁴ Sentencia C-684 del 2009.

niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.

Igualmente resala el carácter especial y diferenciado de dicho sistema de responsabilidad penal indicando:

“De los diversos instrumentos internacionales a los que se ha hecho alusión se desprende en primer lugar que el sistema de responsabilidad penal de las personas menores de edad debe contar con leyes, órganos, objetivos, sanciones y procedimientos propios, los cuales deben ser específicos y diferenciados respecto a los previstos para la investigación y juzgamiento de los mayores de edad. Adicionalmente que todas las garantías constitutivas del derecho al debido proceso consagradas en instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables en estos casos, entre las que se cuenta el principio de legalidad, la garantía del juez natural, la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho a la defensa técnica, el derecho a la contradicción de la prueba, el derecho a la segunda instancia, a las cuales se adicionan otras garantías especiales dirigidas a proteger el interés superior de los niños, niñas y adolescentes investigados y juzgados penalmente tales como el derecho a la presencia de los padres o tutores, la especial protección a la intimidad. Este conjunto de derechos procesales tiene como finalidad asegurar un “juicio imparcial y equitativo”, el cual además “se debe adelantar de manera tal que se permita al participe en él y se exprese libremente”, tal como exigen las reglas de Beijing a las que previamente se hizo alusión. Pues no se puede perder de vista que la especial condición de los niños, las niñas y los adolescentes no justifica reducir el ámbito del derecho al debido proceso, sino que, por el contrario, es el fundamento de mayores exigencias para las autoridades que han de crear las condiciones para asegurar el goce efectivo de las garantías constitutivas de este derecho.

Evidente es entonces, que si un adolecen debe entrar a responder penalmente por la ejecución de una conducta punible, no solo debe ser sometido a un procedimiento diferenciado, que busque la protección de sus intereses, que son superiores por mandato constitucional sino que además será destinatario de un sistema de sanciones totalmente diverso, que se rige por unos principios de *“protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados”* lo que torna incompatible, que porque ejecutara

posteriormente una conducta similar, cuando es mayor de edad pueda ser juzgado por el procedimiento propio para los mayores de edad, lo que implica que necesariamente las dos conductas punibles por la que se le acusa a OSPINA MUÑOZ, deben ser juzgadas por cuerda separada, y por lo mismo la nulidad deprecada por la defensa, debe prosperar, sin que importe para el caso que en el escenario idóneo para plantearla como lo es la acusación ya fue superado y quien detentará primigeniamente la defensa no advierta tal yerro, pues aquí indudablemente hay una vulneración a una garantía fundamental, como lo es la que tiene una persona cuando comete una conducta punible como adolescente de ser juzgado conforme al procedimiento especial y diferenciado previsto por el legislador dada su condición de menor de edad.

En ese orden de ideas la providencia materia de impugnación será revocada y por lo tanto se dispone la nulidad parcial de la actuación a partir del acto de impugnación en lo que se refiere a los cargos por el delito de acto sexual abusivo ocurrido en el año 2010, y continuara incólume la actuación respecto de la conducta ubicada en la acusación para el año 2013. Por el despacho de primera instancia se remitirá las copias correspondientes a la Fiscalía General de la Nación para lo de su cargo.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la providencia materia de impugnación de conformidad a las

razones y lineamientos plasmados en este proveído. En consecuencia, decretar la nulidad parcial de la actuación a partir de la formulación de imputación en relación con la conducta punible de acto sexual acaecida en el año 2010, conforme lo expuesto en la relación fáctica contenida en la imputación y acusación. Seguirá la actuación en el Juzgado de Primera Instancia respecto del punible referenciado como ocurrido en el año 2013.

SEGUNDO: Contra esta determinación no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE 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

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:

ab78a33dd1a87e886ee99062fb2cc3a0001cf02c28e3629271548ad935fd67b6

Documento generado en 03/03/2022 04:51:39 PM

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

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