

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL****ESTADO ELECTRÓNICO 197**

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

Radicado interno	Tipo de proceso	ACCIONANTE SOLICITANTE -DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	DECISIÓN	FECHA DE LA DECISIÓN
2022-1637-1	Tutela 1° instancia	JUAN CRISOSTOMO MORALES CASTAÑO	JUZGADO 02 EPMS DE EL SANTUARIO	Niega por hecho superado	Octubre 31 de 2022
2022-1669-1	Decision de plano	VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	LUIS ALFREDO ZAPATA ORREGO	Declara infundado	Noviembre 01 de 2022
2022-1601-4	Tutela 2° instancia	LUCELLY DEL SOCORRO AGUIRRE MUÑOZ	NUEVA EPS	Confirma	Noviembre 01 de 2022
2022-1591-4	Tutela 2° instancia	JOAN ALEXANDER ZAPATA TORRES	FISCALIA 16 LOCAL DEL CARMEN DE VIBORAL	Confirma	Noviembre 01 de 2022
2022-1532-6	Tutela 2° instancia	APOLINAR PRIETO RAMOS	NUEVA EPS	Confirma	Octubre 31 de 2022
2022-1549-6	Tutela 2° instancia	CARLOS MARIO ZULUAGA CHICA	COLPENSIONES	Anula	Octubre 31 de 2022
2022-1672-6	Auto interlocutorio	CONCIERTO PARA DELIQUIR AGRAVADO	BRAIDER ALEXIS TAPIA GAVIRIA Y OTROS	Confirma	Noviembre 01 de 2022

**FIJADO, HOY 02 DE NOVIEMBRE 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**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicados	05000-22-04-000-2022-00474. 05000-22-04-000-2022-00481
CUI	2022-1577-3 2022-1625-5
Accionante	Diomer Maquilon de la Rosa
Accionados	Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Ampara debido proceso

Medellín, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Aprobada mediante Acta N° 297 de la fecha

ASUNTO

Resuelve la Sala, en primera instancia, la acción de tutela propuesta por **Diomer Maquilon de la Rosa**, en contra del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y libertad.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el accionante¹ que, fue condenado por el **Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia**, al haber sido hallado autor penalmente responsable del delito de concierto para delinquir agravado.

Encontrándose el proceso ante los Despachos Ejecutores, solicitó el beneficio de la libertad condicional negándose su concesión por parte del

¹ PDF N°2, expediente digital de tutela.

Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Antioquia, providencia que fue objeto de apelación y confirmada por el Juzgado de Conocimiento.

Afirmó que, los accionados negaron el beneficio, argumentando la gravedad de la conducta punible sin embargo, no tuvieron en cuenta que se le impuso una condena de 48 meses de prisión y ha descontado 46 meses entre tiempo físico y redimido, cumpliendo de esta manera con los requisitos subjetivos y objetivos que contempla la norma.

Como consecuencia de lo descrito, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales y la revocatoria de esas decisiones, concediéndosele libertad condicional.

TRÁMITE

1. Mediante auto adiado el 13 de octubre de 2022², se dispuso asumir la acción de tutela y se corrió traslado a los despachos demandados para que, dentro del término improrrogable de dos (2) días, se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela y rindieran el informe que estimaran conveniente.

2. El titular del **Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia**³ indicó que, efectivamente adelantó proceso con radicado 05045 60 00 000 2021 00005 en contra de Diomer Maquillon de la Rosa y otro, dictando sentencia el 5 de marzo de 2021.

Dicha actuación correspondió por reparto al Juzgado Primero de Ejecución de penas y medidas de seguridad de Antioquia, quienes según actuación registrada el pasado 5 de octubre de 2022, negó el beneficio de libertad condicional mediante auto 2238. Se desconoce si el accionante

² PDF N° 08 – Expediente Digital.

³ PDF N° 14 – Expediente Digital.

interpuso el recurso de apelación, pues no ha arribado a su conocimiento las diligencias para desatar la alzada.

3. La titular del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** indicó que, efectivamente negó solicitud de libertad condicional al señor Diomer Maquilon de la Rosa pues el delito por el cual fue hallado penalmente responsable se considera como grave y de alto impacto social, razón por la cual, el cumplimiento de las 3/5 partes de la pena impuesta no resulta suficiente para acceder a su pretensión liberatoria.

Inconforme con la anterior decisión, y pese al estudio global, conjunto y armónico que se realizó del subrogado penal, el penado interpuso los recursos de ley, en consecuencia, mediante auto 1758, decidió no reponer la decisión, y conceder el recurso de apelación en el efecto devolutivo, ante el Juzgado 01 Penal del Circuito Especializado de Antioquia. Dicho trámite fue impartido por la Secretaría de esa especialidad el 26 de agosto 2022, sin que, a la fecha, hubiese regresado o se pusiere conocimiento de esa judicatura.

Indicó además que, no tiene solicitudes pendientes de trámite en favor del penado, y que, se encuentra a la espera, de la decisión que tome el Juzgado fallador en segunda instancia para proseguir con el trámite al que haya lugar.

4. Mediante auto del 25 de octubre de 2022, se ordenó vincular al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, dependencia que, en esa misma fecha remitió constancias de envío de la actuación ante el juez de conocimiento para que se desatara recurso de apelación.

5. El 27 de octubre de 2022, se dispuso la acumulación de la tutela distinguida bajo el 05000-22-04-000-2022-00481 y N.I.: 2022-1625-5,

pues la solicitud de amparo constitucional elevada en esa oportunidad y que le correspondió en un inicio al Despacho que preside el Dr. René Molina Cárdenas Magistrado de la Sala Penal del Distrito Judicial de Antioquia guarda identidad de partes, hechos y pretensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

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

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

2. Problema jurídico

En esta oportunidad, en primer lugar, corresponde a la Sala determinar si en la presente acción constitucional resulta ser temeraria respecto de la otrora solicitud incoada por el accionante, así, en caso de no serlo se verificará el cumplimiento de los requisitos generales y especiales de procedencia cuando se controvierten providencias judiciales y si se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad del promotor.

Lo anterior dado que, se advierte la inconformidad del accionante frente a la decisión del juzgado ejecutor y *-el de conocimiento actuando como juez de segunda instancia según su relato-*, quien le negó la libertad condicional conforme a la valoración de la conducta punible, aduciendo que, no se ha tenido en cuenta su proceso de resocialización.

Finalmente, se analizará si las accionadas han incurrido en vulneración frente al derecho al debido proceso, al no haberse resuelto el recurso de apelación interpuesto por el accionante frente a la decisión que le negó la libertad condicional.

1. De la temeridad.

La temeridad es una figura jurídica que pretende sancionar la presentación repetitiva y sin razón aparente, de una misma demanda ante diferentes operadores judiciales, simultánea o sucesivamente, sin que exista justificación para ello, pues es una actuación que *“quebranta los principios de buena fe, economía y eficacia procesales, porque desconoce los criterios de probidad que exige un debate honorable, dilata maliciosamente la actuación e impide alcanzar los resultados que el Estado busca con la actuación procesal.”*⁴

Por otra parte, la temeridad tiene que ver con el *“actuar doloso y de mala fe del peticionario”*, a efectos de garantizar el *“adecuado funcionamiento de la administración de justicia”*⁵.

Por lo tanto, la Corte Constitucional ha expresado que esta situación se presenta cuando se reúnen los siguientes requisitos *“i) identidad de partes, ii) identidad de hechos, iii) identidad de pretensiones, iv) ausencia de justificación objetiva para interponer la nueva acción y v) mala fe o dolo*

⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-327 de 1993, T-184 de 2005 y T-679 de 2009.

⁵ Sentencia T-266 de 2011, reiterada en la sentencia T-053 de 2012.

del demandante al presentarla.”⁶ Al mismo tiempo expone la consecuencia necesaria cuando se configura, afirmando que el “juez constitucional está obligado a rechazar las pretensiones del accionante y a imponer las sanciones previstas en los artículos 25 y 38 del Decreto 2591 de 1991 o en los artículos 80 y 81 de la Ley 1564 de 2012, por la cual se expide el Código General del Proceso”.⁷

Y es que, si bien las acciones constitucionales que se tramitan bajo los radicados 2022-1577-3 y 2022-1655-3 guardan identidad de partes, identidad de hechos, identidad de pretensiones y que, el accionante no manifestó justificación objetiva para interponer dos tutelas en similares condiciones; no se evidenció en su actuar mala fe o dolo pues, nótese que, la primera demanda constitucional fue impetrada el 12 de octubre de 2022⁸ y la segunda acción de tutela, fue sometida a reparto el 21 de octubre de 2022, sin que se haya remitido por parte del área respectiva la constancia de ingreso de esta última acción constitucional.

Luego teniendo en cuenta que, se trata de los mismos escritos emerge la duda si, efectivamente el promotor radicó la acción constitucional en dos oportunidades o se trató de un error del área de reparto quien remitió el escrito para su conocimiento de forma duplicada.

De esta manera no hay lugar a declarar temeridad en el presente asunto pues no se demostró el último de los requisitos constitucionales requerido para tales efectos.

⁶ Corte constitucional, Sentencia T-309 de 2021.

⁷ Ibídem.

⁸ Fecha en la cual fue asignado su conocimiento al Magistrado Rafael María Delgado Ortiz y que mediante auto de esa misma fecha ordenara su remisión por reglas de reparto a la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia.

2. Análisis de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

La sentencia C-590 de 2005 señala que hay un grupo de causales de procedibilidad genéricas y específicas para la prosperidad del recurso de amparo en contra de las decisiones judiciales⁹, cuyo fin –definido con posterioridad- consiste en tener con anticipación reglas metodológicas objetivas que sirvan al operador jurídico para examinar la procedencia y prosperidad de la acción de tutela¹⁰.

En cuanto a los lineamientos generales de procedencia de la acción, ha establecido:

“Esta nueva dimensión abandonó la expresión “vía de hecho” e introdujo “criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales”, los cuales fueron distinguidos como de carácter general y de carácter específico. Los primeros constituyen restricciones de índole procedimental o parámetros imprescindibles para que el juez de tutela aborde el análisis de fondo y fueron clasificados así:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.*
- b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.*
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.*
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora...*
- e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.*
- f. Que no se trate de sentencias de tutela.¹¹*

Una vez satisfechas tales condiciones generales, resulta imperioso que se acredite la existencia de, por lo menos, una causal o defecto específico de procedibilidad, a saber: Defecto orgánico, defecto procedimental absoluto, defecto fáctico, defecto material o sustantivo, error inducido,

⁹ Así también puede consultar la decisión SU-915 de 2013.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 2010.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-116 de 2018.

decisión sin motivación, desconocimiento del precedente, violación directa de la Constitución.”¹²

En cuanto a los requisitos generales se tiene que, no admite discusión alguna que el presunto asunto resulta de evidente relevancia constitucional, pues el acierto de la decisión que reprocha la parte actora, tiene incidencia directa sobre derechos constitucionales de indiscutible trascendencia como lo es la libertad.

El segundo de los requisitos señalados es que, el accionante haya promovido los mecanismos de defensa judicial existentes a su alcance para revertir la decisión que acusa como nugatoria de sus derechos fundamentales, para el caso, se tiene que corresponde al proveído N° 1526 del 29 de junio de 2022 que le negó libertad condicional, en razón a la valoración de la conducta punible.

Según la respuesta allegada por el juzgado ejecutor, frente a esa decisión el sentenciado interpuso los recursos de ley. La solicitud de reposición fue desatada mediante auto 1758 del 09 de agosto de 2022 a través del cual el Despacho resolvió no variar su decisión y en su lugar, concedió recurso de apelación ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, encontrándose pendiente de resolverse lo correspondiente por parte de la primera instancia.

Luego, se torna improcedente el estudio constitucional frente a providencia judicial, pues la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser analizados al interior del trámite procesal respectivo¹³; conforme con ello se declarará improcedente la solicitud de amparo constitucional frente al derecho fundamental a la libertad.

¹² Ibidem.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2019.

Sin embargo, procederá la Sala a amparar el derecho fundamental al debido proceso pues se observa que, a pesar de haber transcurrido dos meses desde que se concedió el recurso de apelación frente a la decisión que negó el beneficio liberatorio, él mismo no ha sido resuelto por parte del Despacho de conocimiento.

Sobre este tópico se recibió constancia por parte del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia a través de la cual se evidencia que, desde el 26 de agosto de 2022 a las 14:16 horas se remitió a la dirección electrónica jpecies01ant@cendoj.ramajudicial.gov.co correspondiente al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia correo denominado *“Remito link proceso 2021a1-2018 Diomer Maquilón de la Rosa apelación subsidiaria”* indicándose por parte del escribiente de esa especialidad que, enviaba el link del proceso *“a fin de que se resuelva en el despacho fallador, recurso de apelación interpuesto por el defensor del señor Maquilon de la Rosa, en contra de auto que niega solicitud de libertad condicional...”*¹⁴

Luego, si bien en su respuesta el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia indicó que, no se había allegado ningún recurso por parte de los Despachos Ejecutores, lo cierto es que, la Secretaría del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Pena y Medidas de Seguridad de Antioquia acreditó que, efectivamente desde el 26 de agosto de 2022 procedieron a remitirle el proceso correspondiente al promotor, para desatarse el recurso interpuesto frente a, proveído N° 1526 del 29 de junio de 2022 que le negó libertad condicional. Sobre dicho envío se aportó constancia de entrega.¹⁵

Luego, al haberse superado el término legal dispuesto para el efecto¹⁶ sin que se haya resuelto la impugnación interpuesta por el promotor, se procederá a amparar su derecho fundamental al debido proceso y se

¹⁴ PDF N° 25 del expediente digital.

¹⁵ PDF N° 26 del expediente digital.

¹⁶ Artículo 168. Término para adoptar decisión. Salvo disposición en contrario, el funcionario dispondrá hasta de tres (3) días hábiles para proferir las providencias de sustanciación y hasta de diez (10) días hábiles para las interlocutorias.

ordenará al **Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia** que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia proceda a desatar el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado frente al auto N° 1526 del 29 de junio de 2022; diligencias que fueron remitidas al correo electrónico institucional desde el 26 de agosto de 2022.

Dicha decisión deberá ser informada al promotor, a su abogado defensor y al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia dentro del mismo término.

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

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR el derecho al **debido proceso** del señor **David Diomer Maquilon de la Rosa**, identificado con la cédula de ciudadanía No .1.045.512.710 de conformidad con lo anotado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR al **Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia** que, en el término de **48 horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia** proceda a desatar el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado frente al auto N° 1526 del 29 de junio de 2022; diligencias que fueron remitidas al correo electrónico institucional desde el 26 de agosto de 2022.

Dicha decisión deberá ser informada al promotor, a su abogado defensor y al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia dentro del mismo término.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de amparo constitucional frente al derecho fundamental a la libertad, al no haberse acreditado el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

CUARTO: En caso de no ser impugnado este fallo, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**(Firma electrónica) GUERTHY
ACEVEDO ROMERO
Magistrada**

**(Firma electrónica) PLINIO
MENDIETA PACHECHO
Magistrado**

**(Firma electrónica) RENÉ
MOLINA CÁRDENAS
Magistrado**

Firmado Por:

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

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

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellín - 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: ff5b739e2ffe1050e00053b7dbac5d8c625ed8fc425e3805f946d16f48c7a080

Documento generado en 27/10/2022 04:45:32 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 PENAL DE DECISIÓN

N.I.	2022-1599-3
RADICADO	2021-0125
PROCESO:	Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
PROCESADO	Juan Fernando Quintero Morales
DELITO	Concierto para delinquir agravado y otro
DECISIÓN	Confirma

Medellín, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós (2022)
(Aprobado mediante acta No. 299 de la fecha)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado **Juan Fernando Quintero Morales** contra del auto interlocutorio No. 2076 del 8 de agosto de 2022 por el cual el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia le negó solicitud de redención de pena.

ANTECEDENTES

El 5 de septiembre de 2019 el Juzgado Quito Penal del Circuito de Especializado de Medellín, condenó al señor **Juan Fernando Quintero Morales** a la pena de 96 meses de prisión tras ser encontrado penalmente responsable del concurso de conductas

punibles de concierto para delinquir agravado y desplazamiento forzado agravado.

DECISIÓN IMPUGNADA

Mediante auto interlocutorio No. 2076 del 8 de agosto de 2022¹, el Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia negó la solicitud de redención de la pena hecha por el condenado, porque no se contaba con certificados de cómputos pendientes por redimir.

IMPUGNACIÓN

El sentenciado apeló la decisión². Estimó que es deber del Juzgado *“tener los cómputos a la fecha”*. Criticó la omisión del penal quien no envió al Despacho oportunamente la documentación correspondiente al periodo 2019 a junio de 2022 con el fin de redimir pena.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El sentenciado alega que no cuenta con redenciones de pena desde el 2019 hasta junio de 2022, pese a que realiza actividades con esa finalidad. Sin embargo, acepta y critica la omisión en que incurrió el EPMSC de Puerto Triunfo quien no envió al Juzgado ejecutor oportunamente la documentación correspondiente al referido periodo.

¹ PDF 09

² PDF 15

Al revisar el expediente que contiene las actuaciones surtidas en fase de ejecución de la pena impuesta al señor **Juan Fernando Quintero Morales**, se verifica que para la fecha de emisión de la decisión apelada, no reposaba la documentación necesaria con el fin de que se le redima pena por las actividades intracarcelarias que ha realizado desde el año 2019 hasta la fecha de la decisión.

Ello pese a que previo a la decisión censurada, el Juzgado solicitó al director del penal los correspondientes certificados de cómputo³ sin respuesta positiva.

Acerca de las condiciones para que proceda la redención de pena, el artículo 101 de la Ley 65 de 1993 dispone que:

El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, para conceder o negar la redención de la pena, deberá tener en cuenta la evaluación que se haga del trabajo, la educación o la enseñanza de que trata la presente ley. En esta evaluación se considerará igualmente la conducta del interno. Cuando esta evaluación sea negativa, el juez de ejecución de penas se abstendrá de conceder dicha redención. La reglamentación determinará los períodos y formas de evaluación.

Se desprende de la norma que sin la documentación pertinente, que debe ser suministrada por el correspondiente establecimiento penitenciario, no es procedente conceder la redención de pena.

Siendo así, la Sala encuentra que la decisión impugnada, contenida en el auto interlocutorio No. 2076 del 8 de agosto de 2022, es acertada y, por consiguiente, será confirmada.

³ PDF 04

Sin necesidad de más consideraciones, en mérito de lo expuesto,
el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE**
ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto interlocutorio No. 2076 del 8 de agosto de 2022 por el cual el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia negó solicitud de redención de pena al sentenciado **Juan Fernando Quintero Morales**.

SEGUNDO: COMUNÍQUESE el presente a las partes, **SIGNIFICÁNDOLES** que contra el mismo no procede ningún recurso.

TERCERO: ORDENAR la devolución de las diligencias al Juzgado de origen para lo de su cargo.

COMUNÍQUESE Y DEVUÉLVASE

(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: 40fd77be6b4f34d8a88deb792ba1f7d3f2c6eea1f2f5aa55ff50f186df7d7a15

Documento generado en 27/10/2022 04:47:54 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 DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Rad. CUI	05615 60 00344 2020 00265
Rad. Interno	2022-1416-3
Delito	Homicidio
Indiciado	Carlos Daniel Torres Panesso
Asunto	Preclusión
Decisión	Revoca

Medellín, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Aprobado mediante Acta No. 300 de la fecha.

ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la decisión proferida el 20 de septiembre de 2022 por medio de la cual, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro– Antioquia, precluyó la acción penal por la causal 2 del artículo 332 del C.P. a favor del señor **Carlos Daniel Torres Panesso**.

HECHOS

En la madrugada del 9 de agosto de 2020, miembros de la Policía Nacional fueron alertados de un hecho de violencia intrafamiliar ocurrido en una residencia ubicada en la Vereda Pontezuela, sector la Laja de Rionegro, Antioquia. Al llegar al sitio, observaron en la vía pública que el ciudadano, identificado como **Carlos**

Daniel Torres Panesso estaba sujetando un cuchillo y tenía sangre en el cuerpo y en las manos. Los Policías ingresaron a la residencia y vieron a una persona de sexo masculino sentada sin vida en un sofá de la sala, tenía una herida en el pecho y al lado se encontraba una femenina con una lesión en la pierna izquierda -se trataba de la pareja sentimental del occiso Oliva Cristina Torres Panesso, madre del indiciado- El occiso respondía al nombre de Ramiro Antonio Chaverra Sánchez.

Carlos Daniel Torres Panesso fue capturado por el delito de homicidio. En el momento de su aprehensión, informó que mató a Ramiro por defender a su mamá y a su hermano menor de las agresiones del occiso quien era el compañero permanente de su madre.

SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

El delegado de la **Fiscalía** sustentó su petición de preclusión¹ de acuerdo con los artículos 331 y 332-2 del C.P.P -existencia de una causal que excluya la responsabilidad y 32-6 del C.P. por presentarse una legítima defensa como causal de ausencia de responsabilidad en favor del señor **Torres Panesso**, en relación con los hechos que configuraron la conducta punible de homicidio agravado.

Relacionó los elementos de conocimiento recogidos en la investigación y manifestó que desde un primer momento el indiciado informó haber actuado en defensa de su madre.

¹ A partir del minuto 00:02:41 audiencia del 8 de agosto de 2022

Entre otros elementos materiales probatorios, recordó la entrevista rendida por Oliva Cristina Torres Panesso -madre del indiciado- quien también resultó herida en los hechos y contó que el occiso la agredió por celos. Cogió un cuchillo y la lesionó en el cuerpo, en la pierna izquierda. En ese instante llegó su hijo **Daniel** quien vio que Ramiro la estaba insultando y al observar la herida que tenía en la pierna, le reclamó a Ramiro. Este le pegó un puño en la cara a **Daniel**, quien tomó el mismo cuchillo con el que Ramiro la cortó y le dio la puñalada a Ramiro quedando sentado en el mueble de la Sala sin vida.

A la investigación se incorporó entrevista rendida por la novia del indiciado e interrogatorio rendido por este. Resaltó que **Torres Panesso** no fue afectado con medida de aseguramiento porque en sede de control de garantías se estimó que su actuar podía estar amparado por una legítima defensa.

Concluyó que ante la agresión que el occiso le realizó a la madre del indiciado, este se vio obligado a intervenir en su defensa legítima. La defensa fue proporcional a la agresión, fue con la misma arma con la que el ocioso lesionó a la madre del indiciado.

En caso de no acogerse la preclusión por la aludida causal, invoca la prevista en el numeral 6 del artículo 332 del C.P.P. -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia- porque no cuenta la Fiscalía con suficientes elementos de conocimiento para formular imputación en contra del indiciado.

La **defensa** pidió que se acceda a lo pedido por la Fiscalía. Añadió que es lógico que si un joven ve que están agrediendo a su madre, interfiera para evitar la agresión.

La **representación de la víctima** no se opuso a la solicitud de preclusión.

El delegado del **Ministerio Público**² adujo que no es claro si la legítima defensa obró en causa propia o para defender un derecho ajeno. La preclusión respecto de un delito de homicidio debe ser suficientemente clara e inequívoca, pero en este caso, cotejado los elementos de conocimiento, en especial el interrogatorio a indiciado, la entrevista al vecino y las entrevistas tomadas a la madre del indiciado y a su novia, se observan ciertas inconsistencias en los relatos. Estando presente en el mismo acto, los testigos relatan los hechos, pero de diferente manera respecto de ciertas circunstancias que harían más viable la legítima defensa. Incluso en versiones posteriores, agregan circunstancias especiales con miras a hacer procedente esa causal de ausencia de responsabilidad penal.

Llama la atención la historia clínica del procesado donde solo se menciona una herida en la mano, pero nada se dice sobre los golpes que sufrió en la espalda y en la cara que menciona el señor **Torres Panesso** en el interrogatorio a indiciado y que es corroborada por la madre.

En la foliatura consta que, de acuerdo con lo manifestado por el indiciado, policía judicial informó que los hechos ocurrieron por el

² Minuto 00:53:21

afán de este de proteger a su madre y a su hermano, situación que es importante aclarar porque en este caso es muy posible la configuración, no de una legítima defensa, sino de la concurrencia de una circunstancia de ira o intenso dolor. Es ahí donde radica la duda para el Ministerio Público, pues no es tan clara la postura de la Fiscalía.

La legítima defensa excluye la responsabilidad, pero el exceso en la misma tiene sus consecuencias punitivas y no queda claro hasta qué punto en este caso se excluye la responsabilidad total o se atenúa.

En conclusión, como todos los testigos relatan la ocurrencia de los hechos de forma diferente, existen dudas sobre si hay un exceso en la legítima defensa que no se sabe si es en favor del indiciado o se su madre, o si se configuró un episodio de ira o intenso dolor.

Pidió que no se acceda a la preclusión.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez accedió a la preclusión de la investigación³. Recordó los hechos que son materia de investigación y manifestó que los relatos suministrados por el indiciado y su novia son concordantes y luego reiterado por la señora Oliva Cristina en la entrevista rendida en el mes de noviembre de 2020 y permiten afirmar que hubo un enfrentamiento entre el indiciado y el occiso y como este último desplegó actos orientados a atentar contra la integridad de **Daniel**, este se defendió causando la muerte de Ramiro.

³ Minuto 00:02:45 audio del 20 de septiembre de 2022

Esos hechos se corroboran con la historia clínica del 9 de agosto de 2020 oportunidad en la que **Carlos Daniel Torres** fue valorado por el médico quien dictaminó una herida de tres centímetros en su palma de la mano derecha. Recuérdesse que **Daniel** informó que Ramiro lo lesionó en la mano derecha con el cuchillo, tal cual fue relatado desde un inicio por la madre del indiciado y por su novia Alejandra.

En términos generales no hay contradicciones en los testimonios, y si bien Oliva Cristina no relató de forma detallada los hechos desde el inicio de la investigación, se debe tener en cuenta que ella manifestó encontrarse en shock por lo sucedido pero que, Alejandra y el indiciado, contaron los hechos de forma consistente. En todo caso, con posterioridad Oliva confirmó, junto con los demás testigos de los hechos, que lo que pretendía **Carlos Daniel** era defender su vida y la de su progenitora frente a la agresión propinada por Ramiro con un cuchillo.

APELACIÓN⁴

El **delegado del Ministerio Público** pidió tener en cuenta los motivos que expuso en la sesión en la que se opuso a la preclusión solicitada por la Fiscalía. Recabó en que la legítima defensa no queda clara en este proceso. De acuerdo con la investigación, el indiciado no estaba siendo agredido, sino que intervino en la agresión que el occiso estaba realizando en contra de su madre. Como los presupuestos de la legítima defensa son personales, hay en este asunto muchas dudas porque nunca fue claro si se estaba frente a una legítima defensa propia o de un tercero, al parecer se

⁴ Minuto 00:00:12 audio del 20 de septiembre de 2022, segundo registro

trata de la legítima defensa de la madre del indiciado. Inclusive, de los elementos materiales probatorios se podría hablar de un exceso en la legítima defensa o de un estado de ira e intenso dolor.

El proceso está en etapa de indagación y la Fiscalía sustenta su pretensión con fundamento en las manifestaciones del indagado, su novia y su madre, en un asunto que no es del todo claro. Para precluir una investigación con efectos de cosa juzgada, no debe existir duda. La decisión se debe tomar más allá de toda duda razonable.

Pidió que se revoque la decisión de primera instancia.

NO RECURRENTE

El delegado de la Fiscalía⁵ afirma que con los elementos materiales de prueba aportados al proceso quedó demostrado que hubo una legítima defensa. Que tanto la vida de la madre del indagado como la de él estuvo en peligro por una acción provocadora y violenta del occiso. Pide que se confirme la decisión apelada.

La defensa⁶ pide confirmar la decisión. Las versiones de los testigos, recopiladas en la investigación, son claras en cuanto a las agresiones sufridas por la madre de **Carlos Daniel**, momento en el que este llega, ve a su progenitora herida, ve el cuchillo que tenía el occiso quien ataca a **Daniel** con golpes y con el cuchillo. Está demostrada la legítima defensa, pues es claro que el indiciado tuvo

⁵ Minuto 00:07:05

⁶ Minuto 00:09:19

que defenderse de la agresión, pues de lo contrario los muertos probablemente serían él y su madre.

La apoderada de la víctima pide que se confirme la decisión.

CONSIDERACIONES

El artículo 250 de la Constitución Política Nacional radicó en cabeza de la Fiscalía General de la Nación la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento. Igualmente impuso a la fiscalía la facultad de solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

En desarrollo de esta disposición constitucional, la ley 906 de 2004 estableció en el artículo 332 las causales por las que la Fiscalía puede solicitar la preclusión.

La decisión por la cual se decreta la preclusión tiene efectos de cosa juzgada, de manera que un pronunciamiento favorable a la pretensión de poner fin anticipado a la actuación *“exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo”⁷*.

Esto es, *“la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la*

⁷ CSJ AP, 31 de enero de 2018, rad. 51049; CSJ AP, 24 de junio de 2008, rad. 29344; CSJ AP, 27 de septiembre 2010, rad. 34177; y CSJ AP, 24 de julio de 2013, rad. 41604.

ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal⁸.

Por tanto, la preclusión sólo será procedente cuando el peticionario acredite probatoriamente que i) se han agotado plenamente las posibilidades investigativas, y ii) la causal invocada está configurada más allá de cualquier duda.

La preclusión invocada por el delegado de la Fiscalía hace relación a la *“existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el código penal”*. Aludió de forma concreta a la legítima defensa.

Esa eximente de la responsabilidad penal se encuentra consagrada en el artículo 32 del Código Penal así:

*“ARTICULO 32. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: (...)
(...)*

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión”.

Los elementos que estructuran la legítima defensa, han sido fijados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁹ de la siguiente manera:

1. Una agresión ilegítima o antijurídica que ponga en peligro algún bien jurídico individual.

⁸ CSJ SP, 25 de mayo de 2005, rad. 22855.

⁹ AP1018-2014, SP2192-2015, AP1863-2017.

2. El ataque al bien jurídico ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o sin duda alguna vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo.
3. La defensa ha de resultar necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo.
4. La entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente, es decir, respecto de la respuesta y los medios utilizados.
5. La agresión no ha de ser intencional o provocada.

Los anteriores requisitos son concurrentes, lo que implica que de no demostrarse la configuración de uno de ellos, no es posible eximir de responsabilidad al indiciado en aplicación de la legítima defensa.

Según la Fiscalía, de la situación fáctica narrada en el proceso se desprende que el hoy occiso Ramiro Antonio Chaverra agredió de forma ilegítima o antijurídica tanto a su pareja sentimental, Oliva Cristina como a su hijo Carlos Daniel Torres Panesso, hoy indiciado, poniendo en peligro sus bienes jurídicos de la vida e integridad personal. Así mismo, que el ataque fue actual e inminente, en la medida en que se inició al punto que Oliva Cristina fue lesionada por el occiso con un cuchillo con el que le causó una herida en la pierna izquierda y con esa misma arma lesionó al indiciado en su mano derecha.

Dadas esas circunstancias fácticas, estimó el ente acusador que la lesión que el indiciado le causó al atacante y que ocasionó su

muerte, fue proporcionada, por manera que se configuró en su actuar una legítima defensa como causal de ausencia de responsabilidad penal. Solicitud que fue acogida por la primera instancia.

Por su parte, el representante del Ministerio Público, considera que en esta actuación la legítima defensa no se encuentra claramente demostrada pues el indiciado no estaba siendo agredido, sino que intervino en la agresión que el occiso estaba realizando en contra de su madre y no está claro si se estaba frente a una legítima defensa propia o de un tercero o incluso ante un exceso en la legítima defensa o de un estado de ira e intenso dolor.

Para la Sala, contrario a lo sostenido por la primera instancia, de los elementos probatorios aportados no puede concluirse que se da en grado de certeza la demostración de una legítima defensa que exonere de toda responsabilidad a Carlos Daniel Torres Panesso.

Según la Juez, *“del acervo probatorio de que se dio traslado se puede extraer sin opción a duda que el señor Carlos Daniel Torres Panesso actuó en defensa del derecho a la vida e integridad física propio y de su progenitora Oliva Cristina Torres Paneso porque remembrando esos hechos del 8 agosto de 2020 la víctima Ramiro Antonio Chaverra se encontraba compartiendo unos tragos con su compañera sentimental Oliva Cristina y transcurrido un tiempo se genera una discusión entre ellos y Ramiro hiere en la pierna a su compañera y momentos posteriores a esa situación aparece Carlos Daniel comienzan una discusión que se va a agresiones físicas y es en ese tiempo que Daniel percibe que Ramiro tiene un*

cuchillo en la mano, se generan puños en contra de Daniel en su cara, su espalda y en esos momento Ramiro Antonio agrede a Daniel con el cuchillo que tiene en la mano en su mano derecha. Sigue el forcejeo y allí es donde Daniel logra desprender de ese cuchillo a Ramiro Antonio y produce una herida en la parte donde se encuentra el corazón de Ramiro Antonio”. Dio crédito a lo dichos del indiciado, su madre y su novia y tuvo en cuenta el examen médico practicado al indiciado en el que se corrobora la existencia de la herida en su mano.

No obstante, revisada la integridad de los elementos probatorios allegados por la fiscalía como respaldo de su pretensión de preclusión y que fueron puestos en conocimiento de las partes y juez, se advierte que en efecto se consignó en el acta de inspección técnica a cadáver¹⁰ que el occiso presentaba una *herida abierta en la zona supramamaria lado izquierdo, de aproximadamente 4 centímetros de longitud*, pero también consigna que se observó una perforación en el pantalón jean, exactamente al lado de la rodilla izquierda, de la cual salía sangre, aunque no se pudo determinar de qué tipo de herida se trataba. No se hallaron más heridas visibles. Asunto éste que no mereció pronunciamiento alguno por el ente acusador, ni por la primera instancia.

Ahora bien, según el informe de necropsia¹¹ se concluye que *“la muerte de a quien en vida respondía al nombre de Ramiro Antonio Chaverra Sánchez fue consecuencia natural y directa del choque cardiogénico por taponamiento cardíaco originado en*

¹⁰ Archivo 004 “ Elementos pdf” A partir del folio 9

¹¹ PDF 16

hemopericardio por herida por arma cortopunzante en ventrículo derecho”(sic).

Pero lo cierto es que no se consideró por el ente acusador ni por la judicatura para llegar a la decisión objeto de alzada que en el acápite de la necropsia denominado “*Descripción de señales particulares*” fueron relacionadas las siguientes lesiones con arma cortopunzante en el cuerpo de la víctima: 1. *Herida infraclavicular izquierda transversa de 4 cm penetrante a tórax.* 2. *Herida hombro izquierdo transversa supraaxilar anterior de 4 cm.* 3. *Herida tercio medio brazo izquierdo transversa anterior de 4cm.* 4. *Herida en muslo izquierdo oblicua parte anterointerna de 4cm.* 5. *Herida en muslo izquierdo oblicua parte anteroexterna de 4cm.*

Lo anterior no solo deja sin peso la decisión de primera instancia, sino que evidencia la carente labor investigativa del ente acusador frente a la evaluación de su caso, en cuyo desarrollo le corresponde determinar, desde ese primer contacto con la noticia criminal, todas las labores de verificación con su equipo investigativo que le aporten información complementaria y le permitan determinar su hipótesis delictiva y no limitarse, como en el presente asunto, al estudio incompleto de los elementos de prueba aportados para concluir la solicitud de preclusión, pues en las condiciones advertidas resulta absolutamente improcedente considerar demostrada la causal excluyente de responsabilidad invocada.

Como lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia: “*frente a la aplicación del instituto de la preclusión de la investigación es requisito ineludible acompañar los elementos materiales de prueba o evidencia física necesarios para demostrar la configuración de la*

causal alegada, la cual no se satisface con La simple versión de los hechos suministrada por el indiciado, sino acompañando los medios de prueba que corroboran su configuración fáctico jurídica con categoría de certeza”¹².

En consecuencia, dado que del estudio riguroso de los elementos recogidos en la investigación, se advierte que éstos no permiten establecer la demostración de una causal excluyente de responsabilidad como la legítima defensa invocada por el ente acusador y aceptada por la primera instancia, se revocará la decisión objeto de apelación.

Conforme lo expuesto, **el TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,**

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR, la decisión de preclusión proferida el 20 de septiembre de 2022 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro– Antioquia con fundamento en lo antes expuesto.

SEGUNDO: Devolver el asunto a la Fiscalía de origen para que, de ser procedente, continúe con la investigación.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

¹² CSJ Rad. 31780 julio 15 de 2009

Rad. CUI	05615 60 00344 2020 00265
Rad. Interno	2022-1416-3
Delito	Homicidio
Acusado	Carlos Daniel Torres Panesso
Asunto	Preclusión

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente
(Firma digital)

PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado
(Firma digital)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado
(Firma digital)

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: 3160a7d9ba15b44b61fe69ea15076de67cd81735a46d4a84feae63e3e19ba0a5

Documento generado en 27/10/2022 04:57:23 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

RADICADO CUI	05686 60 00347 2017 80011
N. I.	2019-0691-3
DELITO	Acceso carnal violento agravado
ACUSADO	Fernando Vigoya Velasco
ASUNTO	Sentencia absolutoria
DECISIÓN	Confirma
LECTURA	28 de octubre de 2022 08:30 a.m.

Medellín (Ant.), veinte (20) de octubre de dos mil veintidós (2022)
(Aprobado mediante Acta No. 288 de la fecha)

OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el apoderado de víctimas contra la sentencia proferida el 2 de mayo de 2019, mediante la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia absolvió a **Fernando Vigoya Velasco** del delito de acceso carnal violento agravado.

HECHOS

Fueron reseñados en la sentencia impugnada, así:

“Desde septiembre de 2015 hasta febrero de 2016, la menor C.C.D. estuvo internada en la Corporación Hijos de Jesús, ubicada en la Vereda Hojas Anchas en el Municipio de Guarne, entidad que estaba bajo la dirección del señor FERNANDO VIGOYA VELAZCO. En este tiempo, la menor fue víctima no solo de maltrato verbal y físico, sino también de vejámenes de

tipo sexual, bajo la intimidación que de no hacerlo, la iba a dejar allí 3 años, además de amenazarla con mojarla y cortarle el cabello. La obligaba a practicarle sexo oral, ofreciéndole después de lo acontecido ser líder frente a los demás compañeros, lo que ella no aceptó. La menor hacía estas cosas porque no quería que le volvieran a pegar ni la dejaran allá”.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 29 de noviembre de 2017 se formuló imputación al señor **Fernando Vigoya Velasco** en calidad de autor del delito de acceso carnal violento agravado. Se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad.

La fase de conocimiento correspondió adelantarla al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia. La acusación se formuló oralmente el 22 de febrero de 2018.

La audiencia preparatoria se realizó el 28 de junio de 2018. El juicio oral inició el 16 de julio de 2018 y culminó el 2 de mayo de 2019 cuando se anunció el sentido del fallo absolutorio. En esa misma sesión se dio lectura a la correspondiente sentencia y se ordenó la libertad del procesado.

FALLO IMPUGNADO¹

El Juez absolvió al procesado del cargo por el que fue llamado a juicio. Resaltó la ausencia en el proceso de prueba directa o indiciaria de la ocurrencia del hecho. Recordó que, de acuerdo con el inciso 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, la sentencia de condena no se puede fundamentar exclusivamente en prueba de referencia, pues de lo contrario se afectaría gravemente el derecho de defensa.

No obstante, afirmó que aun valorando la declaración de la menor C.C.D., se encuentran serias contradicciones en su dicho, que no

¹ Folios 68 a 76

permite extraer datos sobre la existencia del Injusto penal y la responsabilidad del acusado.

Concluyó afirmando que:

“No estando acompañada entonces la prueba de referencia admisible - entrevista forense a la menor realizada el 5 de octubre de 2017- de otros medios de prueba directos o indirectos, datos objetivos de corroboración periférica, acorde con el inciso segundo del artículo 381 de la ley 906 de 2004, resulta imposible dictar sentencia de condena contra Fernando Vigoya Velasco, en consecuencia será absuelto del cargo de acceso carnal violento agravado”.

LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la víctima² recordó que la menor para la época de los hechos contaba con 14 años de edad. La violencia que ejerció el acusado en su contra consistió en aprovecharse de la vulnerabilidad de la niña quien era interna y subalterna del procesado, el cual ostentaba la dirección del centro terapéutico donde ella se encontraba rehabilitándose.

A cambio de los favores sexuales, el acusado le ofreció a la menor un mejor trato y la posibilidad de un concepto favorable para terminar satisfactoriamente el proceso de reeducación al que estaba sometida. Tal situación constituye violencia psicológica y moral en contra de la víctima.

Con la prueba practicada en el juicio - incluye la versión previa suministrada por la menor que ingresó al juicio como prueba de referencia admisible- se logró demostrar la realización de la conducta punible de acceso carnal violento agravado y la responsabilidad del acusado.

El Juez restó valor a la prueba indiciaria como *“la presencia de las partes en el lugar de los hechos, el viaje de la compañera permanente del procesado a la Ciudad de Palmira Valle a atender asuntos de salud de su señor padre, la oportunidad del*

² Folios 82 a 86

procesado de tener cierto rango de superioridad con la menor, ordenándole subir a sus aposentos privado para realizarle labores domésticas, la superioridad del mismo para evitar que los demás internos se dieran cuenta de su accionar teniendo en cuenta que estamos hablando de delitos de puerta cerrada. Y el grado de presión que podía ejercer sobre la menor para obtener consentimiento de la menor favores sexuales en ausencia de su compañera sentimental". Añadió que el consentimiento dado por la menor para ser accedida sexualmente, no desvirtúa la violencia ejercida por el acusado en su contra.

Aseguró que no asiste razón al Juez al tildar como prueba de referencia inadmisibile el contenido de la anamnesis del informe elaborado por el médico forense y afirmó que el fallador absolvió al procesado sin tener en cuenta los indicios que obran en el proceso y sin incluir en el fallo la perspectiva de género máxime en este caso que la víctima es una niña de apenas 14 años *"totalmente atemorizada que se ocultó para no acudir al juicio temiendo por represalias del agresor a ella o a su familia"*.

Por último, resaltó que el Juez dio credibilidad a los testigos de descargo, pasando por alto que se trata de personas con un marcado interés por beneficiar al procesado, de tal suerte que sus dichos carecen del poder suasorio que les otorgó la primera instancia.

Pidió que se revoque la sentencia apelada y profiera una de reemplazo.

La Fiscalía³ recordó las estipulaciones probatorias realizadas con la defensa y reseñó las pruebas practicadas en el juicio, luego de lo cual afirmó que de la entrevista rendida por la menor se desprende que su testimonio estuvo desprovisto de intención dañosa. Narró los vejámenes sexuales y los maltratos a los que fue sometida. Dio un discurso natural y abierto. La psicóloga que realizó la entrevista a la menor corroboró que en

³ Folios 87 a 93

su declaración no encontró ánimo distinto que relatar la verdad de lo que le sucedió.

En la anamnesis, el médico forense relató lo que la menor señaló en la entrevista forense sin contradicciones que permitan refutar la veracidad de los hechos. La versión de la psicóloga Enidia Liliana Marín corrobora los dichos de la menor.

Si bien la víctima contaba con 15 años cuando le practicó sexo oral al procesado, lo hizo obligada por las circunstancias, porque el acusado se valió de su cargo de director del centro de internamiento para obtener favores sexuales por parte de la víctima.

No compartió la valoración hecha por el Juez de los testigos de descargo porque nada les consta sobre los hechos.

Finalizó afirmando que se configuró la circunstancia de agravación descrita en el artículo 211-2 del C.P. dada la posición que ostentaba el acusado en relación con la menor.

NO RECURRENTE

Dentro del término de ley, no hubo pronunciamiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el apoderado de las víctimas, de conformidad con el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

1. Del conocimiento para condenar.

La Sala determinará si las pruebas practicadas o incorporadas en juicio oral lograron desvirtuar la presunción de inocencia de señor **Fernando Vigoya Velasco**, aspectos contemplados por los artículos 7 y 381 de la ley 906 de 2004 y que constituyen presupuestos necesarios para emitir sentencia de condena.

Como en esencia ambos apelantes propusieron que el Juez realizó un examen equivocado de la prueba practicada en el juicio, la Sala resolverá las apelaciones de forma conjunta.

1.1. De la prueba de referencia.

Los apelantes pretenden que se valore el contenido de la entrevista que rindió la menor víctima a la psicóloga Anidia Liliana Marín Araujo. La entrevista está contenida en un DVD que ingresó al juicio como prueba documental No. 1 de la Fiscalía⁴.

Al respecto, la Sala constató que durante la declaración de la psicóloga Enidia Liliana Marín Araujo, el Juez orientó a la Fiscal para que solicitara en debida forma el ingreso del DVD que contiene la entrevista de la menor realizada por la psicóloga. La Fiscalía pidió que se ingrese como prueba documental No.1 la referida entrevista y el DVD contentivo de la misma. El Juez accedió a la solicitud.

No sobra advertir que la Fiscalía no pidió en la audiencia preparatoria que el DVD contentivo de la entrevista de la menor ingresara al proceso como prueba documental.

⁴ A partir del minuto 00:25:38 audio del 2 de mayo de 2019.

No obstante, no cabe duda que la declaración previa rendida por la menor ante la psicóloga no constituye en sí misma prueba documental en los términos del artículo 424 del C.P.P. La entrevista rendida por la menor, es prueba de referencia pese a estar incorporada en el DVD que tiene la naturaleza de prueba documental.

Esa situación fue analizada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 51882 del 7 de marzo de 2018, oportunidad en la que se aclaró lo siguiente:

“El análisis sobre la admisibilidad de una declaración anterior al juicio no puede reducirse a si se trata de una prueba testimonial o documental, porque, según se ha visto, lo de fondo es establecer cuál es el papel que juega la declaración en la teoría del caso de las partes, esto es, si constituye parte del tema de prueba o si se está utilizando como medio de prueba, y si la admisión de la declaración anterior afecta el ejercicio del derecho a la confrontación.

La utilización de documentos que contienen declaraciones ya había sido analizado por esta Corporación en el contexto de la prueba pericial. En un caso donde la Fiscalía solicitó introducir como prueba los informes preparados por el médico legista, bajo el argumento de que se trata de documentos, la Sala aclaró, basada en su propio precedente, que el informe pericial contiene la declaración anterior del perito y que, en consecuencia, la versión de éste debe someterse a las reglas generales de la prueba pericial, a la que se le aplican en lo pertinente las normas sobre el testimonio, según lo establecido en el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 (CSJ SC, 17 Sep. 2008, Rad. 30214).

Así, por ejemplo, si en un caso de muerte en accidente automovilístico la Fiscalía pretende aducir como prueba el informe del agente de tránsito, que contiene las entrevistas de dos testigos, no puede reducir su argumento para la admisibilidad a decir que se trata de prueba documental, porque, en últimas, el documento sólo constituye un instrumento para llevar al juicio unas declaraciones anteriores con clara vocación de medio de prueba, como quiera que pretenden usarse para probar los pormenores del accidente.

En el ejemplo anterior, las entrevistas constituyen prueba de referencia, a pesar de estar incorporadas en un documento, público por demás. Primero, porque encajan en la definición del artículo 437, en cuanto se trata de (i) declaraciones rendidas por fuera del juicio oral; (ii) que se llevan al juicio oral, en este caso por la Fiscalía y a través del informe suscrito por el agente de tránsito; (iii) con la finalidad de probar con ellas un aspecto trascendente del debate o, lo que es lo mismo, como medio de prueba. Y segundo, porque la defensa tendría derecho a interrogar a los testigos que rindieron las

entrevistas y difícilmente podría lograr su impugnación si no están presentes en el juicio oral, sometidos a interrogatorio cruzado.

Lo anterior pone de relieve un aspecto importante en materia de documentos. Un documento no es admisible únicamente por su carácter (documental) o por la posibilidad que tenga la parte de autenticarlo. Debe verificarse, además, que su contenido no esté prohibido (como en los casos de declaraciones del abogado con su cliente o cuando contienen las conversaciones previas de las partes para lograr un acuerdo, la reparación de las víctimas o la aplicación del principio de oportunidad). Además del estudio de pertinencia (común a cualquier medio de conocimiento), y de los debates que puedan suscitarse en torno a la manera como el documento fue obtenido, en los casos en que contienen declaraciones debe precisarse si las mismas hacen parte del tema de prueba o constituyen medio de prueba y, en este último caso, si esa declaración anterior al juicio resulta admisible como prueba de referencia, según lo dispuesto en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004, sin perjuicio, claro está, de los otros usos que pueden hacerse de este tipo de declaraciones, como el refrescamiento de memoria, la impugnación de testigos, etcétera.

Igualmente, cuando se decide admitir una declaración anterior como prueba de referencia, el documento puede ser un medio idóneo para llevar al juicio la declaración que constituye medio de prueba. Por ejemplo, si una persona rindió una entrevista y luego no puede ser ubicada para que declare en juicio, es posible que se admita dicha declaración como medio de prueba, y el documento que la contiene constituye un instrumento idóneo para demostrar su existencia y contenido, sin perjuicio de que el policía judicial que la recibió también pueda referirse a este aspecto, porque, según se indicó, la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones anteriores al juicio se rige por el principio de libertad probatoria". (Negrillas de esta Sala).

Para la Sala es claro que la pretensión de la Fiscalía con la entrevista de la menor era probar los pormenores del acontecer fáctico. Ello se desprende de la argumentación realizada en la audiencia preparatoria cuando solicitó el testimonio de la psicóloga Enidia Liliana Marín Araujo⁵. La delegada de la Fiscalía afirmó, entre otros aspectos, que la pertinencia de la declaración de la psicóloga se centraba en manifestar lo que la menor le relató en la entrevista sobre la conducta investigada, aunque omitió explicar por qué resulta admisible tal declaración previa que no constituía nada distinto que prueba de referencia.

⁵ A partir del minuto 00:27:20 registro de audio del 28 de junio de 2018.

El apelante apoderado de la víctima, aseguró que la versión previa suministrada por la menor ingresó al juicio como prueba de referencia admisible, afirmación que no consulta la realidad procesal.

Las referencias realizadas sobre los hechos que la menor hizo en su oportunidad a la psicóloga que la valoró, constituye prueba de referencia inadmisibile que no podía ser valorada en este proceso, pues corresponde a una manifestación anterior que no es traída al juicio oral por su autor, sino por un tercero. Por lo tanto, se trata de prueba de referencia en los términos del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 cuya admisibilidad queda supeditada a que se acredite alguna de las hipótesis previstas en el artículo 438 *ibidem*.

En este caso, la Fiscalía no agotó los trámites previstos para que esa información dada por la menor sobre los hechos, que se trajo a juicio a través de un DVD incorporado con la psicóloga pueda ser admitida como prueba de referencia excepcional⁶, en la medida en que no medió solicitud expresa de las partes y pronunciamiento del Juez ni en la audiencia preparatoria ni el juicio, tal como se corrobora en los correspondientes registros de audio.

Pese a ello, el Juez examinó el contenido de la entrevista, en la medida en que anunció en el fallo impugnado que aun valorando la declaración de la menor C.C.D., se encuentran serias contradicciones en su dicho, que no permite extraer datos sobre la existencia del Injusto penal y la responsabilidad del acusado.

⁶ En la sentencia SP14844-2015, oct. 28, rad. 44056, reiterada por la SP2709-2018, jul 11, rad. 50637, y por la SP5295-2019, dic. 4, rad. 55651, se describieron los pasos que deben seguir las partes para la incorporación de la prueba de referencia» así: (...): (i) realizar el descubrimiento probatorio en los términos previstos por el legislador; (ii) solicitar que la prueba sea decretada, para lo que deberá explicar la pertinencia de la declaración rendida por fuera del juicio oral, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse frente a su conducencia y utilidad; (iii) demostrar la causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia (iv) explicitar cuáles medios de prueba utilizará para probar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral, y (iv) incorporar la declaración anterior al juicio oral durante el debate probatorio.

De tal suerte, no asiste razón a los recurrentes en su pretensión de que se valore los dichos entregados por la menor a la psicóloga Enidia Liliana Marín Araujo, puesto que los mismos constituyen prueba de referencia inadmisibles en este proceso.

Se resalta que, aunque en la audiencia preparatoria la Fiscalía solicitó como prueba la declaración de la menor víctima y el testimonio le fue decretado, sin explicación conocida C.C.D. no declaró en el juicio.

1.2. Sobre la estipulación probatoria No. 4

Las partes estipularon la anamnesis o relato de los hechos contenida en el informe pericial de clínica forense -reconocimiento médico legal- del 23 de marzo de 2017⁷.

En ese relato fáctico, la menor hizo un señalamiento de responsabilidad respecto del procesado.

El Juez llamó la atención de la Fiscalía para que informara cuál era el hecho que se estaba estipulando, frente a lo que la Fiscal respondió leyendo el contenido de la anamnesis. El Juez admitió la estipulación.

La estipulación probatoria realizada por las partes no podía ser admitida por la primera instancia.

Según el parágrafo del artículo 356 del C.P.P. *“se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre fiscalía y defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias”*.

⁷ A partir del minuto 01:41:26 registro de audio del 2 de mayo de 2019.

Por su parte, dispone el artículo 381 *“Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.”*

En el inciso 4 del artículo 10 del C.P.P. el legislador estableció un límite al alcance de las estipulaciones al disponer que *“El Juez podrá autorizar los acuerdos o las estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales **no haya controversia sustantiva, sin que implique la renuncia de los derechos constitucionales**”*. (Negrillas de esta Sala).

De las normas citadas se puede concluir que solo son objeto de estipulación alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias. No puede ser estipulado el tema de responsabilidad pues ésta debe ser probado en el juicio.

Sobre ese aspecto, ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“La finalidad de un tal pacto es depurar el juicio de innecesarios debates respecto de “hechos o sus circunstancias” frente a los que no hay controversia entre las partes, siempre que ello no implique renuncia a los derechos constitucionales, lo cual se aviene o resulta armónico con el carácter predominantemente adversarial del nuevo modelo de enjuiciamiento, toda vez que si el objeto del proceso es el enfrentamiento de dos “teorías del caso” opuestas acerca de la situación fáctica investigada.”⁸

En decisión posterior señaló:

*“De conformidad con el artículo 356.4, las partes pueden hacer estipulaciones probatorias, entendiéndose por tales, a voces del párrafo de la disposición, “los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias”. La potestad legal, entonces, apunta a que por acuerdo entre las partes, no hay lugar a debatir en el juicio algún hecho o sus circunstancias; **por tanto, el tema de responsabilidad no puede ser estipulado y, por ello, se impone probarlo en el juzgamiento.**”⁹*

⁸ Radicado 36562 del 13 de junio de 2012.

⁹ CSJ Sala penal 06 de febrero de 2013 rad. 38975

(Negrillas de esta Sala).

Con la estipulación probatoria No. 4, la Fiscalía pretendió incorporar al debate el señalamiento de responsabilidad que realizó la menor víctima respecto del procesado ante el profesional de la salud que la valoró el 23 de marzo de 2017.

Aceptar tal situación, como extrañamente lo hizo la defensa, conlleva la renuncia al derecho constitucional a la no autoincriminación, en la medida en que la responsabilidad del acusado quedaría sujeta a los acuerdos realizados por las partes.

En conclusión, no era dable aceptar la referida estipulación probatoria, porque el señalamiento de responsabilidad del acusado que hizo la menor en versiones previas, era el tema del debate en el juicio.

1.3. Cuestiones finales relativas a la deficiencia probatoria.

Pese a que en la audiencia preparatoria la Fiscalía solicitó como prueba los testimonios de la menor víctima y el de su progenitora, sin razón conocida y sin realizar en el juicio una renuncia expresa, no ofreció tales testimonios en el juicio.

Culminada su intervención luego de pedir que se incorporara a juicio la estipulación probatoria No. 4 realizada con la defensa, anunció que su pretensión probatoria había culminado.

De esta manera y aunado a lo antes expuesto, es evidente que en el proceso no hubo prueba directa ni de corroboración, ni de referencia admisible, para fundamentar la responsabilidad penal del acusado.

De otro lado, aunque el apoderado de la víctima afirma que el Juez restó valor a la prueba indiciaria y refiere una serie de hechos que en su sentir constituyen indicios al interior del proceso, no cumplió con su deber de argumentar cómo o en qué medida la responsabilidad del acusado se desprende de los hechos o circunstancias que fueron transmitidos por la prueba practicada en el juicio, cuáles fueron los hechos indicadores que no tuvo en cuenta la primera instancia y su aceptabilidad así como la explicación que pueda darse del paso de los datos a la conclusión a partir de alguno de los postulados de la sana crítica.

Lo que el recurrente califica como indicios, no son más que datos aislados que no alcanzan a transmitir información relevante de cara a construir una inferencia razonable respecto de la existencia del hecho y del compromiso penal del acusado. Es información carente de la fuerza demostrativa suficiente para alcanzar el grado de indicios de responsabilidad.

Así las cosas, ante las deficiencias advertidas que conllevan a la absolución del procesado, se hace innecesario valorar la prueba de descargo.

En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de absolución proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia en favor del señor **Fernando Vigoya Velasco**.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, por las razones expuestas, la sentencia absolutoria de primera instancia objeto de apelación.

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

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: f197eb7df38077aa7634fffdb56d5ea911625d31660a746eb8a87e0cae18eeff

Documento generado en 21/10/2022 10:33:18 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado	2022-1582-3
CUI	05000-22-04-000-2022-00476
Accionante	Nadith Antonio Ochoa Gómez
Accionados	Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia-Comisión Seccional de Disciplina
Asunto	Tutela de Primera Instancia
Decisión	Niega

Medellín, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Aprobada mediante Acta N° 301 de la fecha

ASUNTO

Resuelve la Sala, en primera instancia, la acción de tutela propuesta por **Nadith Antonio Ochoa Gomez**, en contra de la **Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia**, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la petición.

FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD

Relató el accionante¹ que, el 10 de diciembre de 2021, el **Personero de Puerto Triunfo**, remitió al **Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia - Comisión Seccional de Disciplina** una queja contra los funcionarios adscritos a la Unidad Seccional de Fiscalías de dicho municipio y aunque el 5 de julio anterior le solicitó información sobre el estado de la actuación, a la fecha, no ha obtenido ningún pronunciamiento.

¹ PDF N° 03 expediente digital.

TRÁMITE

1. Mediante auto de 14 de octubre diciembre de 2022², se dispuso avocar conocimiento de la acción de tutela a tratar, y se corrió traslado al despacho demandado para que, dentro del término improrrogable de dos (2) días, se pronunciara sobre los hechos y pretensiones y rindiera el informe que estimara conveniente.

Se ordenó la vinculación de la Personería municipal de Puerto Triunfo, la Fiscalía Seccional del municipio de Puerto Triunfo y la Procuraduría General de la Nación, a fin de integrar correctamente el contradictorio, para que ejercieran correctamente sus derechos de defensa y contradicción.

2. El **Secretario Judicial de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial**³, indicó que, inspeccionada la guía de remisión No. 9141621226 de la empresa 4-72, se advierte que el Oficio No. PM-567-21 de la Personería Municipal de Puerto Triunfo, fue entregado en la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia, según el sistema de seguimiento de esa empresa postal.

Indicó además que, una vez efectuada la consulta general de procesos de la Rama Judicial se advierte, que en la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia cursa el proceso disciplinario No. 205001250200020220013700 en el cual, el promotor funge como quejoso y la Unidad Seccional de Fiscalías de Puerto Triunfo como sujeto pasivo, coincidiendo con los datos suministrados en el libelo genitor.

3. El **Procurador 124 Judicial II Penal** indicó que⁴, recibido el requerimiento procedió a consultar el módulo de procesos y se halló que dentro del radicado 050012502000020220013700, la Comisión Seccional

² PDF N° 09 del expediente digital

³ PDF N° 14 del expediente digital

⁴ PDF N° 20 del expediente digital

de Disciplina Judicial de Antioquia mediante decisión del 17 de febrero de 2022 declaró la falta de competencia para conocer de la queja formulada por el promotor y ordenó remitirla a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Fiscalía General de la Nación Seccional Medellín.

Teniendo en cuenta que la Procuraduría General de la Nación no recibió la queja formulada por el ciudadano accionante, no podría entregar respuesta a la misma y es la razón por la cual solicita sean negadas las pretensiones respecto del Ministerio Público.

4. El **personero municipal de Puerto Triunfo** indicó que⁵, no ha incurrido en vulneración a derechos fundamentales del promotor teniendo en cuenta que, ha atendido de manera oportuna las solicitudes radicadas por él. Mediante oficio N° PM-567-21 del 10 de diciembre de 2021 procedió a remitir la queja interpuesta por el señor Ochoa Gómez al Consejo Superior de Disciplina y mediante oficio N° P.-568-21 de esa misma fecha le informó el trámite impartido al promotor.

Solicita la desvinculación del presente trámite pues estima que, el reclamo que realiza el promotor se encuentra dirigido a la falta de respuesta a un derecho de petición radicado ante esa otra autoridad judicial y no a la que preside.

5. La **Oficina del Despacho de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura**⁶ indicó que, el órgano del cual hace parte, ejerce funciones netamente administrativas, sujetas al marco normativo dispuesto en la Constitución Política y la Ley 270 de 1996.

En ese contexto, no es viable endilgarle alguna responsabilidad dentro del trámite de la presente acción, cuando lo pretendido es que se inicie una investigación disciplinaria, toda vez que, esa función recae en la Comisión

⁵ PDF N° 23 del expediente digital

⁶ PDF N° 27 del expediente digital

Nacional de Disciplina Judicial la cual es la encargada de investigar las conductas disciplinarias derivadas de la actividad judicial.

Finalmente indicó que, procedió a realizar una búsqueda de manera generalizada en las bases de datos de la entidad y se determinó que, en esa corporación no se ha recibido derecho de petición o trámite impulsado por el hoy promotor. Conforme con ello, solicita la desvinculación del presente trámite constitucional.

6. Mediante auto del 24 de octubre de 2022, se dispuso vincular a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia⁷.

7. La **Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia**, indicó que, el promotor por los mismos hechos y fundamentos de derecho ya ha interpuesto varias acciones de tutela, una de ellas adelantada ante la Sala Civil Especializada de Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, donde se accedió a las pretensiones del actor y otra con Radicado No. 2022 – 695, adelantada ante la Sala Civil Familia del Distrito Judicial de Tunja, donde se declaró un hecho superado.

Conforme con ello, solicita se declare la improcedencia del presente mecanismo constitucional pues el problema jurídico planteado ya ha sido objeto de estudio en otros estrados judiciales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela, cuya razón de ser no es otra que la de conceder a toda persona un procedimiento preferente y sumario para reclamar ante los jueces de la República, la protección inmediata, en cualquier tiempo y lugar, de sus derechos fundamentales, cuando considere que han sido violados o se

⁷ PDF N° 16 del expediente digital

encuentren amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública siempre que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable. En un Estado social de derecho la protección de tales garantías debe ser real y material, a ello apunta la tutela.

1. Problema jurídico

En esta oportunidad, en primer lugar, corresponde a la Sala determinar si en la presente acción constitucional resulta ser temeraria respecto de las anteriores incoadas por el accionante, así, en caso de no serlo, se examinará el cumplimiento de los requisitos de procedencia, para posteriormente establecer si en el caso en revisión la parte accionada vulneró los derechos fundamentales invocados por el petente.

2. De la temeridad.

La temeridad es una figura jurídica que pretende sancionar la presentación repetitiva y sin razón aparente, de una misma demanda ante diferentes operadores judiciales, simultánea o sucesivamente, sin que exista justificación para ello, pues es una actuación que *“quebranta los principios de buena fe, economía y eficacia procesales, porque desconoce los criterios de probidad que exige un debate honorable, dilata maliciosamente la actuación e impide alcanzar los resultados que el Estado busca con la actuación procesal.”*⁸

Por otra parte, la temeridad tiene que ver con el *“actuar doloso y de mala fe del peticionario”*, a efectos de garantizar el *“adecuado funcionamiento de la administración de justicia”*⁹.

Por lo tanto, la Corte Constitucional ha expresado que esta situación se presenta cuando se reúnen los siguientes requisitos *“i) identidad de partes, ii) identidad de hechos, iii) identidad de pretensiones, iv) ausencia de justificación*

⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-327 de 1993, T-184 de 2005 y T-679 de 2009.

⁹ Sentencia T-266 de 2011, reiterada en la sentencia T-053 de 2012.

objetiva para interponer la nueva acción y v) mala fe o dolo del demandante al presentarla.”¹⁰ Y al mismo tiempo expone la consecuencia necesaria cuando se configura, afirmando que el “juez constitucional está obligado a rechazar las pretensiones del accionante y a imponer las sanciones previstas en los artículos 25 y 38 del Decreto 2591 de 1991 o en los artículos 80 y 81 de la Ley 1564 de 2012, por la cual se expide el Código General del Proceso”.¹¹

De los anexos incorporados por la Magistrada de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia, se encontró que, el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil – Familia de Tunja Boyacá dentro del Radicado 2022-0695 conoció demanda que guarda identidad con la que se tramita en este Despacho Judicial

A la anterior conclusión se arribó dado que las partes accionadas son las mismas y los hechos que fundamentan la acción guardan total identidad, esto es, la aseveración de que el promotor, el 10 de diciembre de 2021 formuló queja ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia, en contra de los funcionarios adscritos a la Unidad Seccional de Fiscalía del municipio de Puerto Triunfo, sin embargo que, pesar de haber requerido información sobre el trámite impartido desde el 05 de julio hogaño, no ha recibido respuesta.

Frente a las pretensiones, en ambos casos está solicitando el reconocimiento de su derecho fundamental de petición y que, en un plazo no mayor a cuarenta y ocho horas, le den respuesta satisfactoria de su solicitud por parte de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia.

Sin embargo, no se advierte que el accionante haya actuado con dolo o mala fe pues debe recordarse que, la demanda constitucional objeto de análisis fue radicada el **07 de octubre de 2022**¹², sin embargo para ese

¹⁰ Corte constitucional, Sentencia T-309 de 2021.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Fecha en la cual, le correspondió su conocimiento a la Sala Cuarta de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja Boyacá, Despacho que, mediante auto del 11 de octubre de 2022, ordenara la remisión del asunto a esta Colegiatura.

momento, el promotor no había sido notificado ni de la respuesta a la petición incoada ante la Sala de Disciplina del Consejo Superior de la Judicatura *(la cual fue puesta en conocimiento del promotor el 11 de octubre de 2022)* ni tampoco del fallo de tutela proferido por la Colegiatura, a través del cual se declaró hecho superado *(la providencia data del 14 de octubre hogaño)*.

Luego, bien podría predicarse que, el accionante quien no tiene conocimientos jurídicos o al menos no obra prueba de ello, pudo pensar que, su asunto aún no estaba siendo atendido y en razón de ello, consideró necesario enviar una nueva petición de amparo constitucional, máxime cuando revisada la carpeta digital de las diligencias adelantadas ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil – Familia de Tunja Boyacá no obra constancia que, permita aseverar que, el promotor estaba enterado del auto que asumió conocimiento ni del impulso que se le estaba impartiendo a su solicitud en ese estrado judicial.

De esta manera no hay lugar a declarar temeridad en el presente asunto pues no se demostró el último de los requisitos constitucionales requerido para tal efecto.

3. Caso concreto

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

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

interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”¹³.

*“Ahora bien, este Tribunal ha aclarado que **la resolución de la solicitud no implica otorgar lo pedido por el interesado**, en tanto, existe una diferencia entre el derecho de petición y el derecho a obtener lo pedido. En efecto, la sentencia C-510 de 2004 indicó que «**el derecho de petición se ejerce y agota en la solicitud y la respuesta**. No se decide propiamente sobre él [materia de la petición], en cambio sí se decide por ejemplo sobre el reconocimiento o no del derecho subjetivo invocado ante la administración para la adjudicación de un baldío, el registro de una marca, o el pago de una obligación a cargo de la administración».¹⁴*

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

Descendiendo al caso concreto, el accionante radicó derecho de petición ante la **Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia desde el 05 de julio de 2022**, solicitando información sobre el estado de la queja que había radicado contra unos funcionarios de la Fiscalía de Puerto Triunfo; sin embargo aseveró que, no había recibido respuesta.

En ese sentido, al estudiar los anexos remitidos por el Despacho demandado es posible advertir que, efectivamente brindó respuesta de fondo al promotor desde el 07 de octubre de 2022, siendo notificado de la contestación a través del área jurídica del Establecimiento Penitenciario y Carcelario del Barne, el 11 de octubre hogaño.

A través del auto remitido por la accionada al promotor desde esa oportunidad, le informa que, carece de competencia para conocer del asunto y en razón de ello que, ordenó la remisión de las diligencias ante

¹³ Cita de la Corte Constitucional Sentencia T-610 de 2008.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2017.

la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Fiscalía, Seccional Antioquia para tales efectos. Indicándole además que, en caso de no ser aceptadas proponía de una vez, conflicto negativo de competencia.

Con lo anterior, resulta claro para la Sala, que si bien existió un tardanza por parte de la accionada en brindar respuesta al promotor, el 07 de octubre de 2022 remitió al área de jurídica del centro carcelario en el cual se encuentra privado de la libertad, auto a través del cual brinda contestación clara y de fondo a requerimiento, el cual adicionalmente fue debidamente notificado el 11 de octubre de los corrientes, con ello se debe afirmar que cumple con todos los requisitos estudiados para constituirse como un pronunciamiento que satisface adecuadamente el núcleo esencial del derecho fundamental de petición.

Por lo tanto, en el caso *sub examine*, no hay lugar a declarar la existencia de vulneración de derechos fundamentales del accionante, quien luego de lo expuesto, ya conoce el trámite que le impartió la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Antioquia a la queja interpuesta por él desde el 21 de diciembre de 2021.

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

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la tutela al derecho fundamental de petición pretendido por **Nadith Antonio Ochoa Gomez**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: INFORMAR que contra esta providencia procede su impugnación, dentro del término de tres (3) días hábiles contados a partir

de la notificación de la misma. Si no fuere impugnado, **ENVIAR** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**(Firma electrónica) GUERTHY
ACEVEDO ROMERO
Magistrada**

**(Firma electrónica) PLINIO
MENDIETA PACHECHO
Magistrado**

**(Firma electrónica) RENÉ
MOLINA CÁRDENAS
Magistrado**

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: f332d8465056d684b8d1fd40a9aa69f55dba1feaf00ae4c50167a775de41d3b7

Documento generado en 27/10/2022 08:22:34 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.	05 615 31 04 001 2022 00097
Radicado	2022-1475-3
Accionante	Javier Antonio Cardona Gómez
Accionado	Nueva EPS
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

Medellín, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Aprobado mediante Acta N° 298 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionada, contra el fallo de tutela de 16 de septiembre de 2022¹, emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia, a través del cual ordenó la entrega domiciliaria del insumo de corsé ortopédico al señor Javier Antonio Cardona Gómez y concedió tratamiento integral, en relación a su diagnóstico de fractura de vértebra torácica, luxación de la articulación esternoclavicular y fractura del maxilar inferior.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestó la señora Stela María Quintero Betancur que², el 15 de julio de 2022 su esposo Javier Antonio Cardona Gómez de 64 años de edad, sufrió un accidente en su bicicleta siendo diagnosticado con fractura de vértebra

¹ PDF N° 09 del expediente digital

² PDF N° 02 del expediente digital.

torácica, luxación de la articulación esternoclavicular y fractura maxilar inferior.

Ha sido intervenido quirúrgicamente en varias ocasiones pero su fractura de vértebra le impide caminar y moverse, razón por la cual el médico tratante desde el momento en el cual se encontraba hospitalizado le prescribió un corsé ambulatorio indicándoles que, sin ese elemento su columna no podría volver a la normalidad.

Indicó que, personal de Orthopraxis SAS le tomaron los datos como peso y estatura, pero no se volvieron a contactar para la entrega del elemento. Las pocas veces que atienden las comunicaciones telefónicas le informan que, debe esperar que, ellos le regresan la llamada, pero ello nunca sucede.

Ese actuar negligente por parte de Nueva Eps se encuentra en detrimento de los derechos fundamentales de su cónyuge a la salud y la vida en condiciones dignas pues impide su recuperación y el núcleo familiar no cuenta con recursos económicos para comprarlo de manera particular.

Conforme con ello, solicitó que por medio de un fallo de tutela se ordene la entrega de dicho elemento y se conceda tratamiento integral para sus patologías.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia, el 16 de septiembre de 2022³, amparó el derecho fundamental a la salud, vida digna y seguridad social accionante y ordenó a Nueva EPS que, en el

³ PDF N° 06 de la carpeta digital.

término de 48 horas siguientes a la notificación de esa decisión procediera a entregar el corsé ambulatorio requerido por el promotor.

Consideró además que la orden de tratamiento integral requerida por el gestor resultaba necesaria para evitar que se repitan a futuro acciones de tutela con relación a las patologías que motivaron el presente trámite constitucional, esto es, fractura de vertebra torácica, luxación de la articulación esternoclavicular y fractura del maxilar inferior.

DE LA APELACIÓN

La apoderada especial de la accionada⁴ indicó que, al haberse proferido una orden de tratamiento integral, el juzgador de primer grado determinó la prestación de servicios hipotéticos, futuros e inciertos que aún no han sido ordenados por médico tratante, aunado a ello, desconoce que existe una Ley que garantiza el acceso a un plan de beneficios en salud.

El fallo de tutela está diseñado para proteger derechos cuando estos estén siendo vulnerados y amenazados y no se puede presumir que ante un eventual atraso ocurrido una vez, en lo sucesivo la conducta será repetitiva y, por lo tanto, adelantarse a ello.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991⁵, la Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

⁴ PDF N° 09 de la carpeta digital.

⁵ 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

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

Del caso concreto

Teniendo en cuenta que, el objeto de la impugnación se centra en el reconocimiento del tratamiento integral concedido en favor del señor Javier Antonio Cardona Gómez para sus patologías de *fractura de vértebra torácica, luxación de la articulación esternoclavicular y fractura del maxilar inferior* procederá la Sala a referirse únicamente sobre este aspecto.

Sobre el tratamiento integral, ha expuesto la Corte Constitucional en reciente jurisprudencia, que el mismo *tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante*⁶.

Frente a este tópico, se hace necesario precisar que, de acuerdo con la Corte Constitucional *“en virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias”*⁷

Sin embargo, la misma Corporación ha reconocido que el referido principio no puede ser entendido de manera abstracta, y en razón de ello, impuso

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2021.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-081 de 2019

sobre los jueces de tutela la obligación de verificar previo a su orden “(i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.”⁸

En el asunto que se ventila, con la solicitud de amparo constitucional fueron incorporados algunos anexos, entre ellos, la historia clínica en la cual se evidencian los múltiples padecimientos del promotor generados ante una caída en bicicleta, al punto de tener que ser hospitalizado desde el 15 de julio de 2022 hasta el 10 de agosto hogaño. Reposa en la epicrisis las condiciones alarmantes en las cuales arribó el accionante al centro médico y los hallazgos evidenciados en ese momento: “Fractura de vértebra torácica, fractura del malar y del hueso maxilar superior, fractura de otros huesos del cráneo y de la cara, esguinces y torceduras de la muñeca, fractura del cuello del fémur, dolor en la columna dorsal, fractura maxilar inferior, fractura de vertebra por fatiga, traumatismo intracraneal no especificado, hemorragia intracerebral en hemisferio no especificada y luxación de la articulación esternoclavicular”⁹

Para el tratamiento de su patología le han remitido procedimientos quirúrgicos, tomas de muestras, exámenes, medicamentos para el controlar su dolor entre ellos, tramadol, acetaminofén y, el uso de un corsé ambulatorio, elemento que fue prescrito desde el 10 de agosto de 2022 y que, aún no ha sido entregado.

⁸ Ibídem.

⁹ PDF N° 02 del expediente digital.

Resulta evidente entonces que, el accionante cumple con los requisitos jurisprudenciales para el otorgamiento del tratamiento integral, los especialistas le han remitido medicamentos e implementos para mejorar sus condiciones de salud, lo que significa que clínicamente los diagnósticos se encuentran claramente definidos y por ende su tratamiento. No se trata por tanto de una prestación de servicios hipotéticos, futuros e inciertos

Aunado a ello, se evidencia que la Nueva EPS ha sido negligente en la prestación del servicio pues se trata de una paciente que, en razón a la magnitud de las lesiones sufridas en el marco de su accidente, requiere la entrega de insumos de manera rápida y eficaz, así como también la expedición de autorizaciones prioritarias y urgentes para los servicios que a las cuales es remitido. Sin embargo, es indiscutible la tardanza y las múltiples trabas administrativas que se le imponen para garantizar de manera completa el servicio tal y como sucedió con la entrega del corsé, elemento indispensable para el tratamiento de la lesión en su columna, el cual, pese a que fue prescrito desde el mes de agosto, no se efectuado su entrega, ni siquiera mediando una orden de tutela del 16 de septiembre de 2022 en ese sentido¹⁰ y según informó la esposa del accionante solo les llegó una comunicación en la que le indican que deben comparecer a tomar las medidas para el corsé, pero en la ciudad de Bogotá, sin que logren comunicarse con la accionada para que les modifiquen el prestador del servicio.

De tal suerte, al encontrarse acreditados los requisitos jurisprudenciales instituidos para el otorgamiento del tratamiento integral, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

¹⁰ PDF N°03 del expediente digital –segunda instancia-

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Rionegro – Antioquia el dieciséis (16) de septiembre de 2022, de conformidad a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica) **GUERTHY
ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente**

(firma electrónica) **PLINIO
MENDIETA PACHECO
Magistrado**

(firma electrónica) **RENÉ
MOLINA CÁRDENAS
Magistrado**

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero

Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: 2b4c6ef7d4b320f1dc3929cfa9066d1b5f29a09c92bc149c5059f32a6743e86d
Documento generado en 27/10/2022 08:22:21 PM

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

Radicado Interno: 2022-1361-4

Accionante: Gerardo Segundo Hoyos Hernández

Accionado: Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otros.

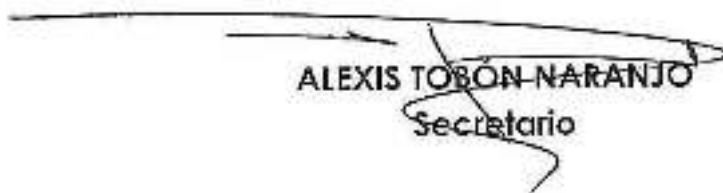
CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado PLINIO MENDIETA PACHECO expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionante interpone recurso de apelación frente al fallo de primera instancia al momento de realizarse la notificación personal¹.

Es de anotar que hubo de tenerse notificado conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8° de la ley 2213 de 2022 el día 12 de los corrientes al vinculado Dr. Juan Carlos Narváez Sierra, a quien se le remitió la notificación del fallo en dos oportunidades, sin que acusare recibido del mismo, siendo efectivo el último envío el día 10 de octubre de 2022².

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día 13 de octubre de 2022 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 18 de octubre de 2022.

Durante los siguientes días y tras superar inconvenientes de conectividad y con el OneDrive para la actualización del expediente digital paso a Despacho.

Medellín, octubre veintiséis (26) de 2022.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivo 20

² Archivo 26

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, octubre veintisiete (27) 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 el accionante **Gerardo Segundo Hoyos Hernández**, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco Magistrado
Tribunal O Consejo Seccional Sala 002
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: 968b60a6525056a8a7a9b13e389c680fb5562ea95e7ffdc0f70c2b51236f22d

Documento generado en 28/10/2022 12:03:54 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 05615310400220220007900 **NI:** 2022-1468-6
Accionante: DRA. JAZMÍN ALEJANDRA RUBIANO ARIAS EN REPRESENTACIÓN DE FRANCISCO LUIS HERNÁNDEZ HERRERA
Accionada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
Decisión: Modifica
Aprobado Acta No.: 170 de octubre 27 del 2022
Sala No: 6

Magistrado Ponente
Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, octubre veintisiete del año dos mil veintidós

VISTOS

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), en providencia del pasado 16 de septiembre de la presente anualidad, concedió el amparo constitucional invocado por la abogada Jazmín Alejandra Rubiano Arias quien actúa como apoderada judicial del señor Francisco Luis Hernández Herrera, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la apoderada del señor Hernández Herrera y Colpensiones, interpusieron recurso de apelación, que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de la presente acción constitucional fueron relatados por el Despacho de instancia de la siguiente manera:

“Indicó la parte accionante que, desde noviembre seis (6) de 2002 el señor FRANCISCO LUIS ingresó como beneficiario al programa “COLOMBIA MAYOR” del cual fue excluido en el año 2018 y luego de decisión de tutela por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta localidad, confirmada por el superior, se ordenó reingresarlo, pero esta vez por cuenta de FIDUAGRARIA como entidad que remplazó a la primera de las mencionadas y hasta tanto cumpliera con el requisito de semanas cotizadas para acceder a su pensión.

Se informó además que el accionante padecía de diabetes, hipertensión, retinopatías del fondo, cambios vasculares retinianos y enfermedad renal crónica en estado terminal, lo que le impide laborar de manera normal y demanda que constantemente esté en citas médicas y procedimientos de diálisis, producto de ello se solicitó a la accionada la calificación de pérdida de capacidad laboral, arrojando esta un 70.54% con fecha de estructuración septiembre veinte (20) de 2019, pero al no contar con el mínimo de semanas exigidas para acceder a la pensión de vejez, se optó por solicitar la de invalidez en octubre veintiocho (28) de 2021 siendo esta negada mediante Resolución calendada a febrero catorce (14) del año que discurre al no contar con cincuenta (50) semanas cotizadas en los últimos tres (3) años al momento de estructurarse la incapacidad, observándose en su historial laboral cotizaciones continuas entre el año 2002 y febrero de 2017, las cuales se reanudaron en febrero uno (1) de 2021, concluyendo que los pagos para los periodos 2017-2020 no fueron realizados por el CONSORCIO COLOMBIA MAYOR o quien hiciera sus veces.

Refirió haber presentado incidente de desacato en vista de la situación atrás descrita, pero en el trámite se declaró que hubo cumplimiento y que debía ser el actor quien adelantara las gestiones ante COLPENSIONES, para luego de ello realizar las validaciones y actualizaciones en el historial laboral.

Sumó que ante la negativa de pensión de vejez presentó en marzo diez (10) del año que discurre recurso de apelación, el cual para la fecha de radicación de la acción no había sido resuelto.

Solicitó el amparo de los derechos fundamentales y en consecuencia se ordenara a la accionada reconocer el pago definitivo de la pensión de invalidez, así como el retroactivo desde la fecha en que se estructuró la incapacidad. De manera subsidiaria

pidió conceder el pago de la pensión de manera transitoria, mientras COLPENSIONES y FIDUAGRARIA realizaban las actuaciones internas de su competencia.

Como medios probatorios anexó en copia, poder conferido ante COLPENSIONES, radicado solicitud de reconocimiento, Resolución 2021_12836857 de febrero catorce (14) de 2022, formulario de calificación de pérdida de capacidad laboral, reporte de semanas cotizadas.”

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Declarada la nulidad por parte de esta Corporación el proceso regresó al despacho de origen para que surtiera el trámite correspondiente, así las cosas, por medio de auto del día 7 de septiembre de 2022, el juez primigenio ordenó la vinculación del Ministerio de Trabajo y Fiduagraria dentro del presente trámite constitucional.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

Por su parte la directora de acciones constitucionales de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, indicó que por medio de resolución SUB 41457 del 14 de febrero de 2022 negó la pensión vejez solicitada por el accionante por no cumplir con los requisitos de ley, resolviendo recurso de reposición por medio de resolución SUB192998 de julio 22 de 2022, por medio de la cual confirmó la decisión. El recurso de apelación se encontraba en curso para decidir.

Asevera que no existe petición pendiente por resolver a nombre del accionante, pregonando que esa administradora ha actuado de manera responsable sin vulnerar derechos fundamentales al actor.

Resalta el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, considerando que debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales pertinentes, a

fin de reclamar lo pretendido en el presente trámite constitucional. Por lo que solicita se declare la improcedencia de la presente acción de tutela.

El Ministerio del Trabajo, informó que el demandante solicita el cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro en sentencia de tutela del 20 de febrero de 2019, por medio del cual ordenó Ministerio del Trabajo dar directrices a Fiduagraria S.A, *a fin de reingresar al Programa del Subsidio al Aporte en Pensión al señor Hernández Herrera hasta completar la totalidad de semanas exigidas para pensionarse, decisión fue confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en sentencia del 8 de abril de 2019.*

Consideró que lo que demanda es el incumplimiento de un fallo de tutela, lo cual no es procedente por medio de otra acción de tutela, sino mediante incidente de desacato.

El Representante Legal de la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A., Administradora Fiduciaria del Fondo de Solidaridad Pensional, señaló que el señor Francisco Luis Hernández Herrera, se encuentra en estado activo en el programa de *Subsidio al Aporte en Pensión* desde el 1 de octubre de 2002.

Manifestó en relación a los periodos julio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2017; enero de 2018; marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2021, por medio de oficio N 2022_2259521 recibido el 3 de marzo de 2022, Colpensiones radicó la cuenta de cobro de reprocesos de vigencias expiradas correspondiente a los periodos de abril de 1996 a noviembre de 2021, en la que se incluyeron los citados ciclos en favor del señor Hernández Herrera.

Estas cuentas de cobro deben ser sometidas a revisión y validación, para determinar no solo la procedencia del giro sino también la disponibilidad presupuestal correspondiente, por lo cual el giro de los subsidios no se efectúa en forma inmediata. Una vez finalizadas dichas actuaciones, procederá a

generar la programación de una nómina para el pago de dichos subsidios, la cual será remitida a Ryf Consultoría S.A.S, en su calidad de Firma Interventora y auditora del Fondo de Solidaridad Pensional, con el propósito de obtener el aval técnico, financiero y presupuestal para el pago de dicha nómina. Una vez obtenga el citado aval, solicitará al Ministerio del Trabajo como representante y ordenador del gasto del Fondo de Solidaridad Pensional, la autorización para el pago de dicho rubro.

En relación a los periodos diciembre de 2021, junio, julio, agosto y septiembre de 2022, para esa fecha Colpensiones no había realizado el cobro de los subsidios correspondientes ante la Administradora Fiduciaria. Añadió que *“Así las cosas, es Colpensiones quien debe verificar si el pago de los aportes pensionales realizados por el señor Francisco Luis Hernández Herrera, fueron hechos correctamente en la fecha y por el valor correspondiente, para que luego de dichas validaciones, realice el cobro respectivo de los subsidios ante el administrador fiduciario.”*

Resalta que solo hasta el 3 de marzo de 2022 recibió la cuenta de cobro de reprocesos en la que se incluyeron los periodos objetados por el tutelante del año 2017, 2018 y 2021, debe realizar el estudio y disponibilidad presupuestal correspondiente con lo que disponga el Ministerio del Trabajo, en su calidad de representante y ordenador del gasto del Fondo de Solidaridad Pensional.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, luego el Juez a-quo, analizó el caso en concreto.

Señaló que reclama el accionante la protección a sus derechos fundamentales que en su sentir han sido vulnerados por parte de Colpensiones, que lo que se discute no son las cotizaciones realizadas ni su pago por parte de Fiduagraria, pues es tema fue debatido por el Juzgado Tercero Penal de Circuito de

Rionegro, pues, aunque se encuentren pendientes de pago algunos periodos, no se puede volver a discutir dada la cosa juzgada constitucional.

La pretensión, es resolver la viabilidad de conceder la pensión de invalidez en favor del señor Hernández Herrera, quien es un sujeto de especial protección, añadiendo que la decisión que negó su solicitud pensional aún no se encuentra en firme.

Consideró que no resulta procedente acceder a lo pretendido por la tutelante dado que no cuenta con los elementos suficientes que permitan acreditar el cumplimiento de los requisitos mínimos para acceder a la pensión de invalidez. Pero teniendo en cuenta el estado de salud y la alta calificación de invalidez que presenta el afectado, ordenó a Colpensiones que en un término máximo de 48 horas siguientes a la notificación del fallo de primera instancia procediera a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto que negó los derechos pensionales al demandante.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, la directora de acciones constitucionales Colpensiones y la apoderada judicial del señor Francisco Luis Hernández, impugnaron la misma.

Por su parte, Colpensiones, para sustentar el recurso comenzó manifestando que mediante resolución DPE 9284 del 26 de julio de 2022 resolvió el recurso de apelación, cumpliendo con la orden emitida en primera instancia.

Pregona que ha dado respuesta a la petición, por ende, si el accionante considera que le asiste otros derechos, debe acudir a la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo. Pues no ha transgredido derecho fundamental alguno, y debe declararse la carencia actual de objeto por hecho superado.

Finalmente, solicita se revoque el fallo de tutela de primera instancia y en su lugar se niegue la acción de tutela contra de esa administradora.

La Dra. Jazmín Alejandra Rubiano Arias apoderada del señor Francisco Luis Hernández Herrera, inconforme con la determinación de primera instancia, señaló que el juzgado de instancia, falló sobre un tema que no era la materia o controversia constitucional a desatar, pues Colpensiones, en el curso de la tutela, resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución N SUB 192998 la cual negó la pensión de invalidez a su representado. Por el contrario, su pretensión versa sobre el estudio de fondo del caso y la presunta vulneración a derechos fundamentales con la negativa de Colpensiones al reconocimiento de la pensión de invalidez.

En su sentir negar los derechos pensionales solo porque no se encuentra actualizada la historia laboral de su representado, vulnera sus derechos fundamentales, de hecho, son cargas administrativas que no debe soportar el señor Hernández Herrera. Resalta que al ciudadano le dictaminaron una pérdida de capacidad laboral del 70.54% por enfermedades crónicas y degenerativas con fecha de estructuración del 20 de septiembre de 2019.

Finalmente solicitó que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, y en ese sentido se inspeccione de manera minuciosa el historial laboral del señor Francisco Luis Hernández Herrera, siendo deber de Colpensiones realizar las gestiones pertinentes para que Fiduarria S.A, pague el aporte correspondiente del programa *“Subsidio del Aporte en Pensión”* de forma retroactiva por lo dejado de cotizar en años anteriores.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicita la abogada Jazmín Alejandra Rubiano Arias, quien funge como apoderada judicial del señor Francisco Luis Hernández Herrera, se

ordene a Colpensiones reconozca y pague la pensión de invalidez a su prohijado, junto al retroactivo pensional desde la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. De no ser posible lo anterior, se reconozca de manera transitoria, mientras se surten las actuaciones internas entre Colpensiones y Fiduagraria S.A., para el pago de aportes pendientes y actualización de la historia laboral.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a esta Sala determinar si es posible a través de este mecanismo de acción de amparo ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones pensionales, o en su defecto, es improcedente lo pretendido pues el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial idóneo para reclamar su derecho pensional.

3. Del Caso en Concreto

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

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

En el caso bajo estudio se tiene que el señor Francisco Luis Hernández Herrera, quien considera cumplir con los requisitos, peticionó para que Colpensiones procediera al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, pagando el retroactivo desde la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, de no ser procedente lo anterior, como pretensión subsidiaria, insta por el reconocimiento de los derechos pensionales de manera transitoria mientras cesan los trámites internos entre Colpensiones y Fiduagraria S.A., para el pago de los aportes pendiente y actualización de la historia laboral.

En el escrito de impugnación la abogada demandante, insta para que se revise el historial laboral de su representado dado las inconsistencias y las cargas administrativas que le fueron trasladadas al demandante. Ahora, conforme a este tema, se tiene conocimiento que el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro en providencia del día 20 de febrero de 2019, confirmada en segunda instancia, concedió el amparo deprecado por el demandante en el sentido de ordenar al Ministerio de Trabajo que emitiera directrices a Fiduagraria para el reingreso al programa *subsidio en aporte en pensión* del señor Francisco Luis Hernández Herrera hasta que cumpliera con las semanas exigidas para obtener los derechos pensionales.

Del anterior contexto, se extrae que, es claro que el amparo incoado no sería procedente para reclamar prestaciones pensionales. Ello, por cuanto el ordenamiento jurídico dispone de una completa serie de recursos y procedimientos para lograr ese fin, no siendo legítimo que se acuda a una vía excepcional y urgente como la acción de tutela para perseguirlo. Admitir lo anterior conduciría, como mínimo, a que los jueces de tutela invadieran competencias ajenas, duplicando las funciones de la Administración y confundiendo los cauces ordinarios por los que deben resolverse los conflictos jurídicos.

En consecuencia, ya que la acción de tutela no puede suplir el trámite pensional, pues las entidades demandadas deben valorar cada caso concreto y emitir el respectivo concepto según la normatividad aplicable. Además, debe

indicarse que en caso de otorgarse la misma en sede de tutela, se estaría usurpando la competencia del Juez natural, que es el escenario propio donde se debe discutir la controversia suscitada con la entidad accionada.

Así las cosas, y ante la imposibilidad del estudio de la pensión de invalidez por vía de acción de tutela, en contraste con la particular situación del afectado, quien es una persona de especial protección constitucional por su avanzada edad y padecer de una enfermedad catastrófica y la evidente inconsistencia en la historia laboral del demandante; si bien, en el año 2019 el Juzgado Tercero de Rionegro ordenó el reintegro del demandante al programa de subsidio a la pensión, para lo cual debía efectuar el pago hasta tanto cumpliera con las semanas exigidas; lo cierto es que ahora demanda las inconsistencias en la historia laboral y la consecuente negativa de los derechos pensionales, asunto que fue corroborado en los pronunciamientos de las entidades vinculadas, lo que conlleva a concluir la irrefutable vulneración a sus derechos fundamentales.

En ese orden de ideas entonces, no le queda otra alternativa a esta Sala que **MODIFICAR** el fallo de tutela de primera instancia, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) el pasado 16 de septiembre de 2022, y en ese sentido se **ORDENA** a Fiduagraria que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a pronunciarse sobre el reconocimiento de los periodos faltantes solicitados por Colpensiones por medio de oficio del día 3 de marzo de 2022, conforme a la cuenta de cobro de reprocesos de vigencias expiradas correspondiente a los periodos de abril de 1996 a noviembre de 2021, en la que se incluyeron los periodos que demanda el actor, de ser procedente efectuar las labores administrativas necesarias para el giro de los recursos correspondientes a Colpensiones.

A su vez se **ORDENA** a Colpensiones, que, una vez recibida la información o el giro de los recursos, proceda dentro de las 48 horas siguientes a actualizar la historia laboral del accionante y a pronunciarse de nuevo sobre la solicitud de

pensión de invalidez presentada en favor del señor Francisco Luis Hernández Herrera.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: Se MODIFICA la sentencia proferida el pasado 16 de septiembre de 2022, por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), interpuesta por la abogada Jazmín Alejandra Rubiano en representación del señor Francisco Luis Hernández Herrera.

SEGUNDO: SE ORDENA a Fiduagraria que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a pronunciarse sobre el reconocimiento de los periodos faltantes solicitados por Colpensiones por medio de oficio del día 3 de marzo de 2022, conforme a la cuenta de cobro de reprocesos de vigencias expiradas correspondiente a los periodos de abril de 1996 a noviembre de 2021, en la que se incluyeron los periodos que demanda el actor, de ser procedente efectuar las labores administrativas necesarias para el giro de los recursos correspondientes a Colpensiones.

TERCERO: SE ORDENA a Colpensiones, que, una vez recibida la información o el giro de los recursos, proceda dentro de las 48 horas siguientes a actualizar la historia laboral del accionante y a pronunciarse de nuevo sobre la solicitud de pensión de invalidez presentada en favor del señor Francisco Luis Hernández Herrera.

CUARTO: La notificación de la presente sentencia de tutela, se realizará de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

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

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: fc57a0bb317b8ed82813109dbfb3135a2c90d49ca484c3d3ed0987322e13ad35

Documento generado en 27/10/2022 09:54:04 AM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL



1

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Ref.: Acción Tutela segunda instancia No.036
Radicado: 05697 3104 001 2022 00072
No. Interno: 2022-1478-2
Accionante: ROSA ELENA OCAMPO CANO
Accionada: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA
ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS
VÍCTIMAS (UARIV).
Decisión: SE CONFIRMA

Medellín, veintiocho (28) de octubre de dos mil veintidós (2022)
Aprobado en sesión según acta No.100

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la señora ROSA ELENA OCAMPO CANO, contra el fallo de tutela proferido el día 21 de septiembre de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia, mediante el cual se declaró hecho superado por carencia actual de objeto.

2. DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Los hechos de la demanda fueron señalados por el Juez de Primera Instancia de la siguiente forma:

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

“Relata la accionante, que se encuentra incluida en el Registro Único de Víctimas, por el hecho victimizante de desplazamiento forzado. Que el 19/07/2022, elevó derecho de petición ante la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS-UARIV- solicitando la priorización y pago de la indemnización administrativa, al considerar que cumple con criterio de priorización, porque presenta un diagnóstico de G409 epilepsia tipo no especificada desde hace 10 años, además de ser una campesina, madre cabeza de familia de escasos recursos económicos, y a la fecha de presentación de la acción de tutela no ha obtenido respuesta.

Del escrito de tutela se infiere que la actora considera vulnerados los derechos fundamentales de petición, debido proceso, igualdad, dignidad humana y los derechos de las víctimas.”

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de Primera Instancia con fundamento en los elementos de prueba allegados a la actuación, de las normas legales y fundamentos constitucionales, negó el amparo deprecado por carencia actual de objeto por hecho superado, al advertir que la entidad accionada dio respuesta a la solicitud de la accionante, el día “13 de septiembre de 2022 con radicado 6925569, a través del cual se le informó que mediante Resolución No. 04102019-1067442 del 20 de abril de 2021, la UARIV decidió: (i) reconocer la medida de indemnización administrativa por el hecho victimizante DESPLAZAMIENTO FORZADO, y (ii) aplicar el “Método Técnico de Priorización” con el fin de determinar el orden de entrega de los recursos. Que como no acreditó una situación de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad de las establecidas en el artículo 4 de la Resolución 1049 de 2019 y 1º de la Resolución 582 de 2021, esto es: i) tener más de 68 años de edad, o ii) tener una enfermedad huérfana, de tipo ruinoso, catastrófico o de alto costo definida como tal por el Ministerio de Salud y Protección Social, o iii) tener una situación de discapacidad que se certifique bajo los criterios, condiciones e instrumentos pertinentes y conducentes que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social o la Superintendencia Nacional de Salud, el Método Técnico de Priorización, en su caso particular, se aplicó en el año 2022 y la Unidad para las Víctimas le informará su resultado.

Por lo anterior se le informó que la Unidad para las Víctimas está realizando las verificaciones correspondientes en los diferentes sistemas de información para poder brindar respuesta de fondo a la solicitud, ya que en la actualidad se encuentran en la consolidación de los puntajes del método técnico de priorización.

Por ello, es imposible de dar fecha y cierta y/o pagar la indemnización administrativa, puesto que debe ser respetuosa del procedimiento establecido en la Resolución 1049 de 2019 y del debido proceso administrativo.

Igualmente, se le advirtió que de encontrarse en una situación de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad, podrá adjuntar certificado médico con los siguientes requisitos..."

(...)

Además, se le informó que, en caso de no contar con los certificados antes relacionados, puede aportar como soporte de discapacidad la Epicrisis o el resumen de historia clínica expedida por la EPS, que dé cuenta expresa de los datos personales de la víctima, el diagnóstico o los diagnósticos médicos, la discapacidad y su categoría. Dicha respuesta fue remitida a la actora a través del correo electrónico hlescano39@gmail.com, (ver folios 10 a 12 Rta).

Así las cosas, considera el juzgado que el derecho de petición elevado por la señora ROSA ELENA OCAMPAO CANO el 19/07/2022, fue resuelto en el transcurso del trámite de esta acción, además la respuesta a la solicitud fue clara, oportuna, de fondo y debidamente comunicada, sin que ello quiera decir que la misma deba ser favorable sus intereses..."

En virtud de lo anterior, para el juez de primer grado decidió:

PRIMERO: DECLARAR HECHO SUPERADO, en la acción de tutela interpuesta por la señora ROSA ELENA OCAMPAO CANO, en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VICTIMAS- UARIV-, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

4.- ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La accionante inconforme con la decisión de primera instancia, recurre en apelación con la finalidad de que se REVOQUE la decisión de primera instancia y, en su lugar, se conceda el amparo deprecado, fijándose una fecha cierta, modo y lugar para la entrega de la indemnización con el criterio de prioridad establecido en la ley, ello al considerar que:

(...)

“En el fallo de tutela, no se considera la solicitud de amparo constitucional presentada manifestando que, el despacho solo se centra en el amparo constitucional de la vulneración del derecho de petición, pues el juzgador en instancia constitucional en nada se pronunció frente a la vulneración del precedente constitucional, a lo realmente solicitado que es el reconocimiento de la prestación económica de la indemnización prioritaria ya que estoy diagnosticada con CIE10, G409 Epilepsia tipo no especificado hace más de 10 años, soy madre cabeza de familia, campesina y de escasos recursos, según lo establecido en la sentencia T-205 del 2021 la Honorable Corte Constitucional estableció en el auto 1206 del 2017 y auto 331 del 2019 el procedimiento administrativo también debe de respetar el debido proceso, por esta razón se debe de dar certeza a las víctimas sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar, bajo las cuales a estas personas se les realizara la evaluación que determine si se priorizara o no el núcleo familiar según lo dispuesto en el artículo 2.2. 7.4.7. del decreto 1084 del 2015 y en los casos que sean priorizadas la definición de un plazo razonable para que se realice el pago efectivo de la indemnización, los plazos aproximados y el orden en el que no de sr priorizado las personas accederán a esta medida por lo anterior, no basta con informar a las víctimas q su indemnización se realizara dentro del término de ley y también se estableció que la UARIV no podrá someter a las víctimas a una aplicación anual indefinida del método técnico de priorización, pues la entidad ya ha señalado un plazo aproximado para su realización en la vigencia fiscal.

Siendo el anterior, el eje central de la impugnación que hoy se presenta, y es que, no se trata solo de la reclamación de derechos ordinarios, se trata del cumplimiento de los principios y garantías constitucionales que han sido desarrolladas arduamente por el máximo órgano constitucional, planteamiento este que implica la concesión de una contraprestación económica derivada de la ejecución de un servicio personal, Maxime si se verifica a luz vistas la transgresión de un derecho fundamental.

“...el Fallador de primera instancia no interpreta el derecho a una reparación desde el ámbito constitucional, al delimitarlo al plano legal, es claro que a través de un proceso ordinario administrativo se podría obtener la declaratoria del derecho que le asiste a la reparación o indemnización a víctimas del conflicto armado, empero, también es claro que un largo proceso ordinario afectaría a la par otros derechos constitucionales como el mínimo vital, una vida digna, la protección a las personas en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual el mecanismo de la acción de tutela, si resulta idóneo, para evitar un perjuicio mayor, que en este caso afectaría

el mínimo vital del suscrito (a), tal como lo manifiesta la corte constitucional en la sentencia T-684/16 .."

Destaca que, la acción de tutela constituye un mecanismo transitorio idóneo para la solicitud del pago de la indemnización administrativa, además de cumplirse los requisitos de procedibilidad de subsidiariedad e inmediatez.

5. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACIÓN

5.1 Competencia

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

5.2 Problema Jurídico

El problema jurídico que debe decidir la Sala, se contrae a resolver si en este caso se vulneraron los derechos fundamentales invocados por la actora, teniendo de presente que, lo requerido por esta no es solo la respuesta a la petición ante la UARIV, sino, además, la fijación de un término razonable y perentorio para la entrega de la indemnización administrativa por ruta prioritaria al considerar que cumple con los criterios para ello.

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, la indemnización por vía administrativa es uno de los mecanismos dispuestos por el ordenamiento jurídico para garantizar el derecho a la reparación integral de las víctimas del conflicto; en esa medida, a través de la Ley 1448 de 2011 se estableció los diferentes medios a través de los cuales es posible reparar a las víctimas, los principios y los criterios orientadores.

Igualmente, la Corte Constitucional ha recalcado que la indemnización administrativa y los demás mecanismos dispuestos para la reparación, no obedecen al orden de las solicitudes, sino que para ello, la Ley 1448 de 2011 y sus decreto reglamentario, establecieron criterios de gradualidad, progresividad y priorización; es decir, que para poder determinar el orden de entrega por parte de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, debe verificar el grado de vulnerabilidad en el que se encuentra la persona y su grupo familiar, ya que es la única forma de realizar la reparación efectiva, con enfoque diferencial y garantizar así que las necesidades de quienes más lo requieren se van a ver satisfechas de manera prioritaria, esto en respeto a los principios de equidad e igualdad que deben orientar todas las actuaciones del Estado.

Frente al caso en concreto, demanda ROSA ELENA OCAMPO CANO, que se le ordene a la entidad accionada, se le aplique la ruta prioritaria que establece la Resolución 582 de 2021, toda vez que se encuentra en situación de vulnerabilidad al contar con un diagnóstico CIE10, G409 Epilepsia tipo no especificado desde hace más de 10 años, es campesina, madre cabeza de familia y de escaso recursos, situaciones éstas por las cuales considera debe informarse fecha cierta en que se le hará el pago de la indemnización administrativa que le fuera reconocida a través de la **Resolución N°. No. 04102019-1067442 del 20 de abril de 2021**; como quiera que la materialización de la misma se ha prolongado en el tiempo, vulnerándose sus garantías fundamentales.

Mediante la Resolución 1049 de 2019, se estableció el procedimiento para reconocer y otorgar la indemnización por vía administrativa y se creó el método técnico de priorización; aplicándose para todas las solicitudes cuatro fases; las cuales son: (i) fase de la solicitud de indemnización administrativa; (ii) fase de análisis de la solicitud; (iii) fase de respuesta de fondo de la solicitud y (iv) fase de entrega de la medida indemnizatoria.

De acuerdo al artículo 11 del mencionado acto administrativo, para la materialización de la entrega de la indemnización administrativa se tendrá en cuenta la disponibilidad presupuestal que tenga la Unidad Administrativa, además la clasificación de las solicitudes, es decir, si es prioritaria o general, tal y como lo establece el artículo 9. Por su parte, el artículo 14 indica que:

Artículo 14. Fase de la Entrega de la indemnización: *En el caso en que proceda el reconocimiento de la indemnización y la víctima haya acreditado alguna de las situaciones de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidades referidas en el artículo 4 del presente acto administrativo, se priorizará la entrega de la medida de indemnización, atendiendo a la disponibilidad presupuestal de la Unidad para las Víctimas.*

En caso de que los reconocimientos de indemnización de estas situaciones de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad superen el presupuesto asignado a la Unidad para las Víctimas en la respectiva vigencia, el pago de la medida se hará efectivo en la siguiente vigencia presupuestal. En el tránsito de vigencias presupuestales no se modificará el orden o la colocación de las víctimas priorizadas en las listas ordinales que, se posicionarán en la medida que obtenga firmeza los actos administrativos que reconocen la medida de indemnización y ordenan su pago.

En los demás casos donde haya procedido el reconocimiento de la indemnización, el orden de priorización para la entrega de la medida de indemnización se definirá a través de la aplicación del método de priorización. La entrega de la indemnización se realizará siempre y cuando haya disponibilidad presupuestal, luego de entregar la medida en los términos del inciso primero del presente artículo.

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.

En punto de la evaluación del núcleo familiar que determine su priorización para el pago de la medida de la indemnización

administrativa, indicó la Corte Constitucional, en Auto 331 de 2019, que debe garantizarse el debido proceso de las personas involucradas, en los siguientes términos:

“Se debe dar certeza a las víctimas sobre: (i) las condiciones de modo, tiempo y lugar bajo las cuales se realizará la evaluación que determine si se priorizará o no al núcleo familiar según lo dispuesto en el artículo 2.2.7.4.7 del Decreto 1084 de 2015; (ii) en los casos en que sean priorizadas, la definición de un plazo razonable para que se realice el pago efectivo de la indemnización; y (iii) los plazos aproximados y orden en el que de no ser priorizados, las personas accederán a esta medida. Por lo anterior, no basta con informar a las víctimas que su indemnización se realizará dentro del término de la vigencia de la ley.”

Ahora bien, en situación idéntica a la que es objeto de estudio y en **punto de la determinación de la aplicación del método técnico de priorización por parte de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas -UARIV-**, indicó la Sala de Decisión de Tulelas N°2, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante proveído STP3492-2021Radicado 114900 del 16 de febrero de 2021, lo siguiente:

(...)

“Al respecto, observa la Sala que el motivo de inconformidad de RAMÓN ALBERTO RODRÍGUEZ ANDRADE con respecto a las providencias anteriormente referidas se puede resumir de la siguiente manera:

*(i) En la sentencia del 2 de diciembre de 2019, el Tribunal ad quem dispuso la emisión de una orden del siguiente tenor literal: “(...) que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, resuelva de manera clara y de fondo la petición elevada por la señora Yeny Arenas Murillo, el 9 de septiembre de 2019. En efecto, le informará **la fecha en que tendrá lugar la aplicación del Método Técnico de Priorización** y, una vez ello suceda, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes **comunicará a la interesada el turno asignado y la fecha en que éste será atendido, para efectos de realizarse el pago de la indemnización administrativa**, al cual tiene derecho conforme a la Resolución No. 0410219-30870 del 21 de agosto de 2019.” (negritas fuera del texto original);*

(ii) La UARIV considera que es jurídicamente imposible cumplir con las órdenes que están resaltadas por las siguientes razones:

(a) El Auto 206 del 28 de abril de 2017 de la Corte Constitucional le ordenó al Director de la UARIV que, en coordinación con otras entidades, reglamente el procedimiento que deben agotar las personas desplazadas³ para la obtención de la indemnización administrativa;

(b) En cumplimiento de esa orden, la UARIV expidió la Resolución 01049 del 15 de marzo de 2019⁴, que dispone el siguiente procedimiento de entrega de la medida de indemnización:

(1) En primer lugar, se debe verificar si la persona que ostenta el derecho se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad o urgencia manifiesta⁵;

(2) En caso de que la persona no demuestre una situación de esta naturaleza -como es el caso-, se debe aplicar el método técnico de priorización;

(3) Dicho método técnico de priorización se aplica anualmente sobre el universo total de víctimas que no ostentan una situación de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad y los resultados de la aplicación del método en un año específico, no se acumulan para la siguiente vigencia fiscal;

(4) En una determinada vigencia fiscal sólo se les pagará a las personas que sean priorizadas para dicho pago, de acuerdo con los resultados que arroje el precitado método técnico de priorización y con la respectiva disponibilidad presupuestal;

(5) A las personas que no sean priorizadas en una determinada vigencia fiscal, se les deberá aplicar el método al año siguiente, y así sucesivamente, hasta que el método arroje que deben ser priorizadas;

3 Baste aclarar que, según la Resolución 04102019-30870 de 2019, a Yeny Arenas Murillo se le reconoció la indemnización administrativa por el hecho victimizante de *desplazamiento forzado*.

4 De acuerdo con el artículo 3 de esa Resolución, el procedimiento allí contemplado aplica para las víctimas reconocidas por los siguientes hechos victimizantes: (i) homicidio; (ii) desaparición forzada; (iii) secuestro; (iv) delitos contra la libertad e integridad sexual; (v) lesiones que no generaron incapacidad permanente; (vi) lesiones que generaron incapacidad permanente; (vii) reclutamiento forzado de menores de edad; (viii) tortura o tratos inhumanos o degradantes y (ix) desplazamiento forzado interno con relación cercana suficiente al conflicto armado.

5 De acuerdo con el artículo 4 de la Resolución precitada, esta situación se considera acreditada cuando la víctima demuestra alguna de las siguientes circunstancias: (i) tener una edad igual o superior a los 74 años de edad; (ii) tener una enfermedad huérfana, de tipo ruinoso, catastrófico o de alto costo o (iii) tener una discapacidad certificada.

(c) De acuerdo con la UARIV, a Yeny Arenas Murillo se le aplicó el método técnico de priorización el 30 de junio de 2020 y éste arrojó que ella todavía no podía ser priorizada para el pago;

(d) En tanto la asignación de turno y fecha para el pago sólo se puede determinar una vez el referido método técnico de priorización arroje que la persona en cuestión debe ser priorizada para una determinada vigencia fiscal, es jurídicamente imposible para la UARIV comunicarle a Yeny Arenas Murillo "el turno asignado y la fecha en que este será atendido, para efectos de realizarse el pago de la indemnización administrativa", pues dicha entidad aún no lo conoce y no es jurídicamente posible saltarse el procedimiento establecido tan solo para el caso de ella;

(e) Igualmente, en tanto la aplicación del método técnico de priorización exige de bastante tiempo para materializarse sobre la totalidad de personas a las que se le debe aplicar, es muy difícil determinar la fecha exacta en que se aplicará tal método a una persona determinada;

(iii) Estas razones fueron esgrimidas tanto en el trámite de tutela como en el trámite del incidente de desacato e, incluso, en cerca de 4 ocasiones a lo largo del mes de noviembre de 2020, con posterioridad a que el auto que sanciona por desacato fuera confirmado en sede de consulta. Sin embargo, los argumentos de la UARIV no han tenido eco ni en el Juzgado 1º Penal del Circuito de Apartadó ni en la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia.

Ahora bien, determinado lo anterior, encuentra la Sala que las razones que llevaron al Juzgado 1º Penal del Circuito de Apartadó a imponer la sanción por desacato, a la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia a confirmarla y al juzgado a quo a no inaplicarla con posterioridad a la ejecutoria de los autos del 14 de septiembre y del 29 de octubre de 2020, son las siguientes:

(i) Que la UARIV aún no le ha comunicado a Yeny Arenas Murillo en qué fecha exacta se le aplicará el método técnico de priorización en el 2021 (a pesar de que declaró cumplida la orden con respecto a la aplicación de dicho método en el año 2020).

(ii) Que la UARIV no le ha comunicado a Yeny Arenas Murillo en qué fecha exacta será atendido su turno para el pago de la indemnización.

(iii) Que no advierte cuál es la imposibilidad jurídica de indicar una fecha exacta para estas dos acciones, toda vez que en la sentencia del Tribunal no se ordenó el pago de la indemnización, sino la simple determinación del día en que el turno respectivo será atendido para tal efecto.

(iv) Que, en cualquier caso, Yeny Arenas Murillo no puede acreditar ninguna de las circunstancias que la categorizarían como parte de la población con urgencia manifiesta o vulnerabilidad extrema, por lo que al aplicarle el método técnico de priorización todos los años, el resultado será invariablemente el mismo, dejando en la completa indeterminación el momento en que ella recibirá su indemnización.

De estas razones, que fueron expresadas tanto en la contestación de la presente acción de tutela como en los autos del 4, 9, 19 y 27 de noviembre de 2020, la Sala advierte, prima facie, los siguientes problemas: (i) lo primero es que, contrario a lo que parece creer el Juzgado 1º Penal del Circuito de Apartadó, el método técnico de priorización **no se le aplica** a las personas que acrediten una situación de extrema vulnerabilidad o urgencia manifiesta sino, precisamente, **a las personas que no pueden acreditar dichas circunstancias**⁶, como es el caso de Yeny Arenas Murillo; (ii) por ello, a la hora de aplicar dicho método no se verifica si la persona en cuestión tiene más de 74 años, está enferma o es discapacitada, lo que implica que el hecho de que Yeny Arenas Murillo no pueda acreditar alguna de esas circunstancias no significa que el resultado de la aplicación del método cada año vaya a ser invariablemente el mismo; (iii) en efecto, como viene de explicarse, la aplicación del método técnico de priorización se hace cada año al universo global de víctimas que no acreditan alguna de las circunstancias indicadas anteriormente; (iv) ello ocurre en la medida en que los resultados que arroja el método para una vigencia fiscal, no se acumulan en la siguiente; (v) por esa razón, si el método no arroja que una persona pueda ser priorizada para el pago de la indemnización en una vigencia fiscal determinada, **es imposible conocer en qué fecha se podrá proceder al pago de la indemnización, pues eso dependerá de que el método técnico, en un vigencia subsiguiente, arroje que tal persona podrá ser priorizada**; (vi) por lo anterior, se reitera, hasta tanto dicho método no arroje que Yeny Arenas Murillo esté priorizada para el pago en una vigencia fiscal en concreto, la UARIV no podrá informarle la fecha en que se hará efectivo el pago, pues **no la conoce** y (vii) por último, dada la complejidad de aplicar dicho método cada año al universo total de víctimas que no se encuentran en situación de urgencia manifiesta o de vulnerabilidad extrema, es imposible, también, determinar la fecha exacta en que dicho método le será aplicada a una persona específica, pues tal

6 Al respecto, ver el inciso 3º del artículo 14 de la Resolución 01049 de 2019.

cosa depende de una multitud de variables relacionadas con el manejo de los datos de la UARIV.

Las anteriores razones indican que, en efecto, para dar cumplimiento a la orden de tutela contenida en el fallo del 2 de diciembre de 2019, la UARIV tendría que obviar el procedimiento de priorización contenido en la Resolución 01049 de 2019, tan solo para el caso de Yeny Arenas Murillo, lo cual es, precisamente, jurídicamente imposible. Ello quiere decir que dicha causal de improcedencia de la sanción por desacato⁷ se encuentra debidamente acreditada y, a pesar de ello, el Juzgado 1º Penal del Circuito de Apartadó insiste en aplicarla.

Cabe advertir que estas razones le fueron debidamente informadas a dicho estrado judicial en varios memoriales e intervenciones a lo largo del incidente de desacato y, por incuria o descuido, esa autoridad nunca reparó en la totalidad de los argumentos y explicaciones esbozados, pues en todos los casos se concentró en apartes parciales de los fundamentos esgrimido por la UARIV para el incumplimiento, sin darles el alcance completo que ellos tienen.

En fin, de todas formas, esta Sala advierte que el origen de la controversia que ahora se revisa estriba, en última instancia, en la orden misma que fue dada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en la sentencia de tutela del 2 de diciembre de 2019. Ello por cuanto que, como ya se advirtió, dicha orden es jurídicamente imposible de cumplir para la UARIV en su tenor literal, en tanto no es posible determinar fechas exactas tanto para la aplicación anual del método técnico de priorización como para el pago de la indemnización administrativa, por lo menos hasta tanto dicho método no arroje que Yeny Arenas Murillo debe ser priorizada en su pago para una vigencia fiscal específica.

(...)

9. Por las anteriores razones, esta Sala amparará el derecho fundamental al debido proceso de RAMÓN ALBERTO RODRÍGUEZ ANDRADE, en su calidad de Director de la UARIV y, en consecuencia, le ordenará al Juzgado 1º Penal del Circuito de Apartadó lo siguiente: (i) que, en ejercicio de sus facultades como juez instructor del incidente de desacato, module la orden de tutela contenida en el numeral segundo del resuelve de la sentencia del 2 de diciembre de 2019, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, de manera que a Yeny Arenas Murillo solo le deberán informar una fecha exacta para el pago de la indemnización una vez el método técnico de priorización arroje que ella puede ser

⁷ En tanto excluye el componente subjetivo que requiere la verificación del incumplimiento de una orden de tutela en el marco de un incidente de desacato.

priorizada para el pago en la respectiva vigencia fiscal y (ii) del mismo modo, que, en ejercicio de las facultades mencionadas previamente, module la orden de tutela referida en el sentido de indicar que no es necesario que la UARIV le indique cada año a Yeny Arenas Murillo la fecha exacta en que le aplicarán el método técnico de priorización, por imposibilidad de conocer de antemano esa fecha precisa; sin embargo, podría indicarse que, cada vez que dicha entidad le aplique el precitado método a la reclamante, deberá informarle del resultado del mismo.

Por último, se dejarán sin efectos los autos del 14 de septiembre y del 29 de octubre de 2020, relativos a la imposición de sanciones por desacato a RAMÓN ALBERTO RODRÍGUEZ ANDRADE, por las razones que viene de explicarse.

Sin embargo, en tanto la Sala no conoce el contenido de las respuestas que la UARIV le ha dado a Yeny Arenas Murillo hasta la fecha, y en tanto dicha entidad deberá comunicarle a esta persona la fecha exacta del pago, una vez el método técnico de priorización arroje que Arenas Murillo debe ser priorizada, no se declarará el cumplimiento de la sentencia de tutela. En cualquier caso, esto último le corresponde acreditarlo a la entidad accionada en el marco del proceso de cumplimiento de la sentencia del 2 de diciembre de 2019, tal y como eventualmente se modulen las órdenes en ella contenidas..." NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

De acuerdo con las anteriores argumentaciones, encuentra la Sala que la entidad accionada mediante la Resolución No. No. 04102019-1067442 del 20 de abril de 2021, reconoció el derecho a la medida de indemnización administrativa por el hecho victimizante de desplazamiento forzado a la señora ROSA ELENA OCAMPO CANO y, ordenó dar aplicación al método de priorización; así mismo, mediante comunicado del 13 de septiembre de 2022, se le informó a la señora ROSA ELENA OCAMPO CANO, que el método de **priorización se le aplicó en el presente anualidad** y la Unidad para las Víctimas le informaría su resultado, **advirtiéndole al accionante que, si dicho resultado le permite acceder a la entrega de la indemnización administrativa en el año 2022, será citada para efectos de materializar la entrega de los recursos económicos por concepto de la indemnización.**

Bajo este panorama, es claro que la entidad accionada brindó una respuesta de fondo a la señora Ocampo Cano en torno a la solicitud de pago de la medida de indemnización administrativa, siendo imposible indicarle una fecha del pago, pues como se advirtió, ello depende

de que el método técnico arroje que podrá ser priorizada y, dada la complejidad de aplicar el citado método cada año al universo total de víctimas que no se encuentran en situación de urgencia manifiesta o de vulnerabilidad extrema; ahora, en caso de que el accionante no resulte priorizada luego de la aplicación del método técnico, es imposible, también, determinar la fecha exacta en que dicho método le será aplicada en las próximas vigencias fiscales, en tanto depende de una multitud de variables relacionadas con el manejo de los datos de la UARIV.

En este orden de ideas, sin entrar en más consideraciones, la Sala **CONFIRMARÁ** la decisión del Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, Antioquia fechada del 21 de septiembre de 2022.

En consecuencia, sin necesidad de otras elucubraciones, EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

6. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido 21 de septiembre de 2022 por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario–Antioquia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA

PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: 41b98cc6f0ad71f3867088d1198ae2608c5ccb8ab0570c8b23a275d85c8c2f34
Documento generado en 28/10/2022 02:53:32 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso Nro. 053186000336201980003 **NI.** 2022-1583
Acusados: ANDERSON GUTIERREZ JIMENEZ
Delito: Homicidio culposo
Motivo: Apelación auto niega preclusión
Decisión: Abstiene de conocer
Aprobado Acta Número: 170 de octubre 27 Sala No: 6

Magistrado Ponente: **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**

Medellín, octubre veintisiete de dos mil veintidós.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a pronunciarse sobre el recurso de apelación que se interpone la defensa contra auto del pasado 13 de octubre del año en curso, en el que el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, negó petición de preclusión que elevaba a Fiscalía General de la Nación.

II. HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES Y ACTUACIONES PROCESAL

De lo que se puede extractar de lo expuesto en la audiencia de preclusión, se tiene que el pasado 7 de enero del 2019 en la autopista Bogotá Medellín en jurisdicción del municipio de Guarne, ANDERSON GUTIERREZ JIMENEZ al mando de la motocicleta de placas FTK 36 A, atropelló al señor LUIS FERNANDO MESA CARO, sufriendo diversas heridas que le ocasionaron posteriormente la muerte.

III. SOLICITUD DE PRECLUSION

La representante de la Fiscalía después de enunciar los hechos que generaron la presente investigación que se encuentra en su etapa preliminar sin que se hubiere formulado imputación, y que se circunscriben al fallecimiento del señor LUIS FERNANDO MESA CARO, toda vez que se ha indemnizado integralmente a los familiares de la víctima, procede la preclusión de la actuación por reparación integral, y por aplicación favorable de la ley 600 del 2000, se debe permitir la preclusión en esta actuación que se surte por la Ley 906 del 2004, bajo la causal de imposibilidad de proseguir con el ejercicio de la acción penal.

Se le dio el uso de la palabra a la representación de víctimas e indicó que en efecto se había presentado la indemnización integral por lo que procedía la preclusión, petición que fue acompañada por la defensa.

IV. DETERMINACION DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de primera Instancia negó la petición de preclusión, señalando que si bien es cierto en un tiempo se consideró que era posible aplicar por favorabilidad la ley 600 del 2000, y visto que existe reparación integral en un delito culposo es posible decretar la preclusión, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia, precisó desde el año 2020, que el camino a seguir si aún no se esa en la etapa del juicio, no es el de la preclusión por aplicación analógica de la Ley 600, sino el recurrir a los mecanismos de justicia restaurativa y el principio de oportunidad, lo que impide entonces que se le dé ahora un trámite que la jurisprudencia considera que no es el adecuado y debe recurrir la Fiscalía a dichas figura procesales para sacar avante su pretensión vista la reparación de perjuicios que se anuncia.

V. MOTIVO DE IMPUGNACION.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la abogada defensora del procesado interpone recurso de apelación, inicialmente señala que ella aunque no pidió la preclusión considera estar amparada para apelar, el Juez de primera instancia indica que aunque es de su parecer que no tiene legitimidad, tiene entendido que hay pronunciamientos que habilitan a las partes que no pidieron la preclusión para apelar, por ende estaría habilitada la apelación, por lo tanto para ahondar en garantías permite el recurso y le da el uso de la palabra a la defensa para que sustente el recurso que interpone, la que entonces, solicita se decrete la preclusión, pues lo cierto es que la indemnización integral es una forma de justicia restaurativa, y resulta todo un desgaste no permitir la preclusión, diciendo que aquí aún se está en el juicio y no es posible desconocer que en efecto los familiares de la víctima fallecida ya fueron reparadas, por un mecanismos de mediación y por ende no puede continuar esta actuación.

VI. PARA RESOLVER SE CONSIDERA.

El tema que ocupa la atención de la Sala lo es establecer si en efecto procede la preclusión por indemnización integral.

Visto que inicialmente se planteó una discusión sobre la posibilidad que tiene una parte que no pidió la preclusión, interponer recurso de apelación resulta pertinente traer a colación el siguiente pronunciamiento radicado 31767 del 15 de febrero del 2010 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia indico:

“Que cuando un interviniente distinto al Delegado del Fiscal General de la Nación, en la etapa de indagación e investigación, se vea afectado por alguna decisión judicial tiene a su haber los medios de impugnación correspondientes, siempre y cuando la ley lo autorice.

d. En virtud a que el imputado es una parte trascendente del proceso, “sin el cual la actuación penal no subsistiría, luego mal puede pensarse que carezca de legitimidad para

oponerse a aquellas decisiones que lo afecten, mucho más si se tiene en cuenta que el artículo 130 de la Ley 906 de 2004 le confiere las mismas atribuciones que al defensor, entre las cuales obviamente se encuentra la de interponer recursos¹”.

e. Y, como quiera que el nuevo sistema procesal penal se sustenta en el postulado de igualdad de armas, en especial, de quien es sujeto de la investigación en desarrollo del derecho de defensa y el de contradicción, también se encuentran habilitados para interponer los recursos contra decisiones que le resulten desfavorables, entre ella, la que niega la preclusión.

No obstante los anteriores planteamientos, la Corte precisó la jurisprudencia al respecto mediante providencias del 1° y 15 de julio de 2009, adoptados en los radicados 31763 y 31780, argumentando que la parte llamada a mostrar inconformidad con la decisión es aquella habilitada para hacer la petición y los demás intervinientes deben atenerse a los criterios de impugnación expuestos por la Fiscalía, para seguidamente actuar como no recurrentes, para respaldar su recurso o enfrentarlo, no para intentar uno novedoso».

Postura reiterada en determinación del en la que indicó:

“Antes de iniciar la etapa de juzgamiento, reclamar la preclusión por todas las causales del artículo 332 es potestad exclusiva del fiscal, mientras que en sede del juicio, se faculta igualmente al Ministerio Público y a la defensa para obrar en tal sentido, pero únicamente en cuanto se relaciona con los motivos 1° (imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal) y 3° (inexistencia del hecho investigado).

En consecuencia, por tratarse de un trámite cumplido antes de la formulación de acusación, corresponde únicamente al Fiscal atendiendo su condición de titular de la acción penal, solicitar la terminación del proceso por el motivo citado, y de paso, impugnar la determinación que sea adversa a sus pretensiones.

Por el contrario, si el apoderado judicial de la indiciada eleva solicitud en tal sentido o impugna la providencia que niega la petición de la Fiscalía, excede su rol de defensor, pues se trata de una solicitud que sólo puede presentar en la etapa del juzgamiento, debido a que la intervención de la defensa y de las demás partes, cuando de postulación de preclusión se trata, se convierte en accesoria de la Fiscalía, como que es ésta, y sólo ella, la facultada para hacer ese tipo de reclamos.”

¹ Artículo 125 numeral 7º “Interponer y sustentar, si lo estimare conveniente, las nulidades, recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión”.

En este orden de ideas, como quiera que la actuación se encuentra en la etapa de indagación preliminar, carece de legitimidad la defensa, tanto para pedir la preclusión conforme a lo dispuesto en el artículo 332 de la Ley 906 del 2004 que solo la habilita en la etapa de juicio, como para impugnar la determinación que niega la petición de preclusión, que hizo la Fiscalía, así ese sujeto procesal si estuviere habilitado para solicitar la preclusión, y visto que el agente del Ente Acusador no hizo uso de los recursos de ley, no se habilita a los demás sujetos procesales para hacerlo, pues se itera esto vista la etapa procesal- actuación en etapa preliminar- carecen de legitimación para solicitar la preclusión.

En consecuencia, la Sala se decreta improcedente la presente impugnación.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: Decretar improcedente el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto que negó petición de preclusión elevada inicialmente por la Fiscalía General de la Nación.

SEGUNDO: Vuelva la actuación de manera inmediata al juzgado de origen.

TERCERO: Infórmese de lo resuelto a los sujetos procesales.

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: e45ceec6a1fea532729c6f795f28ca2162f1064e21139991bb374097971514c6
Documento generado en 27/10/2022 08:48:45 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**SALA DE DECISIÓN PENAL****Radicado:**050016099150202200080**NI:** 2022-1516**Acusado:** DUVEIMAR DE JESUS BEDOYA CARO**Delito:** ACTO SEXUAL ABUSIVO**Decisión:** Confirma**Acta No.:** 165 de octubre 20**Sala No.:** 6Magistrado Ponente: **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome.-**

Medellín, octubre veinte de dos mil veintidós.

I. Información preliminar

Procede la Sala una vez se pudieron recopilar la totalidad de los registros de la audiencia preparatoria a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto emitido el pasado 26 de septiembre del año en curso en el que se negaron algunas pruebas solicitadas por la defensa en la audiencia preparatoria.

II. Actuación procesal

En desarrollo de la audiencia preparatoria se dio inicialmente el uso de la palabra a la Defensa para que descubriera los elementos de prueba con los que contaba y la togada defensora procedió a enunciar una serie de testimonios que le interesaba para el juicio, al igual que algunos que ya la Fiscalía había enunciado los que advertía pediría como prueba común, posteriormente se le dio el uso de la palabra a la Fiscalía para que enunciara las pruebas a valer en el juicio, y al terminar su solicitud, la defensa hizo una intervención señalado que había omitido mencionar inicialmente igualmente dos pruebas documentales, una un álbum fotográfico que ingresaría con el testigo de acreditación investigador de la defensa, y una certificación del Juzgado Promiscuo Municipal de San Jerónimo sobre un

proceso de lesiones personales en el que las partes eran el abuelo del menor víctima y el señor ALONSO DE JESUS BEDOYA CARO hermano del procesado. La Audiencia continuó entonces su trámite regular, se interrogó sobre las estipulaciones, las partes hicieron referencia a la pertinencia y conducencia de las pruebas pedidas y se refirieron a las pruebas solicitadas, indicando la Fiscalía que en relación a los testigos comunes que pedía la defensa, no se explicitó porque los requería aparte de referencias genéricas sobre la pertinencias de los mismos, igualmente consideró que no era posible decretar los testimonios de varios de los testigos pedidos por la defensa pues lo que declararían no era de interés para el proceso, en lo que respecta al tema de la apelación propuesta precisó que no era posible el decreto del testimonio de ALONSO DE JESUS BEDOYA CARO, hermano del procesado pues la supuesta enemistad de las familias de víctima y victimario no tenía relación directa con los hechos y en relación al investigador de la defensa MAURICIO ARREDONDO CASTRILLON, no se indicó en concreto que labores de investigación, entrevistas o elementos materiales de prueba recolecto, ni que relación tienen con las pruebas solicitadas.

A su vez el representante de víctimas indicó que se debe rechazar por extemporáneas las pruebas documentales solicitadas pues en el momento al inicio de la audiencia que es cuando la defensa debe hacer su descubrimiento no los enunció, y solo vino hacerlo después de que la Fiscalía había ya enunciado las pruebas que pretendía hacer valer en el juicio, igualmente que el testigo ALONSO DE JESUS BEDOYA CARO es llamado al juicio por la defensa para introducir un documento como el mismo no fue descubierto oportunamente no puede decretarse, inane resulta se decrete el testimonio de quien pretendía introducirlo.

III. Auto de primera instancia.

En lo que interesa al tema de apelación, el Juez de instancia, indicó que la audiencia preparatoria tiene una serie de escenarios que deben cumplirse a cabalidad y en el momento inicial cuando la defensa debida descubrir las pruebas que pretendida valer en el

juicio nunca hizo mención a los documentos que pretendía llevar al juicio, por lo que no es posible que en un escenario posterior cuando ya la fiscalía ha intervenido proceda a adicionar el descubrimiento, pues esto vulnera el debido proceso, como la postulación no se hizo en la oportunidad debida imposible resulta entonces entrar a decretar una prueba que no fue descubierta y enunciada en la oportunidad debida.

En cuanto al testimonio de ALONSO DE JESUS BEDOYA, aunque con él busca la defensa demostrar problemas entre el abuelo de la menor víctima y la familia del procesado, no se acredita en la argumentación porque esto influye en los hechos materia de investigación, de otra parte, con este testigo se busca introducir un documento que no se decreta por lo que no resulta posible ordenar dicho testimonio.

Sobre el testimonio del investigador MAURICIO ARREDONDO CASTRILLON no se indica que documentos, entrevistas, o elementos de juicio va a introducirse con él, ni mucho menos que incidencia tiene las labores de investigación que realizó con el caso que ocupa a la atención de la judicatura, lo que denota entonces que no tiene ninguna utilidad para el juicio oír a esta persona.

IV. Recurso interpuesto.-

La defensa interpone recurso de apelación en concreto por la negativa del decreto de la prueba documental, y del testimonio del investigador de la defensa y del señor ALONSO DE JESUS BEDOYA CARO.

En relación a la prueba documental, indica que si bien es cierto inicialmente no mencionó los documentos fue por un lapsus, que corrigió apenas lo advirtió y antes de que las partes se pronunciarán sobre la pertinencia utilidad y necesidad de la prueba, por lo que no puede decirse que exista un sorprendimiento indebido a la contraparte

Indico igualmente que el testimonio del señor ALONSO DE JESUS BEDOYA CARO, permite el ingreso de la certificación del proceso que se adelantó en el Juzgado Promiscuo Municipal de San Jerónimo, que demuestra los conflictos que se suscitaron entre este declarante y el abuelo de menor ofendido, y estos indudablemente son de interés para el proceso.

En cuanto al investigador MAURICIO ARREDONDO CASTRILLON, este no solo tomó el álbum fotográfico que se pretende introducir sino también, realizó entrevistas a los testigos de la defensa que eventualmente pueden necesitarse.

Al descorrer el traslado a los no recurrentes tanto la Fiscalía como la representación de víctimas solicitaron la confirmación de la providencia señalando que no se realizó el descubrimiento y enunciación del aprueba documental en el momento oportuno, ni mucho menos se precisó para que se pedían las pruebas testimoniales que fueron negadas, no pudiendo la judicatura interpretando los hechos y lo ocurrido en la audiencia entrar a suplir las falencias que tenga la parte que realiza las postulaciones probatorias.

V. Consideraciones de la Sala.

El tema a resolver se contrae en esencia a determinar si efectivamente la defensa cumplió con el deber de descubrimiento en relación a la prueba documental que solicita se decrete y lo referente a los testigos MAURICIO ARREDONDO CASTRILLON y ALONSO DE JESUS BEDOYA CARO.

Descendiendo ya al objeto materia de impugnación, debemos precisar en primer lugar cómo debe desarrollar el descubrimiento probatorio en aras de garantizar la igualdad de armas y el efectivo derecho de defensa. Sobre el tema probatorio la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

“En cumplimiento de su deber funcional y en acatamiento del principio de lealtad, la Fiscalía debe anunciar desde el escrito de acusación todas las pruebas que pretenda hacer valer en el juicio oral (artículo 337, numeral 5); además, la Fiscalía tiene la obligación de descubrir todas las pruebas en la audiencia de formulación de la acusación (artículo 344); y debe enunciar nuevamente la totalidad de las pruebas en la audiencia preparatoria (artículo 356, numeral 3).

“(…) El artículo 346 del Código de Procedimiento Penal prevé las sanciones por el incumplimiento del deber de revelar la información durante el trámite de descubrimiento. Pues los elementos probatorios y la evidencia física que deban descubrirse y no sean descubiertos ‘no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse en el juicio’, y el Juez está obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que el descubrimiento fue omitido por causas no imputables a la parte que lo omitió.”¹

De lo antes reseñado se puede extractar que el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía General de la Nación se inicia con el escrito de acusación donde deben consignarse todas las pruebas que pretendan hacerse valer en el juicio, continúa con la enunciación que de los mismos que se hace al sustentar la acusación, prosigue con la entrega material de los elementos que reclame la defensa, y nuevamente en el desarrollo de la audiencia preparatoria, deben enunciarse las que concretamente se pretende practicar en el juicio. Ahora bien, en cuanto al descubrimiento probatorio por parte de la defensa tenemos que el mismo debe materializarse en la audiencia preparatoria, donde previo al decreto de las pruebas que pretenda hacer valer, resulta necesario ponga en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación los elementos materiales que sustentan tales peticiones probatorias.

Descendiendo a lo ocurrido en la audiencia preparatoria tenemos que tal y como se aprecia a partir del minuto 0.355 del registro de la actuación en la audiencia preparatoria, ante la pregunta de la judicatura sobre su descubrimiento probatorio la defensa procede a enunciar las pruebas que pretende hacer valer en el juicio, las cuales todas son testimoniales, luego se le da el uso de la palabra a la Fiscalía para que indique cuales son sus solicitudes probatorias y esta procede a enunciarlas y al terminar su intervención como

¹ Sentencia del 17 de mayo del 2007. M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ. Rad.26186

consta al minuto 08.25 del registro de la actuación, la defensa indica que omitió anunciar que también cuenta con unas pruebas documentales, a saber, un álbum fotográfico elaborado por el investigador de la defensa, y una certificación de Juzgado Promiscuo Municipal de San Jerónimo sobre la existencia de un proceso por lesiones personales entre el abuelo de la menor presunta víctima en este juicio y unos familiares del acusado. Posteriormente sigue el desarrollo normal de la audiencia.

De lo aquí advertido salta a la vista que aunque indiscutiblemente en la primera intervención de la defensa, esta omitió enunciar la prueba documental, una vez intervino la Fiscalía, advirtió la togada defensora su omisión y enuncio la prueba documental, situación que se hizo antes de que se diera la palabra a las partes para que presentaran estipulaciones, o se pronunciaran sobre la pertinencia y conducencia de sus solicitudes probatorias o solicitaran la exclusión, rechazo o inadmisión de las pruebas pedidas por la contraparte, por lo que aunque desordenada fue la intervención de la defensa, no implica que con esto hubiere sorprendido indebidamente a la Fiscalía, la cual por demás ni siquiera presentó oposición alguna a tal postulación probatoria de la defensa, pues solo fue la representación de víctimas la que advirtió al Juez al darle el uso de la palabra que considera que como no se había hecho tal postulación al inicio de la audiencia, debida rechazarse por inoportuna.

Si lo que de verdad se busca proteger es la igualdad de armas con la sanción legal del rechazo por la falta de descubrimiento oportuno, no encuentra la Sala que la omisión de la defensa, corregida antes de que como ya se advirtió las partes se pronunciaran sobre la pertinencia, utilizad y conducencia de las pruebas pedidas o solicitaran la exclusión rechazo o inadmisión de las pruebas de la contraparte, en efecto vulnere tal igualdad de parte o que en verdad se sorprendiera a la Fiscalía, quien bien pudo replicar a lo adicionado por la defensa, o hacer alguna observación pues legamente aun no se decretaban las pruebas, por lo tanto no encuentra posible la Sala que por tal situación se deba rechazar las solicitudes probatorias documentales de la defensa.

Ahora bien, cumplió la defensa con la carga de acreditar la pertinencia, necesidad, conducencia y utilidad de dicha prueba documental, aspecto que indiscutiblemente debe abordar la Sala visto que el motivo de rechazo no resulta suficiente. Al respecto encontramos lo siguiente: En relación a la certificación del proceso que se adelanta en in Juzgado Promiscuo Municipal señaló que con esto se acreditaría un proceso penal que cursa por lesiones personales entre familiares del procesado y el abuelo de la supuesta víctima, sin embargo nunca se indica porque dicha información es de interés para este proceso, no menciona la defensa, si con esto busca desacreditar algún dicho de los testigos de la Fiscalía, o plantear que alguno de los testigos o la víctima obren motivados por tales diferencias, o como estas tienen relación directa con el procesado, por ende no hay motivación suficiente sobre la pertinencia y conducencia de dicho documento, y como lo mencionó la Fiscalía y la defensa al descorrer e traslado no puede el juzgador suponer los motivos por los cuales se pide la prueba o complementar lo pedido por la parte, en consecuencia, no porque se deba rechazar, sino porque no se acredita en debida forma la pertinencia conducencia y utilidad de dicha prueba documental es que no puede decretarse.

En relación al álbum fotográfico, la defensa, revisado en su integridad el audio de la audiencia preparatoria, no se aprecia que en momento alguno la defensa, señalara en que consiste dicho álbum fotográfico, que pretendía acreditar con el mismo, sobre que elemento, lugar o persona se realizó, ni mucho menos que aspecto de su teoría del caso pretendía acreditar con dicho documento, o que buscaba desacreditar de la acusación de la Fiscalía, por ende imposible resulta ordenar su decreto como prueba, sin que la defensa que lo solicita hubiere desplegado el más mínimo esfuerzo argumentativo para indicar que buscaba probar con dicho elemento, porque era útil para el proceso, o mucho menos en que consistía dicho álbum fotográfico.

Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisa lo siguiente:

«La explicación de la pertinencia de los documentos Según lo indicado en los acápites precedentes, para la explicación de la pertinencia de los documentos deben considerarse aspectos como los siguientes: (i) el hecho jurídicamente relevante o el hecho indicador que se pretende demostrar; (ii) el documento debe estar suficientemente identificado; (ii) si un documento contiene varios folios, está constituido por varios discos compactos, etcétera, debe hacerse la respectiva aclaración; (iii) si el documento contiene declaraciones, deben hacerse las precisiones referidas en los numerales 7.1.2.3 y 7.1.2.4; (iv) los documentos -como cualquier otra evidencia- son independientes del informe al cual fueron anexados por el investigador; (v) debe tenerse en cuenta el concepto de mejor evidencia, analizado en el numeral 7.1.1.2; y (vi) la parte debe tener suficiente claridad sobre “qué es” el documento, según su teoría del caso, y cuál es la relación -directa o indirecta- con los hechos jurídicamente relevantes, pues solo así podrá explicar de manera sucinta y clara su pertinencia».²

Entonces si bien es cierto no había lugar a la sanción del rechazo como finalmente lo dispuso el Juez de instancia por falta de descubrimiento de la prueba documental, no es posible su decreto por no acreditarse en debida forma la pertinencia, conducencia y utilidad de dichas pruebas.

En cuanto a las pruebas testimoniales, encuentra la Sala que el dicho de ALONSO DE JESUS BEDOYA se busca llevar al juicio para acreditar inconvenientes previos entre las familias de procesado y supuesta víctima, y se pretende abordar a los testigos sobre los aspectos de tiempo, modo y lugar de tales inconvenientes y acompañar la certificación del Juzgado Promiscuo Municipal, como ocurre con la prueba documental de la certificación del Juzgado sobre el proceso de lesiones que tuvo esta persona, no se argumenta por la parte solicitante en concreto que busca demostrar lo confrontar de lo pretendió por la Fiscalía, pues el inconveniente entre las familias por sí solo no es un tema de interés para el proceso que es por otro delito, y la parte que solicita la prueba no está indicando que busque con esto por

² AP 948 del 2018

ejemplo atacar la credibilidad de los testigos de cargo por tal enemistad, y como ya se anotó no puede la judicatura interpretar para que quiere la parte la prueba por ende al no cumplirse en debida forma con la debida argumentación de la solicitud probatoria la misma no puede decretarse.

Sobre el investigador de la defensa, MAURICIO ARREDONDO CASTRILLON, no encuentra la Sala que la defensa aparte de indicar en concreto que elaboró un álbum fotográfico, precise que entrevistas recibió o que elementos probatorios diversos recolectó ni que pretende acreditar con su dicho, por lo que indudable es la falencia argumentativa sobre la pertinencia necesidad y utilidad de su dicho, como además no se decreta la prueba documental del álbum fotográfico, no encuentra la Sala entonces razones suficientes para que esta persona así hubiere ejecutado labores investigativas para la defensa, se le oiga como testigo sin conocer con precisiones que se busca probar con su dicho.

En consecuencia, la providencia materia de impugnación debe ser confirmada haciendo las presiones ya expuestas sobre la no procedencia del rechazo, sino el no decreto de la prueba documental por no acreditare la pertinencia conducencia y utilidad de la misma, aspecto que igualmente no se cumplió respecto de la prueba testimonial negada.

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,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia materia de apelación con base en las consideraciones plasmadas en precedencia, visto que, aunque no había motivo para el rechazo de la prueba documental por indebido descubrimiento, ni sobre esta ni sobre las

testimoniales reclamadas por la parte recurrente se argumento en debida forma la pertinencia, conducencia y utilidad.

Regrese la actuación al Juzgado de origen para que prosiga el trámite.

SEGUNDO: Ésta providencia se notifica en estrados y se hace saber que contra la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada en permiso

Firmado Por:

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

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: bf082cb6d294ac1f23c16f801bff82170970446952a6b2441b436617c3ff2c37

Documento generado en 20/10/2022 12:34:22 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós

Magistrado Ponente: RENÉ
MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta de 99 del 20 de octubre de 2022

Proceso	Sentencia
Sistema	Ley 1826 de 2017—procedimiento abreviado—
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	0514740890012022 00039 (N.I. 2022-1484-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 1° de septiembre de 2022 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Carepa Antioquia.

ACTUACIÓN PROCESAL

Previo a la instalación de la audiencia concentrada, el 17 de mayo de 2022 la fiscalía solicitó mutar la diligencia por un preacuerdo. Elvis Martínez Altamiranda y Mario Antonio Escobar Lambis declararon su responsabilidad en la conducta de hurto calificado y agravado artículo 239 inciso 2, 240 inciso 2, 241 numeral 10 y 31 del C.P. por hechos ocurridos el 24 y 25 de enero de 2022, al apoderasen en forma violenta de unos bienes de propiedad de Carlos Mario Mercado López, Miguel Ángel Vega Díaz, Osneider Maldonado Murillo, Juan Esteban Flórez Serna y Diana Patricia Pitalua Villadiego. A cambio se les reconoció haber realizado las conductas en modalidad de tentativa, pactando una pena de setenta y dos (72) meses de prisión.

Instalada la audiencia del artículo 447 la defensa solicitó que se tenga en cuenta lo preacordado con la fiscalía, se apliquen las rebajas de pena por razón de la indemnización de los daños y perjuicios conforme a lo estipulado en el artículo 269 del C.P. aportó escritos donde las víctimas se dan por indemnizadas en su integridad. Afirmó que los procesados tuvieron ese interés en resarcir los daños ocasionados por el delito a cada una de las víctimas. Solicita, además, se dé aplicación al artículo 268 del C. P.

El 1° de septiembre de 2022 se profirió sentencia condenatoria en contra de las procesadas ELVIS MARTINEZ ALTAMIRANDA y MARIO ANTONIO ESCOBAR LAMBIS al hallarlos penalmente responsables del delito de hurto agravado y calificado. Les impuso pena de treinta y seis (36) meses de prisión y negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la defensa interpuso y sustentó el recurso de apelación. Del escrito se extraen argumentos que de alguna forma atacan la sentencia en cuanto a la determinación de la pena:

Afirmó que desde el primer momento que sucedieron los hechos, se comenzó a buscar a las víctimas para indemnizarlas y obtener la rebaja total de las $\frac{3}{4}$ de la pena. Advierte que el Juez de instancia informó que los procesados tardaron para indemnizar a las víctimas, pero no se tuvo en cuenta que los procesados son de escasos recursos económicos y para lograr la indemnización fue necesario unos esfuerzos inmensurables. Advierte que hubo víctimas que en un inicio fue imposible su ubicación, pero con ayuda de la Fiscalía finalmente pudieron ser contactadas e indemnizadas.

Finalmente indica que los procesados estuvieron prestos de forma inmediata a indemnizar a las víctimas. Solicita se brinde la rebaja del 75% o las $\frac{3}{4}$ dejando una pena de 18 meses.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala abordará la inconformidad del recurrente para lo cual se analizará la interpretación del artículo 269 del Código Penal al momento de establecer el porcentaje de la rebaja de pena por reparación.

La Corte Suprema de Justicia ha indicado, que para efectos de establecer el porcentaje de descuento de que trata el artículo 269 del Código Penal es necesario tener en cuenta el tiempo transcurrido entre la comisión de la conducta punible y el momento que se materializa la reparación, así como la fase procesal en que se encuentra la actuación, porque de ese modo, será posible verificar la voluntad del acusado para resarcir los perjuicios.¹

¹ “Ahora bien, la norma sustantiva determina que el procesado tiene derecho a una disminución que va de la mitad a las tres cuartas partes (50% al 75%), descuento que, si bien es discrecional del juez, no es arbitrario, puesto que ha de tener en cuenta el interés mostrado por el acusado «en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con los fines perseguidos por la disposición penal, que no son otros que velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas»

En ese orden, debido a que en este caso el resarcimiento tuvo lugar en la última instancia procesal prevista para el efecto, lo que significó mayor desgaste de la Fiscalía, quien actuó en representación de los intereses de la ofendida, la Sala considera que la rebaja punitiva será la menor, esto es, del cincuenta por ciento (50%).” (CSJ SP16816/2014, rad. 43959).

El Juez de instancia les reconoció el 50% teniendo en cuenta el momento de la actuación procesal en que se materializó la reparación y el tiempo transcurrido desde el momento en que sucedieron los hechos.

La Sala verificó que desde la ocurrencia de los hechos hasta la reparación transcurrieron 8 meses, además, la voluntad de los procesados con el fin de reparar a las víctimas se dio una vez presentada la acusación, pues instalada la audiencia concentrada la fiscalía solicitó mutar el objeto de la diligencia y en su lugar realizar un preacuerdo con los procesados.

Si bien, la reparación no se realizó en los inicios de la actuación, ni se tiene conocimiento que, en ese lapso, los acusados hubiesen intentado cancelar los perjuicios de manera rápida, ello implicó el agotamiento de algunos actos procesales y cierto desgaste de la administración. No obstante, aunque el recurrente, no aportó elemento alguno que acreditara que en verdad los procesados no contaban con los recursos económicos, y que existió una imposibilidad de ubicar las víctimas, se evidenció, en las constancias de aplazamiento y así quedó estipulado en la sentencia de primera instancia que efectivamente se realizaron unos esfuerzos para ubicarlas, lo que de una u otra forma retrasó cumplir con la reparación para realizarse el preacuerdo.

Se observa que la voluntad de los procesados para resarcir los perjuicios, deviene exclusivamente de la posibilidad de realizar un preacuerdo para obtener una mayor rebaja de pena, de otra manera, no habría voluntad del penado para resarcir el patrimonio económico de la víctima. Sin embargo, en un caso similar, donde transcurrió el mismo lapso de tiempo entre la consumación de los hechos y la reparación de las víctimas, y el arreglo se realizó en una etapa intermedia del proceso como el caso que nos ocupa, la Sala de Casación Penal reconoció el 65% de la rebaja de pena.²

² SP824-2021 Radicación N° 54026 del 10 de marzo de 2021

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera razonable aplicar un porcentaje de descuento del 65%, ya que, la reparación, no ocurrió inmediatamente después de la consumación del delito y tampoco en el último momento, es decir, agotado el juicio oral antes de dictarse el fallo de primera instancia, sino, en una fase intermedia.

En ese sentido se descontará el 65% a la pena de 72 meses de prisión impuesta a Elvis Martínez Altamiranda y Mario Antonio Escobar Lambis, para fijarla en definitiva en 25.2 meses de prisión, es decir, 25 meses y 6 días de prisión.

Sin necesidad de más consideraciones, se modificará la sentencia emitida el 1º de septiembre de 2022 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Carepa Antioquia en el numeral segundo de la parte resolutive. En su lugar se condena a Elvis Martínez Altamiranda y Mario Antonio Escobar Lambis a la pena de 25 meses 6 días de prisión.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA** en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión apelada, en el sentido de condenar a Elvis Martínez Altamiranda y Mario Antonio Escobar Lambis a la pena de 25 meses 6 días de prisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la providencia de origen y naturaleza conocidos.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: 7095a2e16a39f510f876778807fe89a95db401421fbcfb0db7b5041913cb314d

Documento generado en 21/10/2022 09:33:09 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós

Magistrado Ponente: RENÉ
MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta de 99 del 20 de octubre de 2022

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Valoración probatoria - prueba de referencia – estándar de prueba para condenar – hechos jurídicamente relevantes – dosificación punitiva
Radicado	05-847-60-00354-2021-00001 (N.I. TSA 2021-1300-5)
Decisión	Revoca parcialmente

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la defensa de LUIS ÓSCAR BLANDÓN GALLEGOS en contra de la sentencia condenatoria de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao - Antioquia.

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral primero del C.P.P., Ley 906 de 2004.

HECHOS¹

En por lo menos dos oportunidades, entre los años 2012 y 2019, en la vereda Chaqué del municipio de Urrao – Antioquia, LUIS ÓSCAR BLANDÓN GALLEGO tocó libidinosamente la vagina y senos de su hija menor de edad, Y.B.A., quien para aquella época tenía entre 6 y 12 años de edad.

LA SENTENCIA

El 9 de agosto del año 2022, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia condenatoria en contra de BLANDÓN GALLEGO al declararlo responsable, como autor, del concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, previsto en los artículos 208 y 211-5 del C.P., en concurso heterogéneo con un concurso homogéneo sucesivo del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, previsto en los artículos 209 y 211-5 *ibídem*. En consecuencia, le impuso la pena de trescientos (300) meses de prisión, igualmente, le negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Para soportar su decisión adujo esencialmente que:

La víctima informó en juicio que su padre la accedió carnalmente y la sometió a otros actos sexuales cuando ella tenía entre 6 y 12 años de edad. Hechos que sucedieron en los diferentes inmuebles donde vivieron durante aquella época en el municipio de Urrao.

¹ Conforme al concepto de “*premisa fáctica de la sentencia*” entendido como los hechos que el Juez acepta como probados luego del finalizado el debate oral. Sobre el tema, véase entre otras, radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

Versión creíble teniendo en cuenta que solo a través de la experiencia directa pudo, a su corta edad, tener conocimiento de hechos como los que relató de manera clara, consistente, sin que se adviertan elementos fantasiosos o interés indebido en incriminar falazmente a su progenitor.

Además, su versión encuentra corroboración en las demás pruebas practicadas, principalmente, en la valoración médica, en donde se observó un desgarramiento antiguo del himen a las 6 de las manecillas del reloj. También en los testimonios de Jenny Paola Ciro Aristizabal, quien dio cuenta de la inocencia de la niña para asumir los abusos de su progenitor, y de Jessica Fernanda Castaño Acevedo, hermana de Y.B.A., la que informó sobre la personalidad abusiva de BLANDÓN GALLEGO.

La única prueba de descargo, la psicóloga Yuly Marcela Barreto Basto, no logró desacreditar lo informado por la menor y las demás pruebas de cargo. La profesional no atacó la declaración que la niña ofreció en juicio oral sino la labor investigativa de la fiscalía.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, la defensa presentó y sustentó el recurso de apelación con la finalidad de obtener la revocatoria de la sentencia y la consecuente absolución de su representado. Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Hubo una indebida adecuación de la premisa fáctica de la acusación. Se propusieron hechos genéricos y ambiguos, no una relación circunstanciada de conductas que se correspondieran con la calificación jurídica propuesta.
- El testimonio de la menor, aunque eventualmente puede ser suficiente para condenar, no es creíble. En su corta declaración no dio cuenta

de los accesos carnales, solo dijo que su padre la tocó desde los 6 años de edad, pero no aportó datos claros sobre los elementos circunstanciales de tales conductas. Además, no se cuenta con medios de conocimiento suficientes que la corroboren, así que los eventuales indicios de oportunidad y capacidad resultan limitados para condenar.

- Las falencias del testimonio de la niña fueron superadas con los testimonios de Jessica Fernanda Castaño Acevedo y Jenny Paola Ciro Aristizabal, sin embargo, estas aportaron información referencial que no puede ser valorada. A parte de esto, sus testimonios son de poca trascendencia para solucionar el caso.
- No es cierto que la menor acudiera sola a denunciar los hechos, sino en compañía de su hermana, quien fue contradictoria sobre otros comportamientos abusivos del procesado, en contra de quien presentaba una evidente animadversión.
- Sobre la valoración médica, el desgarró del himen pudo ser producido por causas diferentes al abuso. Adicionalmente, transcurrió mucho tiempo hasta que la niña fue examinada por el galeno Juan Felipe Cataño Tobón, periodo en el que pudo presentarse otro hecho generador de tal hallazgo.
- La fiscalía no respetó el principio de investigación integral y limitó su actividad investigativa a las actuaciones de la comisaría de familia de Sonsón, principalmente, en lo relativo a la veracidad del señalamiento contra el acusado.
- El testimonio de la psicóloga Yuly Marcela Barreto Bastos explicó que hizo falta una debida intervención psicológica.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

Como no recurrente, la fiscalía solicitó confirmar el fallo pues este obedece a una adecuada valoración de las pruebas practicadas.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación y anticipa que la sentencia de primera instancia será revocada parcialmente, pues sólo es posible confirmar la condena por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, no así en relación con los demás punibles.

Para soportar tal anunció, se impone precisar que la acusación se circunscribió a un concurso homogéneo sucesivo del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso heterogéneo con un concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado (no se precisó un número de exacto de conductas). En ese orden, era necesario superar el estándar de prueba para condenar en relación con cada uno de los tipos penales que componían tal adecuación típica, con lo que se cumplió sólo parcialmente.

Ante esta particularidad, en la presente providencia analizaremos por qué las pruebas practicadas resultan suficientes para condenar, pero sólo por uno de los injustos. Ahora, con el propósito de darle un orden lógico a la decisión que se perfila, previamente se abordará un punto al que aludió el apelante y que tiene implicaciones directas en la resolución final del caso.

1. Del estándar de prueba necesario para condenar, los hechos jurídicamente relevantes y la congruencia

La Ley 906 de 2004 actualizó conceptualmente el estándar probatorio para proferir sentencia condenatoria contenido en la Ley 600 de 2000, en punto de la cualidad que deben alcanzar los elementos de juicio para afirmar la responsabilidad penal.

A tono con recientes desarrollos teóricos sobre los límites de la epistemología en el ámbito judicial², que afirman que la racionalidad propia de la prueba judicial es la inductiva y que niegan la infalibilidad o certeza incluso en el ámbito de las pruebas científicas, el artículo 381 del C.P.P. estableció como estándar probatorio, para efectos de determinar el compromiso penal del procesado, *el conocimiento más allá de toda duda razonable*, conocimiento que ha de estar fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

En este punto es necesario aclarar que el conocimiento judicial no ha desistido de la pretensión de obtener la verdad de lo ocurrido y en punto de responsabilidad está claramente vigente el sucedáneo probatorio de la *duda en favor del reo* en caso de que los medios de conocimiento relativos a la responsabilidad del procesado no alcancen el estándar probatorio fijado por la Ley. De tal manera que no es plausible asimilar la actualización de los conceptos acerca de los límites y alcances de la prueba judicial, con un menor rigor en el análisis de la fuerza persuasoria de las premisas que permiten la imposición de la pena.

Dentro del razonamiento probatorio que utiliza como criterio la libre convicción, la confirmación de una hipótesis continua requiriendo de una evaluación rigurosa de las premisas que la sustentan. La doctrina explica sobre esta última afirmación: *"si valorar es evaluar la veracidad de las*

² Gascón Abellán, Marina. Cuestiones probatorias. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado N° 61. 2012.

*hipótesis sobre hechos controvertidos a la luz de las pruebas disponibles, y teniendo en cuenta que estas hipótesis podrán aceptarse como verdaderas, cuando su **grado de probabilidad sea suficiente**, los criterios (positivos) de valoración indican cuándo una hipótesis ha alcanzado un grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos."*³

En efecto, de conformidad con estos mismos planteamientos, para evaluar la veracidad de una hipótesis ha de verificarse si las pruebas disponibles *la hacen probable* o la confirman en términos inductivos, si aquella *no ha sido refutada*, además, si la hipótesis es la mejor, esto es, *más probable que cualquier otra hipótesis* sobre los mismos hechos.

De modo que, la fijación del estándar probatorio de conocimiento más allá de toda duda por medio de la Ley 906 de 2004 no constituye una flexibilización del criterio legal para la determinación de la responsabilidad penal, sino una actualización de los términos en que se ha de entender cumplida tal labor argumentativa.

En sintonía con esto, se debe destacar que la hipótesis acusatoria viene determinada por la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes y estos constituyen el punto de referencia para establecer el grado de suficiencia de las pruebas que definen el conocimiento necesario para condenar, de modo que el resultado final de ese proceso racional depende de una adecuada fijación de la premisa fáctica del caso.⁴

La poca atención que se brinda a la determinación de tal premisa fáctica se traduce en serios inconvenientes para el adecuado trámite de los

³ *Ibidem*, pág. 61. Además, sobre el criterio de *razón suficiente* en la jurisprudencia de la Sala Penal CSJ véase: SP3006 33837 de 18 de marzo de 2015 M.P. Fernández Carlier.

⁴ Sobre el tema de los hechos jurídicamente relevantes, véase entre otras, CSJ SP radicados 59100 del 2 de marzo de 2022, SP566-2022, M.P. Myriam Ávila Roldán, 58549 del 2022, SP570-2022, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, 45446 del 24 de julio de 2017, y 44599 del 8 de marzo de 2017, ambas M.P. Patricia Salazar Cuellar.

procesos y desde luego, para la controversia probatoria que define la responsabilidad penal.

En ese orden, una adecuada tipificación de la conducta requiere la mayor precisión posible en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Más explícitamente, la relevancia jurídica del hecho tiene como presupuesto una mínima fijación de cuándo ocurrió, cómo ocurrió y dónde ocurrió. Obviamente, quién lo cometió y quién fue víctima.

Consistente con lo que se viene advirtiendo, se ha reiterado por vía jurisprudencial⁵ que la sentencia condenatoria no puede sostenerse en hechos que no consten en la acusación, dada que ello implicaría una afectación sustancial del debido proceso, el principio de congruencia y el derecho de defensa.

Entonces, la necesidad de que los hechos jurídicamente relevantes cumplan con los requisitos de claridad y precisión resulta protuberante para la final aplicación del artículo 448 que contiene el principio de congruencia propiamente dicho, según el cual, el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. Adicionalmente, sirven para asegurar las garantías mínimas del procesado y la correcta delimitación del tema de prueba.

De modo que la decisión acerca del cumplimiento del estándar de prueba para condenar, depende de la claridad de la propuesta acusatoria. Ya en este nivel al Juez le corresponde determinar si las pruebas practicadas le permiten concluir la responsabilidad del acusado a través de un juicio comparativo de suficiencia. Así que, se reitera, el estándar de prueba es el umbral que debe alcanzar la fiscalía, por medio de las pruebas debatidas, para lograr una sentencia condenatoria. En ese orden, la premisa fáctica

⁵ Véase SP2042-2019, radicado 51007 del 5 de junio de 2019; SP3831-2019, radicado 47671 del 17 de septiembre de 2019; AP3401-2019 radicado 51693 del 6 de agosto de 2019; SP5560-2018 radicado 52311 del 11 de diciembre de 2018, entre otras.

de la sentencia no es otra cosa que los hechos que el Juez acepta como probados luego del finalizado el debate oral.⁶

Descendiendo al asunto que nos concita, conforme lo advertido hasta el momento, la Sala debe precisar que en el acápite “hechos” de la presente providencia se dejó claro que allí se consignó la que debe entenderse como premisa fáctica del fallo de condena. Sin embargo, los hechos propuestos por la fiscalía en la acusación son los siguientes:

“En el Municipio de Urrao, para la época comprendida entre el año 2012 y mediados del año 2019, en el lugar de su residencia familiar, de manera reiterada y sucesiva, el señor LUIS OSCAR BLANDÓN GALLEGO, accedió carnalmente (por vía vaginal) a su hija Y.B.A., desde que tenía seis (06) años de edad, hasta que contaba con trece (13) años de edad. El acusado LUIS OSCAR BLANDÓN GALLEGO, se entraba a la habitación de su hija Y., le quitaba la ropa, le besaba el cuello, le tocaba los senos, le lamía los senos y la vagina, le tocaba las nalgas, la vagina, le introducía los dedos en la vagina, la penetraba con su pene en la vagina hasta que le salía semen. Para lograr sus reiterados propósitos delictivos y lograr que la niña se quedara callada, le prometía a su hija Y. que le regalaría celulares, computadores, bicicletas. Además la amenazaba con pegarle, y efectivamente le pegaba muy duro con una correa si no accedía a sus actos sexuales y accesos carnales abusivos, realizados reiteradamente durante ocho (08) años, desde que contaba con seis (06) años hasta que tenía trece (13) años de edad. Los abusos sexuales se los realizaba el acusado a su hija Y., en sus residencias cuando vivía en Urrao en la vereda Chaqué, donde también la abusaba sexualmente en unos potreros; luego cuando vivían en la vereda Aguapantar; Luego cuando vivían en la Vereda El Paso, donde también la abusaba en unas marraneras, y finalmente en la residencia de la vereda san Vidal, a mediados del año 2019.”⁷

⁶ Sobre el tema, véase radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

⁷ Escrito de acusación, archivo “0002-EscritoAcusacion”; audiencia de acusación, archivo “0010-AudioAcusacion, récord 00:34:27 a 00:36:17, en donde prácticamente se hizo una lectura textual del documento.

Nótese que la premisa fáctica de esta sentencia encaja dentro de los hechos propuestos por la fiscalía en la acusación, lo que evidencia el respeto por el principio de congruencia.

Por su parte, el Juez aceptó íntegramente tal hipótesis del ente acusador, al punto que realizó una transcripción de esta en su fallo. Ahora bien, para mayor claridad de la decisión que se perfila, la tesis acusatoria puede sintetizarse así:

- Aspecto modal: en múltiples oportunidades, la menor Y.B.A., de 6 a 12 años de edad, fue tocada libidinosamente en sus senos, nalga y vagina por su padre, LUIS ÓSCAR BLANDÓN GALLEGO. El sujeto también le quitaba la ropa, le lamía los senos y la vagina, y le besaba el cuello. Además, la penetraba vaginalmente con los dedos y con el pene hasta eyacular.
- Aspecto espacial: en el cuarto de la niña en los diferentes inmuebles en donde residió junto a su papá en el municipio de Urrao – Antioquia, en las veredas Chaqué, Aguapantar, San Vidal y El Paso (en la primera y en la última los abusos también se dieron en unos potreros y unas marraneras, respectivamente).
- Aspecto temporal: entre los años 2012 y 2019.

Lo anterior resulta suficiente para señalarle al apelante que la acusación contaba con un fundamento fáctico aceptable y que, por consiguiente, puede dar pie a un fallo condenatorio. En esas condiciones, son claros los límites espaciales, temporales y modales de las conductas por la cual se llevó a juicio al acusado, marco que define el objeto de cada prueba y su consecuente valoración. De ello nos ocuparemos en el siguiente punto.

2. De la valoración probatoria

Como el apelante centró su ataque en el valor suasorio del testimonio víctima, se iniciará evaluando la trascendencia de este medio de conocimiento y se finalizará analizando su debida corroboración.

a. Sobre el testimonio de la víctima

Teniendo presente que se ha anticipado la imposibilidad de confirmar íntegramente la sentencia apelada, posición que tiene que ver directamente con este medio de conocimiento, su valoración se desarrollará de la siguiente manera: primero, se expondrá el contenido del testimonio; luego, se evaluará su trascendencia en relación al concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado; y posteriormente, se analizará el porqué sirve para demostrar el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

• El contenido del testimonio

La menor Y.B.A.⁸ informó que nació el 31 de octubre del año 2006 y que desde los 6 hasta los 12 años de edad, su papá, LUIS ÓSCAR, abusó de ella en múltiples ocasiones. Preciso que aquel le quitaba los pantalones y la tocaba su vagina y sus senos, que le prometía regalos a cambio de dejarse tocar, y aunque le decía que no lo volvería a hacer, días después repetía las agresiones. Destacó que no aguantó más y reveló los hechos a una cuñada y esta le ayudó con los trámites posteriores y sus hermanos.

⁸ Juicio oral del 11 de mayo de 2022, archivo “0034-AudioAudienciaJuicioOral”, récord 00:56:08 a 01:03:18.

Se impone precisar que durante el testimonio de Y., de 15 años de edad para aquel momento, no hubo utilización alguna de sus declaraciones previas, no se impugnó credibilidad ni refrescó memoria, tampoco se hizo uso del testimonio adjunto, además, como estuvo presente en juicio, evidenciando totalmente disponibilidad para el desarrollo del interrogatorio cruzado, no era posible la incorporación de prueba de referencia alguna.⁹

Esta aclaración es importante porque durante algunos testimonios se intentó incorporar indebidamente información referencial. En ese orden, no puede la Sala valorar el contenido de las versiones previas ofrecidas por la niña en entrevistas, anamnesis o a otros testigos.

Así que se debe dar aplicación estricta al artículo 402 del C.P.P., según el cual, los testigos sólo deben declarar sobre los hechos que les consten de forma directa, y por lo tanto, es imposible que con los demás testimonios practicados se incorpore información referencial, por lo que, si así se hizo, esta debe ser excluida de valoración.

En relación al concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado

Se destaca que la fiscalía propuso en la acusación que en varias oportunidades, en el municipio de Urrao – Antioquia, BLANDÓN GALLEGO penetró vaginalmente con el pene y los dedos a su hija Y.B.A., cuando esta tenía entre 6 y 12 años de edad. Hechos que hipotéticamente pueden subsumirse en un concurso homogéneo sucesivo del tipo penal del artículo 208 del C.P.¹⁰

⁹ Sobre la utilización de declaraciones anteriores, véase entre otras, SP CSJ radicados 52045 del 20 de mayo de 2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, y 43916 del 31 de agosto de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuéllar

¹⁰ C.P., ARTÍCULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Ahora bien, la víctima en su testimonio no dio cuenta clara de tales hechos. Solo manifestó que LUIS ÓSCAR BLANDÓN GALLEGO abusó de ella, y cuando concretó más las conductas adujo que la tocó en sus partes íntimas.

Véase que no relató con precisión ningún evento que haya implicado la penetración de su vagina con los dedos o con las manos del acusado, tampoco, que se tratara de una pluralidad de conductas del mismo tipo, es decir, en el modo descrito por la fiscalía en la acusación.

Las manifestaciones de Y. respecto a que fue abusada no pueden llevar indefectiblemente a una condena por acceso carnal. Nótese que la palabra “*abuso*”, dada su generalidad, puede encuadrar en varios delitos, entre ellos, los que tipifican diferentes modalidades de acceso carnal y actos sexuales en el Código Penal. Así que con esta prueba no está acreditada, de forma clara, alguna agresión sexual ejecutada en entre los años 2012 a 2019 que implicara accesos carnales en los términos demandados por el artículo 212 de C.P.¹¹

Adicionalmente, del testimonio de la niña no se advierte que alguna de las afrentas que sufrió por parte de su padre hubiesen sido observadas por otras personas. De ahí que entre las demás pruebas practicadas no se cuente con otras que sirvan para superar las falencias advertidas, pues ninguno de los testigos dio cuenta de haber percibido directamente los accesos carnales referidos en la acusación.

El Juez no se detuvo en estos aspectos y desacertadamente profirió un fallo condenatorio por el concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado. De ahí que le asista razón parcial al impugnante.

¹¹ C.P., 212. ACCESO CARNAL. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.

En ese orden, se revocará la decisión de condena por el concurso homogéneo sucesivo del delito aquí analizado. En consecuencia, se modificará la pena impuesta, pero antes de ello, es necesario definir los motivos por los cuales se confirmará el sentido condenatorio de la providencia de primera instancia en razón del otro delito.

Del delito de actos sexuales con menor de 14 años

El relato de la testigo es claro en relación a este delito, LUIS ÓSCAR BLANDÓN GALLEGÓ, su padre, logró tocarla libidinosamente en varias oportunidades en sus senos y vagina antes de ella cumplir 14 años de edad, como mínimo en dos ocasiones, si se tiene en cuenta que la víctima relata que tal conducta se presentó reiteradamente desde que tenía 6 años de edad hasta que cumplió 12, y que incluso su progenitor le prometía que no volvería a agredirla, pero pasados los días repetía el actuar abusivo.

En esas condiciones, tales comportamientos encuadran en un concurso homogéneo sucesivo del delito del artículo 209 del C.P., agravado por el numeral 5 del artículo 211 *ibídem*, hechos que guardan congruencia con la hipótesis fáctica y jurídica delimitada en la acusación. La naturaleza libidinosa de tales hechos es clara, no de otra manera se explica que el acusado le prometiera, infructuosamente a su hija, que no lo volvería a hacer.

Así que tal prueba se advierte sólida y no se observan inconsistencias relevantes o elementos que le resten credibilidad. Ante tal conclusión, la estrategia del apelante es objetar el medio de conocimiento aduciendo que no tuvo suficiente corroboración.

La posición del recurrente no será aceptada pues no propone un punto exacto de contradicción sustancial a la versión de la menor que le reste credibilidad. Además, la niña se sometió al interrogatorio en juicio,

escenario donde la defensa no logró desacreditar su credibilidad, aún más, no la contrainterrogó.

En otras palabras, el testimonio de Y.B.A. es concluyente, pese a que ciertamente es corto y preciso, no porque Y. evidenciara alguna característica que limitara su credibilidad sino porque las partes, los intervinientes y el Juez no ahondaron a través del interrogatorio cruzado en más preguntas, las que eventualmente hubiesen permitido concretar más detalles de cada conducta que integraba el concurso acusado.

Esa pasividad, principalmente de la fiscalía, impidió que la niña entregara datos concretos sobre el delito de acceso carnal, como acaba de analizarse, sin embargo, la información es irrefutable en cuanto a los actos sexuales abusivos.

En esa misma línea, como se verá a continuación, tampoco es posible desacreditar la versión de Y.B.A. con la valoración conjunta de las demás pruebas practicadas, en su mayoría de cargo, y las que, contrario a lo pretendido por el defensor, corroboran suficientemente la tesis acusatoria en punto de la demostración del referido delito abusivo.

Ahora bien, se advierte desde ya que la acreditación del concurso homogéneo sucesivo de por los menos dos actos sexuales con menor de 14 años agravados no se verá reflejado en la pena, como se explicará más adelante.

b. De las demás pruebas practicadas y su relevancia en punto de la corroboración de la versión de la menor

Durante el juicio se practicaron, como pruebas de cargo, los testimonios de Jenny Paola Ciro Aristizabal, Jessica Fernanda Castaño Acevedo y Juan Felipe Castaño Tobón. Como única prueba de descargo, se presentó el

testimonio de Yuly Marcela Barreto Basto. Además, se estipularon las plenas identidades del procesado y la víctima, así como la edad de esta última.

- Jenny Paola Ciro Aristizabal,¹² informó que conoce al procesado porque fue compañero sentimental suyo, y a Y.B.A. como hija de este. Afirmó que la niña estuvo viviendo en Urrao hasta que se reveló el abuso, del cual se enteró, en principio, por cuenta de Jessica, hermana de la víctima, quien le pidió la acompañara a denunciar, lo que hicieron en la comisaría de familia, autoridad que asignó el cuidado de Y. a Jessica. Destaca la testigo que observó a la menor aburrida, desconcertada y diferente a los demás niños de su edad.

Por su parte, Jessica Fernanda Castaño Acevedo,¹³ hermana materna de Y.B.A., señaló que ésta vivía en Urrao, en la vereda el Chaqué, con el procesado, su madre y dos hermanos, convivencia que parecía amena, pero que duró hasta que se conoció el abuso, pues una vez el caso fue puesto en conocimiento de la comisaría, tal autoridad le asignó (a la testigo) el cuidado de la menor.

Sobre la revelación de los hechos, manifestó que Y. le escribió que estaba aburrida pero no le contó el porqué. Luego, se enteró, por rumores, del abuso, por lo que confrontó con la víctima, quien se lo ratificó. Aduce que le creyó a la niña pues ella también fue víctima de abusos sexuales por parte del acusado, hechos que solo reveló al denunciar los delitos objeto de este proceso.

Contrario a lo pretendido por el apelante, estas pruebas sí tienen contenido relevante para corroborar la versión de la niña. No solo dan cuenta del parentesco entre ella y el acusado, sino de que para la época de los hechos vivieron en el municipio de Urrao, en la vereda el Chaqué, en una aparente sana convivencia. Así que las conductas relatadas por Y.

¹² Juicio oral del 11 de mayo de 2022, archivo "0034-AudioAudienciaJuicioOral", récord 01:12:12 a 01:23:19.

¹³ Juicio oral del 11 de mayo de 2022, archivo "0034-AudioAudienciaJuicioOral", récord 01:52:30 a 02:08:40.

podieron llevarse a cabo dentro del marco espacial definido en la acusación.

Como no caben dudas que en aquel lugar convivía la niña con su padre, es evidente que este se aprovechó de tal situación para someterla reiterativamente a tocamientos abusivos de índole sexual, lo que es común en este tipo de casos, en donde los agresores en muchas oportunidades son miembros de la familia de la víctima.

Además, estos dos testimonios y el de la menor permiten asegurar que la denuncia no obedeció a una sugestión indebida de la menor o a alguna animadversión en contra el procesado, por el contrario, Castaño Acevedo indicó que denunció porque creyó en la versión de su hermana toda vez que ella misma fue víctima de otros comportamientos abusivos por parte de BLANDÓN GALLEGO.

De esta forma, la denuncia no se advierte falaz o temeraria, por el contrario, es consecuencia de la credibilidad que generó la víctima en su hermana, quien, dada su particular experiencia personal, era consciente de la proclividad del procesado hacía este tipo de actos.

Así que estas pruebas tienen relevancia para la debida corroboración de la versión de Y.B.A., permiten observar que no se presentó ánimo indebido en la denuncia, también sirven para precisar indiciariamente, y con mayor detalle, elementos circunstanciales de los hechos jurídicamente relevantes, como el lugar de su ejecución.

- El médico Juan Felipe Castaño Tobón¹⁴ sostuvo que al examinar a Y.B.A., el 12 de enero del año 2021, halló un desgarró antiguo del himen a las 6 de las manecillas del reloj, del que no pudo establecer la causa. Fuera de ello, no encontró otras lesiones en el cuerpo de la menor.

¹⁴ Juicio oral del 13 de junio de 2022, archivo “0038-AudioAudienciaJuicioOral”, récord 00:05:20 a 00:36:30.

Nótese que el profesional da cuenta de lesiones que pueden ser compatibles con los delitos acusados. Ahora, tales conclusiones no son suficientes para asegurar que hubo un acceso carnal en términos del artículo 212 del C.P., o que el acusado haya sido su causante. Sin embargo, el delito de actos sexuales no puede descartarse de igual forma pues es posible que los tocamientos referidos por Y. no le generaran lesiones que perduraran en su cuerpo por años, no puede olvidarse que la conducta descrita por la víctima se repitió hasta que tuvo 12 años de edad y la valoración médica se efectuó cuando tenía 14.

Se debe reiterar que la versión aportada por la menor en la anamnesis constituye prueba de referencia,¹⁵ la que como se analizó antes en esta decisión, no podía ser incorporada pues no se siguió el trámite pertinente para ello. Bastará con destacar que no medió solicitud de parte ni decisión expresa del Juez¹⁶ para incorporar, como prueba de referencia, la anamnesis contenida en el examen sexológico. Pese a esta particularidad de la prueba, la decisión condenatoria que se desarrolla no se ve afectada.

- La psicóloga Yuly Marcela Barreto Basto,¹⁷ cuyo testimonio es la única prueba de descargo, informó que analizó las entrevistas practicadas por la fiscalía y la valoración psicológica efectuada a la niña en la comisaría de familia, actuaciones que, en su parecer, carecieron de la técnica debida.

Esta prueba es intrascendente pues durante el resto del juicio oral no se hizo uso de los elementos objeto de estudio por parte de Barreto Basto. Nótese que las declaraciones anteriores contenidas en las entrevistas o en la referida valoración psicológica no se incorporaron al proceso, por lo que

¹⁵ Sobre el manejo de las versiones previas en la prueba pericial, véase entre otras, SP CSJ radicado 50637 del 11 de julio de 2018, SP2709-2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

¹⁶ Sobre la necesidad de pronunciamiento expreso del Juez respecto a la solicitud de prueba de referencia, véase entre otras, CSJ SP, radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 034-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

¹⁷ Juicio oral del 13 de junio de 2022, archivo “0038-AudioAudienciaJuicioOral”, récord 00:42:48 a 01:23:40.

no son material susceptible de valoración en esta instancia y tampoco son la base del fallo de condena.

En todo caso, en juicio el propio defensor aseguró que la intervención de la profesional no fue una valoración psicológica y que su actuación se limitó a dar un concepto como “testigo experta”. En ese orden, aunque utilizó herramientas del área de su conocimiento, criticando las labores de la fiscalía, tal actuación no puede ser evaluada como una pericia, pues claramente la parte que la presentó en juicio expuso que no se trataba de este tipo de prueba, en consecuencia, no se explicó suficientemente la fundamentación técnico científica de las conclusiones o hallazgos.

En tales términos, tampoco puede afirmarse que dicha intervención suponga un trabajo valorativo distinto al que compete al Juez y que además lo vincule. De ahí la precariedad de la prueba. Adicionalmente, este medio de conocimiento no aporta elementos que permitan afirmar que los hechos jurídicamente no existieron o que el acusado no sea su responsable.

3. De la investigación integral

Sobre el supuesto desconocimiento de la fiscalía de una debida “*investigación integral*”, deberá la Sala aclarar al defensor que esta es una figura propia del sistema inquisitivo regulado en la Ley 600 del 2000 y no está vigente en el procedimiento aplicable a este caso, es decir, el de la Ley 906 de 2004.

El proceso penal colombiano actual, de tendencia acusatoria, es de naturaleza adversarial, esta particularidad implica que la fiscalía, como parte procesal, no está obligada a ejercer actos investigativos que le

corresponden a su contraparte.¹⁸ De modo que, si la defensa encontraba pertinente y útil alguna información específica, pudo incorporarla al proceso en igualdad de condiciones que el ente acusador, si no lo hizo así, fue su decisión autónoma, y no la de la fiscalía, lo que impidió la práctica de algún medio de conocimiento.

Importa precisar que, como en este caso el objeto de apelación es la sentencia, resulta impertinente que el recurrente reproche la actividad investigativa desplegada por su contraparte. Si la fiscalía dio prevalencia y credibilidad a la información aportada en ciertos elementos aportados por otras autoridades o en sus propios actos investigativos, ello no afecta la labor del Juez en el fallo y tampoco impedía que la defensa investigara y presentara pruebas tendientes a demostrar una hipótesis que beneficiara al procesado.

En ese orden, si la parte consideraba necesario investigar algún aspecto en particular, debió probarlo haciendo uso de sus potestades, por lo que no es posible endilgarle la responsabilidad de su pasividad a la fiscalía o al Juez.

4. Sobre la tasación de la pena

La Sala modificará la pena de prisión impuesta dada la revocatoria de la condena por el concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

Lo anterior, conforme a la calificación jurídica de la acusación,¹⁹ dejaría como único objeto de condena el concurso homogéneo sucesivo del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado. Sin embargo, al

¹⁸ Sobre este tema, véase entre otras, SP CSJ radicado 55298 del 14 de abril de 2021, SP1273-2021, M.P. Gerson Chaverra Castro.

¹⁹ En la acusación la fiscalía calificó jurídicamente la conducta como un concurso homogéneo sucesivo de actos sexuales con menor de 14 años agravado. Véase el escrito de acusación, archivo “0002-EscritoAcusacion”; y la audiencia de acusación, archivo “0010-AudioAcusacion, récord 00:33:11 a 00:39:25, en donde prácticamente se hizo una lectura textual del documento.

momento de dosificar la pena, el Juez omitió aplicar la agravante y el concurso homogéneo sucesivo de conductas, así que tuvo como única referencia un delito simple, lo que limita el margen de movilidad de esta instancia.

En ese orden, siendo la defensa el único apelante, la Sala respetará tal criterio a fin de no agravar la situación del procesado, por lo que deberá mantenerse la calificación tenida en cuenta por el Juez *A quo*, es decir, exclusivamente la de un delito simple de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del C.P.

A propósito, la primera instancia se ubicó en el extremo máximo del primer cuarto de movilidad, por lo que fijó la pena en ciento veinte (120) meses de prisión. Para tal efecto sostuvo que dicha cifra es la adecuada toda vez que LUIS ÓSCAR BLANDÓN GALLEGO agredió sexualmente a su hija menor, de 6 años de edad para el momento en que comenzaron los abusos, sometiéndola así a graves afectaciones físicas, morales y psicológicas.

La Sala mantendrá la pena ya que, se reitera, para fijarla el Juez solo consideró un delito de actos sexuales con menor de 14 años en su calidad simple, omitiendo la agravante y el concurso de conductas, dado que se probó que la conducta se cometió por lo menos en dos ocasiones. De allí que no sea irregular que, para ubicarse en el extremo máximo del primer cuarto, tuviera en cuenta la relación de consanguinidad de la víctima y el acusado, y que los abusos se dieron desde los 6 años de edad de la niña - de donde se infiere la pluralidad de conductas-, lo que sin duda hace más grave el hecho por el que se condena.

Así que, en definitiva la pena que habrá de cumplir LUIS ÓSCAR BLANDÓN GALLEGO, exclusivamente por un delito de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del C.P., será de ciento veinte (120) meses de prisión. Consecuentemente, la misma modificación tendrá la pena accesoria de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas.

Respondidas así todas las inconformidades planteadas por el apelante, la Sala revocará parcialmente la sentencia de primera Instancia, manteniendo vigente la condena por un delito actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del C.P., y absolviendo por el concurso homogéneo sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, lo que implica modificar la pena impuesta en favor del procesado.

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

Sin necesidad de otras consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada y en su lugar absolver a LUIS ÓSCAR BLANDÓN GALLEGÓ del concurso homogéneo sucesivo del delito acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, artículos 31, 208 y 211-5 del C.P., de acuerdo a las razones consignadas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en cuanto a la condena por un delito de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del C.P.

TERCERO: En consecuencia de lo anterior, **MODIFICAR** los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia de primera instancia proferida el 9 de

agosto de 2022 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao – Antioquia, en el entendido de que LUIS ÓSCAR BLANDÓN GALLEGO deberá purgar la pena de ciento veinte (120) meses de prisión por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, artículo 209 del C.P., y en por un mismo término las penas accesorias.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: 2b76d7485a84a9073350d56ff906a0960fe3c60c501281d31689233a342c44ed

Documento generado en 21/10/2022 09:33:38 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

Radicación No.0506156000364202200239 **NI:** 2022-1581
Acusado: JAIRO JARAMILLO HENAO
Delito: Tráfico, Fabricación o Porte de estupefacientes
Decisión: Confirma
Aprobado Acta virtual: 165 del 20 de octubre de 2022 **Sala No.:** 6

Magistrado Ponente: **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**

Medellín, octubre veinte de dos mil veintidós.

I. ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra el auto emitido el 8 de octubre del 2022 por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, en el que se improbió un acuerdo puesto a consideración de la judicatura.

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 34 de la ley 906 de 2004.

II. HECHOS Y ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

Para lo que resulta de interés de esta decisión se tiene que cuando debía realizarse la audiencia de acusación, en virtud de escrito presentado por la Fiscalía General de la Nación, se presenta ante la judicatura un acuerdo suscrito entre JAIRO JARAMILLO HENAO y la Fiscalía General de la Nación, en el que a cambio de aceptar la responsabilidad en delito de tráfico, fabricación o tráfico de estupefacientes, toda vez que cuando pretendía viajar a Bilao, vía Panamá Paris, se le encontró en su maleta de viaje estupefaciente cocaína con un peso de 1.937,2 gramos, se le reconoce solo por fines de punibilidad la sanción para el cómplice sin mutar la realidad fáctica y sin tener ningún beneficio de libertad o prisión domiciliaria y se pacta una pena de 60 meses de prisión y 77 S.M.L.M.V.

Precisó el Fiscal que el acuerdo no implicaba variación de la realidad fáctica, la cual se mantenía como se había hecho en la imputación y en la acusación, pero como

contraprestación a la aceptación de responsabilidad, únicamente para fines de punibilidad.

Procesado y defensa avalaron lo expuesto por el Fiscal, reiterando el procesado que sabía que aceptaba la responsabilidad y siendo advertido por el Juez de la prohibición legal de conceder benéfico o subrogado alguno de libertad.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de primera instancia considera que si bien es cierto el acuerdo proviene de la voluntad libre y consiente del procesado, y existe línea jurisprudencial que reconoce una amplia facultad para que la Fiscalía General de la Nación realice las negociaciones, en el caso propuesto resulta imposible impartir aprobación al acuerdo, pues aunque el mismo se hace sin mutar la realidad fáctica y la complicidad, solo se usa para fines de tasar la pena, lo cierto es que, la rebaja otorgada resulta desproporcionada y se termina acordando una pena irrisoria, visto que el acuerdo se da ya para la audiencia de acusación y supera la rebaja máxima que podría darse en el evento de una aceptación de responsabilidad en la imputación, y en la exposición del acuerdo no se justifica esta grandiosa concesión, lo que contraviene una amplia línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre los preacuerdos en los que sin base fáctica se reconoce una rebaja de pena recurriendo a otras normas penales diversas a la cual se subsume la conducta imputada, lo que desemboca en una pena irrisoria frente a la gravedad de la conducta, y desconoce los fines que el legislador quiso dar a los preacuerdos.

Igualmente, pobre fue la argumentación de la Fiscalía sobre cual es la colaboración con la justicia, diferente al allanamiento a cargos, no se ocupó el Ente Instructor de establecer si en efecto había enriquecimiento indebido del procesado, y no se justificó porque se da una rebaja tan considerable que termina dando lugar a una pena irrisoria frente a la gravedad de la conducta punible enrostrada.

IV. APELACION

Inconforme con la determinación de primera instancia, tanto Fiscalía como defensa interpone recurso de apelación.

El señor Fiscal apuntala su apelación en las siguientes premisas :

El preacuerdo se esta presentando apenas se radicó el escrito de acusación, no se ha realizado aun la audiencia de acusación, visto el preacuerdo que ahora se presenta, por lo tanto, desproporcionado es tener la exigencia de que la rebaja no puede ser mayor a una tercera parte si el acto de acusación no se perfecciona aún.

El procesado ha aceptado su responsabilidad, ha expresado su arrepentimiento, colabora con la administración de justicia evitando un desgaste indebido de un juicio, esto cumple con los fines de la justicia premial y el preacuerdo debe ser aprobado.

No cuenta la Fiscalía con ningún elemento material probatorio que señale que en efecto el procesado hubiere recibido alguna contraprestación económica por llevar la droga con destino al extranjero, no se puede hacer una exigencia de reparación cuando no hay prueba de enriquecimiento.

No se puede exigir una colaboración eficaz, porque esta es condición para el principio de oportunidad no para los preacuerdos, este argumento no sirve para negar el preacuerdo, no se pueden existir delaciones, el arrepentimiento de las proezas es suficiente para otorgar la rebaja procordada.

La pena debe cumplir unos fines y aquí se van a cumplir el procesado cumplirá una pena de cinco años, en condiciones por todos sabidas que no son las mejores y que vulneran gravemente los derechos humanos, no puede ser ajena la judicatura a tal realidad.

Un proceso penal así exista flagrancia, no implica necesariamente una condena, no se deben olvidar las lictudes de un proceso penal y las dificultades que se pueden presentar en el desarrollo del juicio, eso justifica entonces un preacuerdo y por lo tanto debe ser aprobado.

La defensa a su vez apuntala sus argumentos en las siguientes premisas:

Comparte plenamente los argumentos expuestos por la Fiscalía y adiciona que aquí no hay una pena irrisoria como lo plantea el Juez de primera Instancia, no es el caso que nos ocupa el del precedente jurisprudencial trazado donde se daba una rebaja de mas del 84 %, aquí se esta dando una rebaja proporcionada al momento procesal y a la colaboración el precedente jurisprudencial no guarda analogía con el caso que se está estudiando.

Resalta que aquí ni siquiera se ha verbalizado la acusación, por lo tanto, no puede tenerse en cuenta la limitante establecida para la rebaja en la acusación, los planteamientos de la primera instancia, desconoce la verdadera economía procesal que se entrega a la judicatura con este preacuerdo.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto que concita el interés de la Sala lo es el establecer si el preacuerdo puesto a consideración de la judicatura, resulta legal y por lo mismo debe ser aprobado.

Al respecto debe la Sala indicar indudable es el panorama un tanto confuso que se ha presentado en los últimos años sobre cuáles son las posibilidades que tiene un juez de conocimiento de improbar un acuerdo que se somete a su control, sin embargo, en pronunciamiento la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 24 de junio del 2020. M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR en el radicado 5227, hizo claras precisiones que pese a lo extenso resulta pertinente traer a colación. Al respecto la Alta Corporación precisa:

“Las diferencias entre esta modalidad de acuerdo y otras utilizadas en la práctica judicial.

En la práctica se han utilizado otras modalidades de acuerdo, que tienen diferencias relevantes con la abordada en el numeral anterior.

Aunque el caso sometido a conocimiento de la Sala corresponde a la modalidad de acuerdo que se acaba de estudiar (lo que será analizado más adelante), para la mejor comprensión de la decisión resulta imperioso establecer las diferencias con otras variantes de negociación entre la Fiscalía y la defensa.

La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo

En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.

Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, también manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.

Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (como en el evento analizado en el numeral anterior). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.

En síntesis: (i) en esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, le imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada; (ii) ello la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior; (iii) la alusión a normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja; (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se aplican a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas; y (vi) el acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.”

Igualmente, la Alta Corporación en la sentencia en cita, hace varias precisiones sobre las consecuencias en materia de rebaja punitiva que pueden llegar a tener esos acuerdos, que sin base probatoria reconocen para efectos de punibilidad otras normas jurídicas que reconocen rebaja, lo siguiente:

Los límites al monto de los beneficios otorgados en virtud de un acuerdo consistente en el cambio de la calificación jurídica sin base fáctica.

Frente a los cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a la rebaja de pena, no solo existe el debate sobre la falta de correspondencia entre los hechos y las normas elegidas.

*Sin perjuicio de lo expuesto sobre el particular en los numerales anteriores, **también** debe establecerse si, bajo esa modalidad, la Fiscalía puede conceder beneficios sin ningún límite.*

Según se ha venido indicando, en la SU479 la Corte Constitucional analizó dos casos que guardan similitud con el asunto sometido a conocimiento de la Sala, pues en todos ellos el cambio de la calificación jurídica dio lugar a una rebaja punitiva superlativa, equivalente a más del 80% de la pena establecida legalmente para los hechos objeto de investigación y juzgamiento.

La Corte Constitucional resaltó que (i) el cambio de calificación jurídica, cuando no tiene base fáctica, no puede ser utilizado para conceder beneficios desproporcionados; (ii) los acuerdos deben ajustarse al

marco constitucional y, puntualmente, a los principios que los inspiran; y (iii) en cada caso, los fiscales deben considerar las directivas emitidas por la Fiscalía General de la Nación.

En tal sentido, la Corte Constitucional hizo hincapié en que la actuación de los fiscales está regida por el concepto de discrecionalidad reglada, conforme al cual deben armonizarse el necesario margen de maniobrabilidad para la solución temprana de los casos y la sujeción a la Constitución Política, la ley y las directrices trazadas por la Fiscalía General de la Nación.

El concepto de discrecionalidad reglada también ha sido desarrollado por esta Sala, principalmente en lo que atañe al “juicio de imputación” y “el juicio de acusación”. En efecto, se ha aclarado que aunque los jueces no pueden ejercer control material sobre las actuaciones reguladas en los artículos 286 y siguientes (imputación) y 336 y siguientes (acusación), los fiscales tienen la obligación de acatar los presupuestos materiales de esas decisiones y deben cumplir los requisitos formales establecidos por el legislador, en buena medida orientados a garantizar los derechos del procesado y la debida configuración del debate acerca de la responsabilidad penal (CSJSP, 8 mar 2017, Rad. 44599, entre otras).

En armonía con lo expuesto en la referida sentencia de unificación, la Sala considera que la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico permite concluir que esta forma de acuerdos (cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a disminuir la pena) no tiene aparejado un poder ilimitado para conceder beneficios, al punto que los mismos puedan consistir en la supresión de prácticamente la totalidad de la pena procedente frente a los hechos jurídicamente relevantes.

Por el contrario, se advierte que en los ámbitos de “disposición” de la acción penal se acentúa el concepto de discrecionalidad reglada.

Así, por ejemplo, para solicitar la preclusión, el fiscal debe indicar “los elementos materiales probatorios y evidencia física que sustentaron la imputación”, y, a partir de ello, debe fundamentar “la causal incoada” (Art. 333).

En esta norma subyace una idea trascendente para el tratamiento sistemático del tema que ocupa la atención de la Sala. En efecto, si se parte de la base de que los fiscales deben realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación, lo que implica, principalmente, la constatación de los estándares previstos en los artículos 287 y 336 de la Ley 906 de 2004, así como un estudio cuidadoso de la normatividad aplicable, resulta razonable que expliquen en qué sentido ha variado esa situación, al punto que sea procedente la preclusión de la acción penal.

Lo anterior confirma, además, que aunque los jueces no controlan materialmente la imputación y la acusación (en el momento de la actuación en que ocurren estas actuaciones), tienen amplias facultades para constatar los presupuestos fácticos y jurídicos de las decisiones que las partes les solicitan, precisamente porque las mismas son expresión del ejercicio jurisdiccional, tal y como se explicó en el numeral 6.2.2.1.

Lo anterior se aviene a la jurisprudencia de esta Corporación sobre la posibilidad que tienen los jueces de emitir sentencia condenatoria a pesar de que la Fiscalía solicite la absolución (CSJSP, 25 mayo 2016,

Rad. 43837, entre otras), toda vez que en esa regla subyace la idea de que el fiscal nopuede disponer a su arbitrio de la acción penal.

Lo mismo sucede en materia de principio de oportunidad. Aunque en las discusiones previas a la expedición de la Ley 906 de 2004 se consideró la posibilidad de que el control a esta actividad fuera rogado, finalmente se optó porque operara automáticamente frente a la modalidad de renuncia al ejercicio de la acción penal. Luego, la Corte Constitucional concluyó que el control automático también procede frente a las modalidades de suspensión e interrupción (C-979 de 2005). Igualmente, existe consenso en que el control que realizan los jueces es formal y material, así como frente a la obligación de considerar los intereses de las víctimas y los demás aspectos constitucionalmente relevantes (C-209 de 2007, C-591 de 2005, entre otras).

Frente a este tema, quedaríapor resaltar que incluso en materia de archivos la actividad de laFiscalía está sometida a reglas puntuales, no solo porque debe comunicar este tipo de decisiones a las víctimas y al Ministerio Público, sino además porque existe la oportunidad de solicitar al juez de control de garantías su revisión (art. 79 de la Ley 906 de 2004, desarrollado en la sentencia C-1154 de 2005).

Lo anterior, que se ha expuesto a título meramente enunciativo, le permite a la Sala abordarlo concerniente a los límites que tienen los fiscales para conceder beneficios en virtud de los acuerdosque celebren con el procesado, puntualmente cuando ello se hace a través del cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, con la única finalidad de disminuir la pena, sin perjuicio de la incidencia que ello puede tener en los subrogados y otros aspectos penalmente relevantes.

Al respecto, la Sala encuentra que la Ley 906 de 2004 consagra una amplia regulación de losbeneficios que pueden otorgársele a los procesados, que abarcan desde las rebajas por el allanamiento unilateral a los cargos, hasta la posibilidad de otorgar inmunidad total o parcial en el ámbito del principio de oportunidad.

*Sin embargo, todos ellos están sometidos a límites, incluso cuando el procesado no solo contribuye a la pronta solución de su caso, sino además cuando colabora “**eficazmente** para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información **esencial** para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada” (causal 5ª de principio de oportunidad), como también cuando “sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes...” (Causal 6ª).*

Incluso en esos eventos, cuando el estado recibe una colaboración trascendente para combatir la delincuencia organizada o lograr el esclarecimiento de delitos graves y la imposición de las respectivas sanciones, la Fiscalía tiene límites para el otorgamiento de beneficios, entre ellos: (i) sus decisiones están sometidas a control judicial formal y material, independientemente de la modalidad de principio de oportunidad de que se trate; (ii) la colaboración del procesado debe ser relevante (eficaz, esencial); (iii) las modalidades de suspensión e interrupción permiten verificar dicho requisito material antes de que el beneficio quede en firme; (iv) estos beneficios no operan frente a delitos de extrema gravedad (art. 324, parágrafo 3º); y (v) en cada caso deben ponderarse, entre otros aspectos, los derechos de las víctimas y la importancia de la colaboración para “la protección efectiva de bienes jurídicos de mayor entidad, lo cual redundaría en la protección de los derechos de las víctimas de delitos más graves” (C-095 de 2007, entre otras).

En esa misma línea, la Sala advierte que el allanamiento unilateral a cargos, así como otras modalidades de acuerdo que no impliquen el cambio de calificación jurídica, tienen límites puntuales en el ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, si el allanamiento a cargos ocurre en la formulación de imputación, comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena. Si la procesada toma esa decisión en el juicio oral, la rebaja será de

una sexta parte. En estas normas subyace un parámetro objetivo para establecer el monto de la rebaja punitiva, según el cual la misma debe ser mayor cuando la decisión del procesado de optar por la Bajo la misma lógica, el artículo 352 establece límites para los acuerdos ocurridos con posterioridad a la acusación, mientras que el artículo 351 prohíbe la concesión de beneficios plurales.

La Sala no analizará pormenorizadamente estas normas, para mantener la atención en los aspectos relevantes para la solución del caso. La alusión a las mismas tiene como única finalidad resaltar que a lo largo del ordenamiento jurídico se establecieron límites para la concesión de beneficios, incluso en los casos de colaboración “esencial” o “eficaz” para combatir la delincuencia organizada o esclarecer delitos graves.

En todo caso, no puede perderse de vista que los beneficios más amplios, en el ámbito de la colaboración con la administración de justicia, están reservados para quienes prestan este tipo de colaboraciones. Así, podrá tenerse una mirada sistemática del ordenamiento jurídico, que permita comprender los límites de las concesiones en sede de preacuerdos. Terminación Anticipada de la actuación entraña menos desgaste para el Estado.

Ampliamente en la SU479 de 2019 para resaltar que para esos efectos debe considerarse

(I) a naturaleza de los cargos, el grado de culpabilidad y el daño causado o la amenaza de los derechos constitucionales fundamentales, los intereses jurídicos protegidos, la ocurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, las personales del imputado o acusado y su historial delictual, los derechos e intereses de las víctimas, el grado de afectación y la relación que tuviera con el imputado y acusado. (...) la actitud demostrada por el imputado o acusado de asumir responsabilidad por su conducta, el arrepentimiento el esfuerzo en compensar a la víctima, o cooperar en la investigación o en la persecución de otros delitos.

En su tercera directriz sobre el objeto del preacuerdo, explicó que los preacuerdos deberán recaer sobre a) los términos de la imputación y b) la pena a imponer. En la directriz cuarta, fijó los límites de los preacuerdos y negociaciones entre los cuales contempló que, por ejemplo, cuando se trate de un concurso de conductas punibles el fiscal no podrá pre acordar la eliminación del cargo por el delito de mayor trascendencia atendiendo el bien jurídico y la pena establecida para el mismo.

*En este orden de ideas, a la pregunta de si los fiscales, en el ámbito de los preacuerdos, están habilitados para conceder beneficios sin límite a los procesados a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica, la respuesta es **negativa**.”*

Finalmente concretiza una serie de reglas, entre las que resulta pertinente resaltar las siguientes:

“Primero. En virtud de un acuerdo no es posible asignarle a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que **en la condena** se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; (ii) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; (iii)

esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos pueden desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados.

Segundo. *Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) las partes **no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde**, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica–; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde **solo se orienta a establecer el monto de la pena**, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo–; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo; y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.*

Tercero. *En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios.*

Descendiendo al caso puesto a consideración encontramos que tal y como lo expuso la Juez de Primera Instancia, el acuerdo no es aprobado porque la rebaja otorgada resulta desproporcionada, dado el momento procesal en el que se realiza – en la audiencia de acusación – visto que es de aquellos que sin mutar la realidad fáctica se echa mano a otras normas penales para lograr una rebaja punitiva como lo es la de la complicidad sin embargo, como se indica en la sentencia citada en precedencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, aunque es viable este tipo de acuerdos, se exige dar aplicación al principio de discrecionalidad y “*además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador*”; y de lo expuesto por el Fiscal al presentar el preacuerdo o sustentar la apelación nada de

esto se expuso, por lo que no aparece entonces debidamente justificada el por qué se le otorga tan gracioso beneficio al procesado a pesar de que el preacuerdo se presenta en la audiencia de acusación, independientemente de que se cuenten o no con elementos materiales probatorios que permitan establecer si en efecto el procesado recibió algún beneficio económico por ejecutar la conducta punible que se le imputó, pues lo cierto es que de lo mencionado en la imputación no se hizo nunca mención a que el procesado hubiere recibido alguna contraprestación económica que implique un enriquecimiento indebido.

Ningún sustento tiene la propuesta de la fiscalía y la defensa en el sentido de desconocer el contenido del artículo 352 y remitirse a la rebaja prevista en el artículo 351 para otro momento procesal¹, pues ampliamente ha sido superada la discusión que en algún momento existió sobre cual es el monto de la rebaja máxima que se puede otorgar cuando apenas se presenta el escrito de acusación. En estas condiciones la decisión del Juez de Primera Instancia resulta acertada.

Tampoco las razones de buscar una justicia pronta o una pena no excesiva, justifican el aprobar el acuerdo puesto a consideración de la judicatura, pues, aunque estos son los objetivos de la justicia premial, no se pueden justificar desconociendo los parámetros de proporcionalidad y racionalidad propuestos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y aquí como lo evidenció el Juez de Primera Instancia, la Fiscalía no dio ninguna explicación de porque termina otorgando tan graciosa rebaja, aparte de insistir en que se evita un desgaste en administración de justicia con la aceptación de los cargos y esto no justifica que se otorgue una mayor rebaja que la admitida para la etapa procesal en la que se presenta el preacuerdo conforme a las reglas fijadas por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia transcrita en extenso párrafos atrás, tampoco asumir que porque pueda el juicio tener inconvenientes entonces deba acordarse con penas inferiores a las legalmente permitidas.

¹ Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior. Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte. Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación 52.227 del 24 de junio de 2020 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

El precedente jurisprudencial citado, es bastante amplio en explicar la proporcionalidad de la rebaja más allá del caso concreto que se estudio y no puede decirse como lo plantea el recurrente que tal precedente solo aplica cuando se dan rebaja del 84%, pues lo cierto es que aquí aunque la rebaja no es de tal proporción si es mayor a la tercera parte de la pena máxima posible en la acusación y se insiste, ningún argumento presentó la Fiscalía para justificar adecuadamente una rebaja mayor, aparte de recabar una y otra vez en el simple hecho de la aceptación de responsabilidad y decir que la colaboración eficaz con la justicia solo es una exigencia para el principio de oportunidad, cerrando los ojos ante lo ampliamente expuesto por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, la providencia materia de impugnación deberá ser confirmada.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia materia de impugnación de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído

SEGUNDO: Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada en permiso

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

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

Código de verificación: 8c5edec5c760fa672fba340c280d7723ef80793a1e2b26eae05dd801d8cc54b8

Documento generado en 20/10/2022 04:44:12 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, catorce (14) de octubre de dos mil veintidós

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 90 del 27 de septiembre de 2022

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Representante de víctimas
Radicado	056156000344201500071 (N.I.2021-1322-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el representante de víctimas en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Ant.).

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral primero del C.P.P. ley 906 de 2004.

HECHOS

El 26 de junio de 2015 hacia las tres de la tarde se encontró el cuerpo sin vida de Daisy Julieth Loaiza Guarín de 17 años de edad en el sector Quebrada Arriba zona semi despoblada y aledaña a la urbanización Arrayanes del municipio de Rionegro- Ant. En la cabeza del cuerpo se encontró un disparo de arma de fuego que produjo la muerte.

La fiscalía acusó como coautora del homicidio a Yuled Alejandra Álvarez Arango quien fue capturada cuando recibía un arma de fuego de manos de un menor de 13 años de edad alrededor de media hora después de ocurridos los disparos en inmediaciones del lugar donde se encontró el cadáver, los proyectiles recuperados del cuerpo de la víctima fueron disparados por un arma de las mismas características de la incautada.

LA SENTENCIA

El 2 de agosto de 2021, luego de finalizada la audiencia de juicio oral y de conformidad con el sentido de fallo anunciado, el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Rionegro -Antioquia profirió fallo absolutorio en favor Yuled Alejandra Álvarez Arango en relación con los hechos de la acusación y por el delito de homicidio agravado.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, el representante de víctimas presentó y sustentó oportunamente recurso de apelación, con la pretensión de obtener la condena de la acusada.

Las siguientes son- textualmente- las inconformidades del apelante con la sentencia de primera instancia:

“ Ciertamente es que la menor DEISY JULIETH LOAIZA GUARIN, fue ultimada en el sector de los arrayanes de Rionegro, víctima de proyectiles de arma de fuego en el mismo sector fueron hallados. los mencionados la procesada y el menor de 13 años, donde no hay duda de que tuvieron participación en el homicidio investigado.

El estudio del arma incautada dio como resultado a que fue la misma utilizada para ultimar a la víctima. Igualmente se cuenta con prueba técnica de residuos de pólvora en las manos de la procesada, según estudios de balística los residuos de pólvora no aparecen por simple contacto de una persona con un arma de fuego disparada pues encontrándose en el lugar del injusto, con el arma disparada, con prueba de absorción positiva aceptada por la comunidad internacional , no encuentra este representante de víctimas una justificación para que el señor Juez de instancia, produzca una sentencia absolutoria, desconociendo por demás los derechos de la víctima.

La prueba arrojada a juicio por la fiscalía tiene toda la idoneidad necesaria para que se pueda decretar una sentencia condenatoria en desfavor de la procesada. La defensa presenta como testigos, el compañero permanente de la procesada, quien no estuvo presente en el teatro de los hechos y si bien dice conocer a la víctima y al menor de 13 años aprehendidos el día de los hechos en el mismo no se encontraba en el sector.

Coautoría como quiera que la procesada se encontraba el día del homicidio de la menor DEISY JULIETH LOAIZA GUARIN. Con el arma homicida en su poder, que los resultados de balística forense afirman que los proyectiles causantes de la muerte de la menor fueron

disparados por esa arma, que las manos de la procesada arrojan resultados positivos de pólvora, no se ve necesario de que hubiera sido capturada a 5 o a 50 metros de la víctima esto se torna indiferente, o a los 2 o 20 minutos indiferente contradicción, para las resultas del caso de lo contrario estaríamos provocando una impunidad rampante en contra de la víctima sus familiares, la sociedad, y el mismo estado" (sic)

Finaliza el apelante con la siguiente solicitud:

"Apoyado en lo que se deja consignado, respetuosamente la representación de víctimas, solicito se analicen todas y cada una de las actuaciones procesales y como producto del estudio realizado se revoque la sentencia absolutoria y en su reemplazo se emita una fallo condenatorio.

Y en su defecto la nulidad de lo actuado hasta la audiencia de acusación" (sic)

CONSIDERACIONES

La Sala abordará las inconformidades del representante de víctimas, limitándose a los aspectos que fueron objeto de la impugnación. Previamente se advierte que el escrito de apelación está en los límites de la indebida sustentación.

Véase que en el penúltimo párrafo transcrito el apelante invita a la Sala a que "se analicen cada una de las actuaciones procesales y como producto del estudio realizado se revoque la sentencia absolutoria" . Es sabido que el recurso de apelación consiste en que quien lo propone sustente de forma clara y explícita las razones del disenso, en especial detallando cuáles son los errores legales o fácticos de la sentencia. El análisis de los presuntos errores constituye el objeto de la apelación y

por tanto sobre ellos debe girar la decisión de segunda instancia. De forma que, la propuesta del apelante en el sentido de que el Tribunal acometa el estudio de "cada una de las actuaciones procesales" y como producto de ese análisis se revoque la sentencia, evidencia la precariedad de la argumentación del apelante.

No obstante, como del escrito se logran extraer algunas objeciones superficiales a las premisas del fallo, se responderá de fondo la impugnación, pero con la brevedad que esa limitación impone. Se advierte que la defensa no cuestiona el contenido de las pruebas sino lo que se pretende dar por probado a partir de ellas.

De las circunstancias enunciadas por el apelante se verifica con facilidad que apuntan a que se condene por la existencia de dos indicios, que fueron adecuadamente evaluados por la primera instancia. Veamos:

La sentencia abordó los indicios de oportunidad y el que se construye por haber hallado el arma con que se habría cometido el crimen en manos de la acusada. Explicó que si bien tanto la acusada como el menor de edad se encontraban en inmediaciones del lugar donde se encontró el cuerpo y con el arma del que se disparó un proyectil hallado en el cadáver, existían circunstancias temporales y espaciales que limitan la propuesta de la fiscalía.

El Juez afirmó con detalle que la presencia de estas dos personas, en especial de la acusada, en cercanías al lugar referido no ocurrió al lado del cadáver como lo propuso la fiscalía, sino apartados del sitio en una zona boscosa¹. El testigo que dio captura a estas personas, da cuenta que estaban aproximadamente a 200 metros del lugar donde se encontró el cuerpo sin vida.²

¹ El Testigo Kevin Rodolfo Cervantes Llinás video rotulado 9 juicio se refirió al lugar como "enmontado"

² Testigo Kevin Rodolfo Cervantes Llinás video rotulado 9 juicio oral registro 00:22:30

La sentencia expuso también la suma de varios lapsos entre los momentos posteriores a aquel en que se escucharon los disparos: la búsqueda de lo ocurrido por vecinos del lugar; el hallazgo de la joven baleada; la comunicación a las autoridades; la llegada de la policía al lugar; la búsqueda de personas en los alrededores, y la interceptación del menor y la acusada. Resalta con ello que no pasaron pocos minutos entre el primer momento y el último, con lo que descarta que la acusada hubiere sido capturada inmediatamente después de los disparos.

Se acepta por la primera instancia que la acusada recibía de un menor de edad el arma y que según se estableció, con esa arma se habrían producido los disparos³. No obstante, se resaltó la ausencia de prueba que relacione esos indicios con la responsabilidad como coautora del homicidio, del que fue objeto en la acusación.

Se reitera que la incipiente inconformidad del apelante no consiste en criticar las premisas probatorias que la sentencia dio por fijadas, sino su alcance. Pero el reproche es leve e insustancial. Es leve por cuanto no confronta el análisis probatorio ofrecido por el Juez. Y es insustancial porque evade la propuesta que le correspondía: cómo afirmar la responsabilidad penal de la acusada a partir de los indicios que la primera instancia entendió como no concluyentes.

Y es que en verdad, a pesar de que los indicios que resalta la representación de víctimas pueden sugerir algún conocimiento o relación con el crimen que se le imputó a la acusada, en realidad no son suficientes para probar más allá de duda razonable su real compromiso en el homicidio.⁴

³ El mismo testigo dio cuenta de que el arma aún se encontraba caliente.

⁴ Véase que incluso en la acusación (escrito y audiencia), en la relación de los hechos jurídicamente relevantes, la fiscalía se limitó a describir el hallazgo del cuerpo y la presencia en inmediaciones del

Era necesaria otra actividad de la fiscalía tendiente a relacionar de algún modo a la persona que recibió al arma con su efectiva participación en el crimen para que aquello que aparece como probable alcance el estándar de prueba necesario para condenar. No se supo nada acerca de la versión del menor de edad detenido en el lugar. No se conocieron circunstancias adicionales acerca del hecho, como su móvil o cualquier otro que permita realizar la conexión que reclama el apelante, entre la acusada y el crimen. Como la captura se dio varios minutos después de ocurrida la muerte y a doscientos metros del lugar, subsisten interrogantes acerca de la efectiva participación de la acusada, puesto que la propia policía dio cuenta de que ante su presencia el menor se deshizo de arma entregándosela a Yuled Álvarez. ¿Estaba la acusada con el menor cuando se disparó el arma? ¿se encontraron luego del disparo? ¿conocía la acusada que con esa arma se había cometido el crimen? y puntualmente ¿tuvo algún interés o participación en la muerte de Julieth?

El apelante pretende que la relación entre la participación de la acusada y el hecho de que fue encontrada en sus manos el arma homicida se soporte en la circunstancia de que a ella le fueron encontrados residuos de disparo. El Juez explicó que esos residuos pudieron haber sido hallados por el ya conocido contacto que tuvo con el arma al recibirla. Descartó que ese hallazgo indique con suficiencia algo adicional a que tuvo contacto con el arma, con lo que esa razón no agregaría un nuevo hecho indicador distinto a que el artefacto fue hallado en sus manos. Constató la primera instancia que la acusada se allanó por el delito de porte ilegal de arma de fuego, por lo que su participación en el homicidio no se puede sustentar, exclusivamente, en ese hecho.

lugar de dos personas capturadas con un arma pero no fijó fácticamente- no explicó- la participación de ninguna de ellas en el homicidio.

Mas explícitamente los dos indicios resaltados por el representante de víctimas no son concluyentes por lo que no constituyen razón suficiente⁵ para sustentar probatoriamente una sentencia de condena en contra de la acusada.

Es cierto que la prueba de la defensa se limita a la versión del compañero permanente de la acusada, sin embargo, no sobra recordar que la debilidad de la prueba de descargo solo es relevante cuando la prueba de la fiscalía alcanza por sí misma el estándar probatorio para condenar previsto en el artículo 381 del C.P.P. . En otras palabras, si tanto la teoría de cargo como la de la defensa no resuelven el problema acerca de la responsabilidad del acusado, opera la presunción de inocencia.

Constatada la deficiente actividad investigativa y probatoria de las partes, pues no cumplieron con la carga que les correspondía, es pertinente citar que la doctrina explica así la obligación del Juez ante la precariedad probatoria:

“En otras palabras, el proceso de prueba puede concluir sin un resultado claro. La necesidad que tiene el Juez de resolver a pesar del resultado estéril queda entonces cubierta por el reconocimiento de la reglas legales de decisión que indican al Juez en cada caso en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. El in dubio pro reo en el proceso penal y, en general las reglas sobre la carga de la prueba constituyen ejemplos de las mismas.”⁶

⁵ El principio de razón suficiente proclama que ninguna enunciación puede ser verdadera sin que exista un motivo apto o idóneo para que sea así y no de cualquier otra manera. Al respecto Véase CSJ Sala Penal radicados: 46925 de 2016; 47527 de 2016; 45647 de 2016 y 36824 de 2012 entre otras.

⁶ Gascón Abellán, Marina. Cuestiones probatorias. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado N° 61. 2012. Pág. 75

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia que absolvió a la acusada Yuled Alejandra Álvarez Arango por el hecho y el delito objeto de la acusación.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: b6ebc513249b17378eb85e117b623f3200bf1ceec0d234b9364e805746b985f9

Documento generado en 28/09/2022 05:34:25 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 236

PROCESO : 05000-22-04-000-2022-00484 (2022-1637-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : JUAN CRISOSTOMO MORALES CASTAÑO
ACCIONADO : JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE
PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL
SANTUARIO, ANTIOQUIA Y OTRO
PROVIDENCIA : FALLO PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el señor JUAN CRISÓSTOMO MORALES CASTAÑO en contra del JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA y el CENTRO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD “EL PESEBRE” DE PUERTO TRIUNFO, ANTIOQUIA, por considerar vulnerado el derecho fundamental de petición.

LA DEMANDA

Refirió el actor que el 01 de septiembre de 2022 solicitó redención

de penas ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, correspondientes a las fechas el 01 de enero al 30 de junio de 2020, del 01 de enero al 31 de diciembre de 2021 y del 01 de enero al 30 de junio de 2022, adicionalmente solicitó la situación jurídica.

Indicó que, el 23 de agosto de 2022, se le notificó la redención de penas correspondiente a la fecha comprendida entre octubre de 2021 al 30 de marzo de 2022.

Por lo que pidió que se le ordene al CPMS Puerto Triunfo que expida los certificados de cómputos y de conducta correspondientes a las fechas comprendidas entre el 01 de enero al 30 de junio de 2022, del 01 de enero al 30 de agosto de 2021 y del 01 de abril de 2022 a la fecha; adicionalmente se le ordene al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario que realice el reconocimiento de las redenciones solicitadas y una situación jurídica del condenado.

LAS RESPUESTAS

1.- El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, manifestó que mediante proveído adiado el 25 de septiembre de 2015, el Juzgado 03 Penal del Circuito de Rionegro Antioquia; conminó al ciudadano JUAN CRISÓSTOMO MORALES CASTAÑO, a purgar pena de diez (10) años de prisión, al hallarlo penalmente responsable del injusto de actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo.

Indicó que ese Despacho, mediante autos interlocutorios N° 2511 y 2512, redimió pena e informó situación jurídica al sentenciado. Interlocutorios que fueron enviados a la CPMS de Puerto Triunfo - Antioquia, para su respectiva notificación.

Afirmó que, dentro de las mismas providencias, y al constatar que, respecto a lo solicitado por el accionante, solo se encuentra pendiente de estudio de redención los certificados de cómputos correspondientes a los meses de enero a junio de 2020, emitió oficio a la dirección de la CPMS de Puerto Triunfo, mediante el cual requirió los prenombrados certificados de cómputos.

Por último, dijo que no podrá pregonarse dicho Despacho conculco derecho fundamental alguno en razón del sentenciado.

2.- Es de advertir que el Centro Penitenciario de Mediana Seguridad “EL PESEBRE”, de Puerto Triunfo-Antioquia, no emitió pronunciamiento dentro del término otorgado a la vinculación realizada dentro de la acción de tutela

LAS PRUEBAS

1.- El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario-Antioquia remitió copia de todos los autos expedidos en favor del accionante referente a redención de penas, además de los autos interlocutorios No. 2511 y 2512 del 25 de octubre de 2022, redimió pena e informó situación jurídica,

además de la constancia de notificación del sentenciado el día 26 de octubre de 2022 con firma y huella del mismo.

2.- El Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia, remitió copia de trazabilidad del envío del expediente.

CONSIDERACIONES

Como bien se conoce, la acción de tutela posee un carácter eminentemente subsidiario y excepcional de procedencia, y más aún, cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias judiciales.

En tal virtud, la acción de tutela sólo es procedente frente a situaciones contra las cuales no exista otro medio de defensa tendiente a proteger los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados, o cuando existiendo, no tenga la eficacia del amparo constitucional, lo que abre paso a su utilización como mecanismo transitorio para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, ha dicho nuestro máximo organismo Constitucional:

“... la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez

constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció, en su sentencia T-119 de 1997, que dentro de las labores que le impone la Constitución ‘está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas.’¹

Ahora, es claro que la presente demanda no se está cuestionando la vulneración al derecho fundamental de petición, eventualmente una solicitud realizada por el accionante sería de aquellas que se hacen por ser parte dentro de un proceso y debido al mismo, lo cual implica analizaría la vulneración del debido proceso en su manifestación específica del derecho de postulación, tal como lo ha destacado la H. Corte Suprema de Justicia cuando al respecto expresó:

*“Es preciso señalar, que de cara a las actuaciones regladas, no es la protección del derecho de petición la que debe invocarse, sino, como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades esta Corte, el derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación concreta del derecho de **postulación**, como bien lo destacó el tribunal.*

Ha definido la jurisprudencia constitucional, que el derecho de petición no puede demandarse para solicitar a un funcionario judicial que haga o deje de hacer algo dentro de su función, pues él está regulado por los principios, términos y normas del proceso. En otras palabras, su gestión está gobernada por el debido proceso, en concreto se trata del derecho de “postulación”².

¹ Sentencia T-625 de 2000.

² Sala de Casación Penal en sede de tutela, Sentencia T-57796 del 17 de enero de 2012. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

En el presente caso, el accionante considera que se le viene vulnerando su derecho fundamental por cuanto el JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA y la CPMS DE PUERTO TRIUNFO, no le ha reconocido todos los tiempos logrados con estudio y trabajo con el fin de lograr redención de pena.

Se evidencia en la actuación que, si bien el accionante en su escrito tutela habla de le deben los cómputos y la respectiva redención de penas de las fechas comprendidas entre 01/01/2020 al 30/06/2020, del 01/01/2021 al 30/08/2021 y del 01/04/2022 a la fecha y además indica de una notificación realizada el 23 de agosto de 2021, donde se le redime penas correspondiente a los meses de octubre de 2021 a marzo de 2022 y como se evidenció en los anexos aportado en la respuesta brindada por el Juzgado, se puede evidenciar los siguientes autos proferidos por medio de los cuales redimen pena a favor del accionante:

Fecha	Auto	Redención	Notificado	Juzgado Responsable
05/01/2021	0032 - 0033	Enero a marzo de 2020 por estudio Abril a 13 de mayo de 2020 por estudio 14 mayo al 30 de junio de 2020 por trabajo	12/01/2021	001 de Ejecución de Penas de El Santuario
08/07/2021	773	Octubre a diciembre de 2015 por estudio Enero a diciembre de 2016 por estudio Enero a junio de 2017 por estudio Agosto a diciembre de	16/09/2021	002 de Ejecución de Penas de El Santuario

		2017 por estudio Enero a diciembre de 2018 por estudio Enero a diciembre de 2019 por estudio Julio a Diciembre de 2020 por trabajo		
07/02/2022	347 - 348	Enero a Septiembre de 2021 por trabajo	18/02/2022	002 de Ejecución de Penas de El Santuario
23/08/2022	1854	Octubre de 2021 a marzo de 2022 por trabajo	05/09/2022	002 de Ejecución de Penas de El Santuario
25/10/2022	2511 - 2512	Abril a junio de 2022 por trabajo	26/10/2022	002 de Ejecución de Penas de El Santuario

En ese orden de ideas, salta a la vista que el señor JUAN CRISOSTOMO MORALES CASTAÑO presenta una confusión con respecto de las redenciones que le han realizado y las que pretende hacer valer, como se puede evidenciar todas las redenciones solicitadas por el accionante en la presente acción han sido tramitada oportunamente como se puede ver la solicitud del accionante con respecto a los cómputos del 01/01/2020 al 30/06/2020 fueron objeto de redención mediante auto 32 del 05 de enero de 2021 y notificado personalmente el 12 de enero de 2021, lo mismo sucede con la solicitud de cómputos del 01/01/2021 al 30/08/2021, las cuales fueron aceptadas mediante auto 347 del 07 de febrero de 2022 y el cual fue notificado personalmente el 18 de febrero de 2022, situación que fue antes de la instauración de la

acción de tutela, solo quedaba pendiente la redención de los cómputos comprendidos entre el mes de abril a la fecha de 2022.

Por su parte, el JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA, indicó que solo el 25 de octubre de 2022 mediante los autos interlocutorios N° 2511 y 2512 dio respuesta a la petición realizada por el accionante con respecto a la redención de pena donde se le remidió por trabajo realizado entre los meses de abril a junio de 2022 y para la notificación comisionó a la CPMS de Puerto Triunfo, y a la vez anexa constancia de haberle notificado personalmente al accionante el 26 de octubre de 2022.

Como bien puede observarse, la decisión sobre la petición de redención de pena e información situación jurídica, presentada el 01 de septiembre de 2022 por parte del señor JUAN CRISOSTOMO MORALES CASTAÑO fue resuelta mediante autos interlocutorios del 25 de octubre de 2022 y notificados el 26 de octubre de la anualidad; por lo que hoy en día el juzgado accionado ha resuelto sobre lo peticionado.

Es claro y la propia 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 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 Corte Constitucional recordó 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.

Así las cosas, al observar la Sala que la entidad accionada ya emitió la respuesta a las solicitudes requeridas por el actor, no le queda más remedio que declarar que se está ante un hecho superado, y en tal sentido, negar las pretensiones de éste por carencia de objeto actual.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1.- NEGAR la pretensión de tutela elevada por el señor JUAN CRISOSTOMO MORALES CASTAÑO en contra del JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE EL SANTUARIO y el ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO “EL PESEBRE” DE PUERTO TRIUNFO, **pues se está ante un hecho superado**, acorde con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

2.- Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días

siguientes a su notificación. En caso de no presentarse ninguna impugnación, envíese el expediente 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:

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: **192ceaa9fc0bc4802fdc83e6f44d13b9e8e927d9c7b2d27cd18b629156f462fb**

Documento generado en 01/11/2022 11:37:37 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, primero (01) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 237

RADICADO : 05031-60-00-263-2020-80016 (2022-1669-1)

PROCESADO: LUIS ALFREDO ZAPATA ORREGO

DELITO : VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

ASUNTO : IMPEDIMENTO

VISTOS

Procede la Sala a resolver de plano, conforme las previsiones del artículo 57 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 82 de la Ley 1395 de 2010, el impedimento deprecado por la Juez Promiscuo Municipal de Amalfi, para continuar conociendo de las diligencias tramitadas, en contra del señor LUIS ALFREDO ZAPATA ORREGO, por el delito de violencia intrafamiliar.

LO SUCEDIDO

La Juez Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquia, mediante auto del 19 de octubre de 2022 ordenó remitir por competencia

las diligencias del señor LUIS ALFREDO ZAPATA ORREGO al Juzgado Promiscuo Municipal de Yolombó - Antioquia, en atención a que el 7 de octubre del presente año dicha dependencia judicial decidió no acceder a la solicitud de preclusión presentada por la Fiscalía Local 083 de Amalfi. Adicionalmente, expuso que el Juzgado Promiscuo municipal de Anorí - Antioquia actuó con función de control de garantías en las audiencias de principio de oportunidad, expedición de orden de captura, legalización de captura e imposición de medida aseguramiento.

Una vez recibido el asunto por parte del Juzgado Promiscuo Municipal de Yolombó, mediante auto del 26 de octubre de 2022, decidió rechazar la competencia para conocer el asunto en atención a que no se siguió el trámite establecido por la Corte Suprema de Justicia frente a la declaratoria de incompetencia, toda vez que la Juez Promiscuo Municipal de Amalfi no realizó pronunciamiento de fondo frente a la falta de competencia y tampoco corrió traslado a los sujetos procesales para que se pronunciaran al respecto.

Es de anotar, que si bien las diligencias fueron repartidas en esta Corporación como conflicto de competencia, verificada la actuación se puede advertir que realmente el asunto a estudio es un impedimento y en el cual pese a que la titular del Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi, no le dio el trámite correcto, se vislumbra que el Juzgado Promiscuo Municipal de Yolombó ya emitió pronunciamiento sobre el tema, por lo que se encuentra trabada la controversia y se habilita por tanto, el

pronunciamiento de fondo por parte de la Sala sobre el impedimento deprecado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi. Además, por economía procesal, debe evitarse que continúe dilatándose el presente proceso sin justificación.

Verificadas las diligencias se advierte que:

Luego de que la Fiscalía 083 Delegada de Amalfi-Antioquia subsanara los requisitos respectivos del escrito de acusación presentado en contra Luis Alfredo Zapata Orrego por el delito de violencia intrafamiliar, procedió el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi el 9 de diciembre de 2020 a avocar conocimiento del citado proceso penal especial abreviado conforme lo dispuesto en los artículos 538 y 539 del código de procedimiento penal (Ley 906 de 2004), adicionado por los artículos 15 y 16 de la Ley 1826 de 2017.

Mediante auto del 1° de febrero de 2021 se fijó fecha para audiencia concentrada la cual fue programada para el 11 de febrero de 2021, misma que fue suspendida debido solicitud del Fiscal Local 083 de Amalfi que informó que presentaría un principio de oportunidad en el municipio de Anorí y conforme lo anterior, el 6 de octubre de 2021 el Juzgado Promiscuo Municipal de Anorí-Antioquia celebró la audiencia de solicitud de principio de oportunidad, legalizando la petición y suspendió por un año el ejercicio de la acción penal con fundamento en los artículos 323 y 324 numeral 13 del C.P.P.

Ante nueva información de la denunciante sobre la continuidad de las agresiones por parte del procesado hacia ella, el delegado Fiscal mediante escrito del 17 de junio de 2022 solicitó al Juez Promiscuo Municipal de Amalfi continuar con el trámite legal de la investigación y radicó así mismo, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Anorí orden de captura la cual fue legalizada el 18 de julio de 2022 e impuso medida aseguramiento de detención intramural.

Luego de que fuera reprogramada en varias ocasiones la celebración de la audiencia concentrada, procedió el delegado fiscal el 30 de septiembre de 2022 a presentar acta de preacuerdo ante lo cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi-Antioquia el 7 de octubre instaló la audiencia, sin embargo el Fiscal procedió a cambiar su pretensión de preacuerdo por preclusión, con fundamento en el artículo 332 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal, petición que fue negada y contra la cual no se interpusieron los recursos de ley.

Posteriormente mediante auto del 19 de octubre de 2022 la titular del Juzgado Promiscuo Municipal de Amalfi ordenó remitir las diligencias por competencia al Juzgado Promiscuo Municipal de Yolombó, señalando que el despacho conoció de la solicitud de preclusión y que el Juzgado Promiscuo Municipal de Anorí actuó como juez de control de garantías.

CONSIDERACIONES

Como en otras ocasiones ha sido explicado por parte del Tribunal, para que la manifestación de impedimento por parte del juzgador o la recusación que le formule alguna de las partes alcance su cometido, esto es, la separación del conocimiento de un determinado asunto, es imprescindible que la causal invocada esté fundamentada en aspectos que demuestren en el funcionario un interés particular que lo afecte directa o indirectamente y, por lo mismo, que puedan socavar la imparcialidad y la ponderación en el juicio que debe realizar, es decir, que la causal se orienta a salvaguardar la absoluta independencia con que los jueces deben resolver los casos sometidos a su conocimiento.

Para el presente caso, la Juez Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquia, consideró que no podía continuar conociendo del juicio que se adelanta por la Fiscalía General de la Nación, en contra de LUIS ALFREDO ZAPATA ORREGO, por haber conocido el despacho la solicitud de preclusión efectuada por el Fiscal Delegado, misma que fuera negada, decisión que no fue aceptada por parte del Juez Promiscuo Municipal de Yolombó, quien considera que la Juez de Amalfi debió pronunciarse de fondo sobre el asunto.

Por lo anterior, se deduce que la causal que se pretende invocar es la prevista en el numeral 14 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004 dispone:

“14. Que el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.”.

Al respecto, revisadas las diligencias se advierte que el Fiscal procedió a cambiar su pretensión de preacuerdo por preclusión, con fundamento en el artículo 332 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal, señalando que los hechos jurídicamente relevantes no encajan en el delito de violencia intrafamiliar sino en el de acceso carnal violento, por lo que se radicaría un nuevo trámite por esa conducta punible.

La funcionaria judicial luego de hacer referencia a los pronunciamientos sobre la prohibición del non bis in ídem y los efectos de la preclusión, negó la solicitud advirtiéndole que lo planteado no se ajustaba a la causal expuesta, que existía una equivocación en la calificación jurídica y que la Fiscalía debía realizar los justos correspondientes, pues al precluirse por estos hechos no sería posible tramitar otro proceso por los mismos, pues la consecuencia de la preclusión es, la cesación con efectos de cosa juzgada. Contra la decisión no se interpuso recurso alguno.

Conforme lo reseñado, la Juez Promiscuo Municipal de Amalfi, Antioquia, consideró que no podía continuar conociendo del juicio que se adelanta por la Fiscalía General de la Nación, en contra de LUIS ALFREDO ZAPATA ORREGO, por haber conocido el

despacho la solicitud de preclusión efectuada por el Fiscal Delegado, que como se indicó, fue negada.

Así, para la Sala es claro que la causa de inhabilidad esgrimida, no se estructura, porque no se advierte dentro de los argumentos expuestos que la funcionaria judicial haya emitido algún juicio de valor frente a la conducta endilgada, ni mucho menos frente a la responsabilidad penal del procesado con respecto a los hechos por los cuales se solicitó preclusión.

Y tampoco puede afirmarse que hubo valoración de pruebas, pues éstas solo tienen ese carácter después de su práctica en el juicio oral contradictorio y no para la mera verificación de una solicitud de preclusión, donde solo se establece un mínimo probatorio que lo soporte.

Consecuente con lo anterior, es claro entonces que la situación que pone de presente la Juez no altera la imparcialidad para el trámite del presente asunto.

Ya la Sala en diversas oportunidades ha expresado que el instituto de los impedimentos y las recusaciones tiene una clara fuente constitucional, pues, de un lado, el artículo 228 de la Carta Política dispone que la administración de justicia es función pública y que sus decisiones son independientes, y, de otro, el artículo 230 de la misma prevé que en sus providencias los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley.

En desarrollo del principio de imparcialidad que debe presidir las actuaciones judiciales, la legislación procesal ha previsto una serie de causales de orden objetivo y subjetivo por virtud de las cuales el juez debe declararse impedido para decidir, garantizando a las partes, terceros, demás intervinientes e incluso a la comunidad en general, la transparencia y rigor que deben presidir la tarea de administrar justicia.

Pero como a los jueces no les está permitido separarse por su propia voluntad de las funciones que les han sido asignadas, y a las partes no les está dado escoger libremente la persona del juzgador, las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un caso determinado a un juez o magistrado no pueden deducirse por analogía, ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en cuanto se trata de reglas con carácter de orden público, fundadas en el convencimiento del legislador de que son éstas y no otras las circunstancias fácticas que impiden que un funcionario judicial siga conociendo de un asunto, porque de continuar vinculado a la decisión compromete la independencia de la administración de justicia y quebranta el derecho fundamental de los asociados a obtener un fallo proferido por un tribunal imparcial.

Para el asunto que ocupa la atención de la Sala, escuchada la audiencia de solicitud de preclusión, no se observó ningún juicio de valor sobre la responsabilidad penal del enjuiciado, frente a la conducta punible enrostrada, ni tampoco puede decirse que hubo valoración alguna de los elementos materiales probatorios sobre

la referida conducta, máxime que lo que se analizó fue una solicitud de preclusión, que fue negada.

Es que, frente a la presunta valoración de los elementos materiales probatorios, los mismos no fueron analizados en torno a la responsabilidad del procesado, sino que el análisis se centró en la procedencia o no de la causal de preclusión.

Así, en relación con la causal 14 sobre haber *conocido de la solicitud de preclusión*, la misma debe de ser de tal entidad que comprometa su criterio, respecto de la responsabilidad o no del procesado, y se vislumbró que la causal de preclusión era objetiva, luego no implicó la realización de juicios de responsabilidad, análisis de culpabilidad o presencia de causales excluyentes de responsabilidad, es decir, no requirió de un examen jurídico, ni de valoración probatoria.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

Declarar infundado el **IMPEDIMENTO** aducido por la Juez Promiscuo Municipal de Amalfi (Ant.), para declinar el conocimiento del asunto que, por el delito de Violencia intrafamiliar, se sigue en contra de LUIS ALFREDO ZAPATA ORREGO.

Consecuencia de ello se ordena retornar la actuación a dicho despacho judicial para que continúe con la actuación, acorde con lo ya explicado.

COMUNÍQUESE, CÓPIESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **c9090f7ac98eec0cbf440cdd6696f9f28aece32f5328338be0ad599f4620a6af**

Documento generado en 01/11/2022 11:37:52 AM

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

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

Medellín, primero (1º) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Nº interno : 2022-1601-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05.284.31.89.001.2022.00096
Accionante : Lucelly del Socorro Aguirre Muñoz
Accionada : NUEVA EPS
Decisión : Confirma Tratamiento Integral

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 207

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida el 21 de septiembre de 2022, por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino (Ant.)*, por medio de la cual se concedió el amparo parcial de las garantías fundamentales en favor de *LUCELLY DEL SOCORRO AGUIRRE MUÑOZ*, diligencias que se adelantaron contra la NUEVA EPS.

ANTECEDENTES

Los hechos objeto de la presente tutela fueron resumidos así por la *A quo*:

“Adujo la actora que, se encuentra domiciliada en el barrio la Bomba del municipio de Cañasgordas, que se encuentra afiliada a la NUEVA EPS en el régimen contributivo, como cotizante, que el primer nivel de atención en salud es la ESE Hospital San Carlos de Cañasgordas.

(...)

Manifestó que el tratamiento que le han designado los médicos tratantes, consiste en una serie de citas para analizar cómo va

evolucionando el tratamiento, debido a que se han presentado inconvenientes que desmejoran su salud, entre ellos que debe guardar quietud por unos meses, y es una situación compleja porque no tiene empleo.

Expuso que, la NUEVA EP, mediante autorización N. 230239823, autorizó el medicamento TACROLIMUS 1MG CPASULA(H), el día 8 de agosto de 2022, y la farmacia Cohan realizó la primera entrega.

Narró que, el día 8 de septiembre de la presente anualidad, se dirigió a la farmacia Cohan a reclamar la segunda entrega del medicamento, donde le manifestaron que la NUEVA EPS había anulado la autorización, razón por la cual le hacen entrega de la orden anulada.

Informó que, requiere de carácter urgente la entrega del medicamento TACROLIMUS 1MG CAPSULA (H), cantidad 300, tal como lo ordenó el médico tratante, toda vez que no lo puede suspender ni un solo día, ya que este hace que el riñón funcione y sin el medicamento su vida corre peligro. Además de eso indicó que, el medicamento que le entregó la EPS solo le alcanzaba hasta el día 9 de septiembre de 2022, que al día 10 de septiembre de la misma anualidad se debía desplazar al Hospital San Vicente Fundación de Rionegro, para que la hospitalizaran hasta que la EPS le entregara el medicamento.

(...)

Solicitó se orden la entrega del medicamento TACROLIMUS capsula, cantidad 300, que requiere de manera prioritaria, oportuna, eficiente y eficaz. De otro lado peticiona el tratamiento integral para los posteriores tratamientos que amerite su condición ...”

Fue así, que la Juez de instancia procedió a dictar sentencia mediante la cual concedió el amparo invocado y ordenó lo siguiente:

“SEGUNDO: *Se accede a la solicitud de tratamiento integral, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

Frente a dicha decisión, interpuso recurso de apelación la apoderada judicial de la NUEVA EPS, quien manifestó que la acción de tutela es procedente cuando algún derecho fundamental se

encuentre efectivamente amenazado o vulnerado y no puede presumirse que ante un eventual atraso ocurrido una vez, en lo sucesivo la conducta será repetitiva y, por lo tanto, adelantarse a ello.

Por lo tanto, la representante de la NUEVA EPS solicita revocar el tratamiento integral toda vez que no es dable al fallador emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Evidentemente, la inconformidad de la accionada *NUEVA EPS*, se suscita con ocasión del fallo de tutela de primera instancia proferido por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino (Ant.)*, en punto a la concesión del tratamiento integral.

Advierte esta Sala, que si bien la normatividad en materia de seguridad social en salud, claramente distribuye las competencias para la atención entre las diversas entidades que conforman el sistema, es necesario seguir los lineamientos de la Honorable Corte Constitucional al respecto, en cuanto ha sostenido en algunos casos la viabilidad de que la *EPS*, a la cual se encuentre afiliado el paciente, en este caso la *NUEVA EPS*, asuma la atención médica requerida, aunque la misma no se encuentre contemplada en el POS.

En sentencias como la T-644 de 2008, se ha decantado que las *EPS*, como entidades aseguradoras del sistema general de seguridad social en salud, están obligadas a prestar el servicio a sus afiliados de manera íntegra y continua, con arreglo a los principios de universalidad y eficiencia, defendidos desde nuestra carta política, evitando de esta manera supeditar la defensa de los derechos

fundamentales a litigios de orden administrativo que obstaculizan la prestación oportuna de los servicios en salud.

En lo que respecta al *principio de integralidad*, básicamente constituye una garantía esencial de protección en el derecho a la salud, a través del cual se propende porque de manera continua y eficiente se brinden las atenciones médicas requeridas, sin que medien barreras para su acceso hasta que se concluya el tratamiento o se extinga la dolencia. Frente al tópico referido, ha reiterado la Corte Constitucional en la Sentencia T-039 de 2013, con ponencia del H. Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, lo siguiente:

“...Al respecto esta Corporación, en la sentencia T-576 de 2008, precisó el contenido del principio de integralidad de la siguiente manera:

“(...) la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente¹.

17.-El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud-SGSSS- deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento².”

(...)

5.2. En síntesis, el principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por

¹ Consultar Sentencia T-518 de 2006.

² Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”³...

Es claro entonces para esta Magistratura, que la prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y en condiciones de continuidad, en donde se suministre un tratamiento integral al usuario, sin que ello implique que por cada prescripción del profesional tratante tenga que acceder a este mecanismo cautelar, pues es deber de los jueces constitucionales asegurar que sean prestadas todas las asistencias médicas necesarias hasta que la persona afectada se restablezca en sus dolencias.

En ese orden de ideas, es que puede colegirse que la condición de salud que presenta la señora *LUCELLY DEL SOCORRO AGUIRRE MUÑOZ*, de 46 años de edad, requiere de un tratamiento integral para la recuperación total de su salud, de ahí, que el juez constitucional avizore la necesidad de brindar la protección que sea necesaria para garantizar que se presten oportunamente todos los servicios relacionados con las patologías que motivaron la acción, a fin de evitar que la afectada deba acudir a esta vía por cada procedimiento o medicamento que le sea prescrito, ya que de otro modo la tutela se tornaría ineficaz y el servicio a brindar no estaría acorde con los postulados constitucionales que ha referido la alta Corporación. Al respecto sostuvo:

“...entre las características propias del servicio público de salud que prevé el ordenamiento legal, se establece que éste debe ser prestado de manera eficaz, lo que implica que la atención se preste de manera continua, oportuna, integral y acorde con la dignidad humana, ello en razón de que la mayoría de las veces para superar las dolencias que aquejan a los seres humanos, se requiere que los tratamientos médicos sean brindados en el momento oportuno, de manera continua e integral evitando cualquier tipo de interrupción, máximo cuando se trata de afecciones graves a la salud...”⁴

³ Corte Constitucional, Sentencias T-103 de 2009 y T-022 de 2011.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-405 de 2005. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis (La negrilla no es del texto original).

“...queda entonces claro que la atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley...”⁵

No obstante lo anterior, también es menester aclarar que en el tratamiento integral amparado por la primera instancia no se hace alusión a cualquier enfermedad que padezca la afectada, sino que se encuentra circunscrito única y exclusivamente a las patologías que originaron la acción de tutela, esto es, “*INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA - TRASPLANTE DE RIÑON*”, tal y como fue establecido por el Juez de primera instancia.

En ese sentido, el conceder un tratamiento integral supone un privilegio excepcional, transitorio en relación con la inclusión en unos específicos procedimientos médicos, pero nunca implicará como lo entiende el impugnante, una carta abierta para dolencias futuras que pueda llegar a padecer el titular de los derechos salvaguardados.

De suerte, que el reconocimiento de las prestaciones futuras amparadas bajo el principio de integralidad del servicio de salud, siempre van acompañadas de indicaciones precisas –órdenes-, emitidas por el profesional de la medicina adscrito a la entidad, que hace determinable el fallo del funcionario judicial, no tratándose de dolencias, procedimientos e insumos que sean dables al libre arbitrio del usuario.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-133 de 2001. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. (La mayúscula y la negrilla no son del texto original).

Así lo ha determinado el tribunal de cierre en lo constitucional en sentencias como la T- 365 de 2009 y T-056 de 2015, ante eventos similares al que nos ocupa, imponiendo el deber a las EPS de brindar la atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.

Sin necesidad de otras consideraciones, ésta Sala CONFIRMARÁ íntegramente la decisión de tutela objeto de impugnación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela objeto de impugnación, según fue proferida por el Juzgado de origen y conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

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

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica
PLINIO MENDIETA PACHECO

(Magistrado en permiso)
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

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: **3fa17fd645711b74b2bcf2bcbeb995f5766ea5733d5984f6a34eacb7cb3b84c3**
Documento generado en 01/11/2022 12:42:47 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, primero (1º) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Nº Interno : 2022-1591-4
Sentencia de Tutela - 2ª instancia.
Radicado :05.615.31.04.003.2022.000108
Accionante : Joan Alexander Zapata Torres
Accionada : Fiscalía 16 Local de El Carmen de
Viboral, Antioquia.
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 208

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida el 27 de septiembre de 2022, por el *Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Ant.)*, por medio de la cual se negó la protección del derecho fundamental de petición invocado por la parte actora.

ANTECEDENTES

Los hechos objeto de estudio se resumieron así por el juez de primer grado:

“Manifiesta el accionante que, el día 13 de junio de 2022 radicó derecho de petición (PQRS) identificado con el numero 20226170324652 por medio de la página web de la Fiscalía General de la Nación; en el cual se solicitaba le fuera tenido en cuenta la ampliación de su testimonio y la aportación de material probatorio dentro del proceso que lleva en contra del señor Sergio Hernández Rodríguez por DAÑO EN BIEN AJENO(Art. 265), empleando ARMADA FUEGO; por hechos denunciados en la sala de denuncia de la estación del Carmen de Viboral el día 9 de septiembre de 2021; acontecidos en la vereda QUIRAMA del municipio del CARMEN DE VIBORAL, en el proceso identificado con el numero único: 051486100139202100051.

Dicho Proceso le fue asignado en el momento posterior a la denuncia inicial (9 de septiembre de 2021) a la fiscal local de reparto Dr. MARIA ISABEL ZAPATA OCAMPO –FISCAL, y su despacho fue notificado del traslado del primer PQRS el día 6 de julio de 2022 y fue instado a brindar una solución y/o respuesta clara y de fondo a lo requerido por el usuario o de igual manera remitir el caso al despacho competente (art. 21 (ley 1755 de 2015).

De Igual Manera se envió una segunda PQRS el día 20 de julio de 2022 al correo corporativo de la fiscal y de su asistente solicitando nuevamente una ampliación de testimonio y aportación de prueba que a su juicio nunca han sido tenidas en cuenta puesto que un año después no se ha dictado ninguna orden de alejamiento ni restricción que impida o condene la violación al derecho a la propiedad privada vulnerado en este caso; ni mucho menos la agresiones constantes del sindicato vulnerando también el derecho a la vida y a la libre locomoción.

Conforme lo anterior, solicita se tutelen sus derechos constitucionales a la IGUALDAD Y AL DEBIDO PROCESO por conexidad con el derecho fundamental a la vida, en consecuencia, sean tomada las actuaciones del señor SERGIO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ como una real amenaza a la vida y la integridad de su núcleo familiar; dejando constancia que cualquier agresión presentada en su propiedad o límite de esta el único responsable será el ya mencionado. Asimismo, se dicte una orden de alejamiento y el pago de los daños por concepto de techos, electrodomésticos, y otros perjuicios causados a la propiedad.

En segundo lugar, solicita dejar en manos de otra/o Fiscal Local de reparto la investigación y decisión de dicho caso y/o en su defecto Ordenar a la Dr. MARIA ISABEL ZAPATA

OCAMPO –FISCAL. O a quien compete dar una respuesta clara y de fondo a lo requerido.

Seguidamente, el juez de primer grado negó la tutela del derecho fundamental de petición del señor JOAN ALEXANDER, por haberse presentado hecho superado, esto es, al haberse evidenciado que la entidad accionada brindó respuesta el 21 de julio de 2022 y el 9 de agosto de 2022 se le recepcionó ampliación de denuncia. Y respecto de las amenazas a la vida e integridad personal de la cual se dice está siendo víctima el señor Sergio Hernández Rodríguez, le indicó que debería acudir a interponer las correspondientes denuncias, pues, el proceso penal que se adelanta en contra de aquel es únicamente por el delito de Daño en Bien Ajeno.

Frente a dicha decisión, interpuso recurso de apelación el accionante JOAN ALEXANDER ZAPATA TORRES al considerar que la parte investigativa estaría en un conflicto de intereses, no solo por no atender las peticiones sino porque no se adopta decisión de fondo frente a la denuncia presentada. Alude además, que se han emitido captura arbitrarias en su contra, por tanto, insiste en que sean amparados sus derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso y su proceso sea conocido por otro despacho fiscal.

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 la parte actora reclamaba una respuesta frente a su petición elevada el 13 de junio de 2022, ante la FISCALÍA 016 LOCAL DE EL CARMEN DE VIBORAL, ANTIOQUIA, en el sentido de que se le recibiera ampliación de denuncia formulada el 8 de septiembre de 2021 en contra del señor Sergio Hernández Rodríguez por el delito de Daño en Bien Ajeno, sin embargo, durante el trámite de tutela en primera instancia, la parte accionada se pronunció al respecto, afirmando haber dado respuesta a lo solicitado por el accionante, incluso aportó copia de la ampliación¹ de denuncia presentada por éste, el pasado 9 de agosto de 2022.

En ese orden, logra constatarse entonces que para el presente evento, se está ante la configuración de un supuesto de hecho superado, por cuanto ya tuvo lugar el pronunciamiento reclamado y, así lo pudo constatar esta Magistratura tal y como se puede observar en el folio 21 del archivo 06 del expediente digital.

Ahora bien, frente a que el caso sea asignado a otro despacho fiscal, se le informa que no es un asunto que deba ser discutido a través de este mecanismo constitucional, sino que se trata de un asunto administrativo que compete definir a la Fiscalía General de la Nación.

Y como bien lo afirmó el juez de primera instancia, deberá acudir a las autoridades (Fiscalía General de la

¹ Archivo 06 del expediente digital.

Nación), para presentar las denuncias respecto a las presuntas amenazas en contra de su vida y las de su núcleo familiar.

Finalmente, se le aclara que la acción de tutela no es un mecanismo para imponer medidas de protección y ordenar el pago de perjuicios, por lo que con ese propósito deberá acudir a las instancias correspondientes.

En virtud de lo anterior, esta Sala **CONFIRMARÁ** la sentencia de tutela proferida por el *JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE RIONEGRO - ANTIOQUIA*, objeto de impugnación y conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de manera íntegra la sentencia de tutela objeto de impugnación, según fue proferida por el Juzgado de origen y conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de según grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la

H. Corte Constitucional, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

**(Magistrado en permiso)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

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

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: **add46deb8a2438fee7a0e0b480e0f0394c5dc71286a5a1dce11702906c246ce6**

Documento generado en 01/11/2022 12:55:23 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 05045310400220220034000 **NI:** 2022-1532-6
Accionante: APOLINAR PRIETO RAMOS
Accionados: NUEVA EPS
Decisión: Confirma
Aprobado Acta N°: 170 de octubre 31 del 2022
Sala N°: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, octubre treinta y uno del año dos mil veintidós

VISTOS

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), en providencia del pasado 23 de septiembre de 2022, concedió el amparo Constitucional invocado por el señor Apolinar Prieto Ramos, en contra de la Nueva EPS.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la apoderada especial de la Nueva EPS S.A., interpuso recurso de apelación, que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de esta acción constitucional fueron relatados por el Despacho de instancia de la siguiente manera:

“Expuso el accionante, que, en el marco de las citas, exámenes y distintos tratamientos realizados de manera recurrente por los galenos presento siguiente diagnóstico: adenocarcinoma NOS de parótida izquierda con

compromiso de la piel e invasión vascular y perineural POP parotidectomía, resección en piel en bloque, márgenes libres, ganglios negativos.

Que, en el marco del análisis realizado por los médicos tratantes, ha sido autorizada remisión a la ciudad de Medellín para que sea tratado durante aproximadamente dos (2) meses con especialista en radioterapia, tratamiento que inicia el día lunes 19 de septiembre de 2022, y con ocasión a las citas mencionadas, se hace necesario la autorización y entrega de los gastos de transporte vía aérea para el suscrito y su acompañante, debido a su delicada condición de salud a la ciudad de Medellín (ida y regreso), transporte intermunicipal y/o urbano en la ciudad de Medellín, alojamiento y alimentación para el suscrito y su acompañante, los cuales se requieren para costear toda la instancia en la Ciudad de Medellín.

Alude el accionante, que la NUEVA EPS no ha autorizado y entregado los gastos de transporte intermunicipal, urbano y/o alojamiento y alimentación, para el suscrito y su acompañante, además es una persona de 82 años y no tiene la capacidad económica para cubrir los gastos durante la instancia en la ciudad de Medellín, y de no asistir a las radioterapias se encontraría en un riesgo inminente.”

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 15 de septiembre de la presente anualidad, se ordenó la notificación a la Nueva EPS, en el mismo auto se decretó como medida provisional “la AUTORIZACIÓN y SUMINISTRO INMEDIATO de los gastos de transporte vía aérea al señor APOLINAR PRIETO RAMOS y a su acompañante, a la ciudad de Medellín (ida y regreso), transporte intermunicipal y/o urbano, alojamiento y alimentación, para el accionante y su acompañante, teniendo en cuenta que el paciente es sujeto de especial protección por su edad y estado de salud, además la cita médica es en un lugar diferente al de su domicilio, misma que está programada para el día 19 de

septiembre de 2022 en el Hospital San Vicente Fundación, a las 09:00 am, especialidad Radioterapia.”

La apoderada especial de la Nueva EPS, manifestó que para que proceda el reconocimiento del servicio de transporte y los viáticos en favor del acompañante, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional es necesario acreditar que el paciente: *“(i) dependa totalmente del tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y finalmente, (iii) que ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero”*.

El demandante no demostró que su núcleo familiar no se encuentra en condiciones para sufragar los gastos que están siendo solicitados, y que el simple hecho de informar que tiene gastos no significa que se encuentre en situación de indefensión o que no pueda sufragar el costo del transporte y viáticos requeridos.

Conforme a la petición de la accionante de suministrar el servicio de transporte, por ser un servicio excluido del PBS, es obligatorio que el médico tratante proceda a ordenarlo a través de la plataforma MIPRES, caso en el cual no se evidencia la gestión por parte del médico, lo que impide darle continuidad a lo pretendido. Además, el servicio de transporte, *“son servicios excluidos de la financiación a cargo de la unidad de pago por capitación (UPC), según la Resolución 2292 de 2021, deben ser ordenados por el médico tratante a través de la plataforma MIPRES (1), según lo establece la Resolución 1885 de 2018 (2), siendo una exclusión, pues son servicios que no corresponden a un servicio de salud como tal”*.

Resalta el principio de solidaridad, donde se llama a la familia del afiliado como primer responsable de atender las necesidades de uno de sus miembros, siempre que su capacidad económica así lo permita. En caso contrario, es decir que el afiliado o su grupo familiar no cuenten con la capacidad económica para

asumir dichos gastos, la obligación será trasladada a la EPS, pero en el caso concreto el demandante no acreditó que su núcleo familiar no se encuentre en condiciones para sufragar los gastos que están siendo solicitados.

Culminó su intervención, solicitando se declare la improcedencia de la presente acción constitucional, eximiendo a Nueva EPS de toda responsabilidad, así mismo, se niegue la pretensión del servicio de transporte. En caso tal se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra NUEVA EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, el derecho a la salud, luego el *a-quo* procede a analizar el caso en concreto.

Encontró el juzgado de primera instancia en peligro los derechos fundamentales del señor Apolinar Prieto Ramos, por lo que se debe propender por su protección constitucional, toda vez que el derecho fundamental a la salud prevalece sobre los demás, consistiendo en responsabilidad de la Nueva EPS, garantizar la prestación efectiva de los servicios de salud al afiliado. Teniendo en cuenta además que se trata de un sujeto de especial protección constitucional. En el presente asunto se acreditó que al accionante le fue autorizado cita con especialista en Radioterapia en un Municipio diferente al de su lugar de residencia tal y su estadía será por más de un día.

En consecuencia, ordenó a la Nueva EPS, proceda otorgar transporte aéreo ida y regreso, viáticos, hospedaje, alimentación, transporte urbano para él y un acompañante, cada vez que al afectado le asignen procedimientos médicos fuera de la ciudad de su residencia, en virtud del tratamiento para el diagnóstico de *“adenocarcinoma NOS de parótida izquierda con compromiso*

de la piel e invasión vascular y perineural POP parotidectomía, resección en piel en bloque, márgenes libres, ganglios negativos”.

Por otra parte, no accedió a la solicitud de la entidad promotora de salud, de ordenar al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra esa EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasa el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primera instancia, el apoderado especial de la Nueva EPS, impugnó la misma en los siguientes términos:

Solicita revocar la orden judicial del servicios de transporte, viáticos y alimentación. Respecto al servicio de transportes, se realizará de acuerdo con la norma y por medio de los prestadores de servicios contratados por esa EPS, en ningún momento se entregan recursos de dinero directamente a los afiliados. Señala que el municipio de residencia, no cuenta con UPC diferencial por lo que este servicio debe ser financiado por el afiliado y su grupo familiar, dado que los viáticos ordenados no corresponden a prestaciones reconocidas al ámbito de la salud, por el contrario, se trata de una pretensión que excede la órbita de cobertura del plan de beneficios a cargo de las Entidades Promotoras de Salud. Teniendo en cuenta que el traslado del paciente es de manera hospitalaria y ambulatoria y no de manera urgente.

Además, se extrae que es la familia la primera en ser llamada a responder con acciones humanitarias y solidarias frente a sus miembros que se encuentren en estado de vulnerabilidad.

Itera que el suministro de alojamiento y alimentación, no son considerados servicios de salud y por tanto no se predicen a cargo de la EPS; hacen parte de servicios de asistencia social, el cual corresponde en primer lugar a la familia y en segundo lugar al Estado a través de los entes territoriales competentes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó el señor Apolinar Prieto Ramos la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por parte de la Nueva EPS, y en ese sentido se le ordene el suministro del servicio de transporte aéreo, alojamiento y alimentación para él y un acompañante, para pernoctar en la ciudad de Medellín cuando del tratamiento para su patología de *“adenocarcinoma NOS de parótida izquierda con compromiso de la piel e invasión vascular y perineural POP parotidectomía”, resección en piel en bloque, márgenes libres, ganglios negativos*, así lo requiera.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si en este caso se vulneran los derechos fundamentales del señor Apolinar Prieto Ramos, y sea necesario ordenar el suministro del transporte aéreo cuando derivado de su enfermedad sea necesario su desplazamiento a la ciudad de Medellín, junto a la alimentación y el hospedaje para él y un acompañante.

1. El cubrimiento de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación para el paciente y un acompañante. Reiteración jurisprudencial

4.1. Transporte. Según la Ley 1751 de 2015, artículo 6º, literal c, *“(l)os servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la **accesibilidad física**, la asequibilidad económica y el acceso a la información” (Resaltado propio). En concordancia, el transporte y los viáticos requeridos para asistir a los servicios de salud prescritos por los médicos tratantes, si bien no constituyen servicios médicos^[27], lo cierto es que sí constituyen elementos de acceso efectivo en condiciones dignas.*

Resulta importante diferenciar entre el transporte intermunicipal (traslado entre

municipios) e interurbano (dentro del mismo municipio)^[28]. En relación con lo primero, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 5857 de 2018-
“Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, el cual busca que “las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o las entidades que hagan sus veces, garanticen el **acceso** a los servicios y tecnologías en salud bajo las condiciones previstas en esta resolución” (Resalta la Sala).

Bajo ese entendido, dicha Resolución consagró el Título V sobre “transporte o traslado de pacientes”, que en el artículo 120 y 121 establece las circunstancias en las que se debe prestar el servicio de transporte de pacientes por estar incluido en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), con cargo a la UPC. En términos generales “el servicio de transporte para el caso de pacientes ambulatorios se encuentra incluido en el PBS y debe ser autorizado por la EPS cuando sea necesario que el paciente **se traslade a un municipio distinto al de su residencia (transporte intermunicipal), para acceder a una atención que también se encuentre incluida en el PBS**”^[29] (Resaltado propio).

Siguiendo lo anterior, en principio el paciente únicamente está llamado a costear el servicio de transporte cuando no se encuentre en los eventos señalados en la Resolución 5857 de 2018^[30]. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que cuando el servicio de transporte se requiera con necesidad y no se cumplan dichas hipótesis, los costos de desplazamiento no se pueden erigir como una barrera que impide el acceso a los servicios de salud prescritos por el médico tratante. Por consiguiente, “es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando **ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS**” (Negrilla fuera de texto original).

En consideración a lo anterior se han establecido las siguientes subreglas que implican la obligación de acceder a las solicitudes de transporte intermunicipal, aun cuando no se cumplan los requisitos previstos en la Resolución 5857 de 2018:

i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente^[31].

ii. Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes

para pagar el valor del traslado.

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

3. Del Caso en Concreto

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

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

Verificando los datos suministrados en el escrito tutelar, como resultado de la búsqueda en la página web del Adres, el señor Apolinar Prieto Ramos se encuentra activo en el régimen contributivo de la Nueva EPS.

En efecto, en la presente solicitud de amparo invoca el señor Apolinar Prieto la protección de los derechos fundamentales, siendo necesario que la entidad promotora de salud donde se encuentra afiliado suministre los servicios de transporte aéreo, alimentación y hospedaje cuando derivado de sus patologías sea necesario la prestación del servicio o sean autorizados por fuera la ciudad en que reside.

En consecuencia, al verificar el material probatorio aportado por el demandante, da cuenta de la existencia de orden médica de autorización de servicios de radioterapia, direccionada para la Fundación Universitaria San Vicente de Paul de Medellín, así mismo refiere que residen en el municipio de Carepa (Antioquia), siendo evidente la lejanía entre este y el municipio de Medellín donde finalmente fueron autorizados los servicios de salud y que son esenciales para el restablecimiento de la salud del demandante.

El Juez *a-quo*, concedió el amparo deprecado, ordenando a la Nueva EPS, autorizar y garantizar el transporte aéreo de ida y regreso, los viáticos, hospedaje, alimentación y transporte urbano para el demandante y un acompañante, cada vez que se le asignen procedimientos médicos fuera de la ciudad de residencia, para el tratamiento del diagnóstico de *“adenocarcinoma NOS de parótida izquierda con compromiso de la piel e invasión vascular y perineural POP parotidectomía, resección en piel en bloque, márgenes libres, ganglios negativos”*.

Bajo ese escenario, asegura el demandante que su familia es de escasos recursos, que carece de medios para sufragar los gastos por transporte y demás derivados de los servicios de salud que requiere para el tratamiento de su enfermedad, aunado a la gravedad de su diagnóstico médico. Por otro lado, es evidente que el municipio de Carepa se encuentra apartado de Medellín donde finalmente fueron autorizados los servicios médicos indispensables para garantizar su derecho a la salud, que de no efectuarse el tratamiento se pone en riesgo la vida del demandante.

Es en cabeza de la Nueva EPS, de quien se encontraba la carga de la prueba y esta entidad no demostró que efectivamente el accionante tuviese esa capacidad económica para sufragar los gastos derivados del transporte, alimentación y hospedaje para los diferentes servicios médicos, no logró desvirtuar lo dicho por el tutelante.

En consecuencia, no le queda más a esta Sala que **CONFIRMAR** el fallo de

primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) del día 23 de septiembre de 2022.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el PARÁGRAFO SEGUNDO del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela de primera instancia, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) el día 23 de septiembre de 2022 dentro de la acción constitucional interpuesta por el señor Apolinar Prieto Ramos, en contra de la Nueva EPS; de acuerdo a las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia, se realizará conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

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: **383b587df9f202c5b3fce0fb952cf752de4566874cbaf8498cf5f4a2c9a5bf35**

Documento generado en 31/10/2022 06:05:41 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 05615310900220220010200 **NI:** 2022-1549-6
Accionante: CARLOS MARIO ZULUAGA CHICA
Accionada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS
Decisión: Anula
Aprobado Acta No.: 170 de octubre 31 del 2022
Sala No: 6

Magistrado Ponente
Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, octubre treinta y uno del año dos mil veintidós

V I S T O S

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), en providencia del pasado 29 de septiembre de la presente anualidad, concedió parcialmente el amparo constitucional invocado por el señor Carlos Mario Zuluaga Chica, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional (Escuela de Cadetes).

Inconforme con la determinación de primera instancia, el señor Carlos Mario Zuluaga, Colpensiones, la directora de la Escuela de Cadetes de la Policía “General Francisco de Paula Santander” y la Dirección Nacional de Escuelas de la Policía Nacional, interpusieron recurso de apelación, que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de la presente acción constitucional fueron relatados por el Despacho de instancia de la siguiente manera:

“Se advierte que el accionante solicito en el mes de marzo de 2019, corrección y actualización del Historial Laboral, lo anterior por cuanto al radicar solicitud de pensión, encontrando un faltante de 319 días, sin que a la fecha de la presentación de la acción constitucional se diera respuesta alguna, ni mucho menos se subsanara tal irregularidad.

Refiere que pese a cumplir con los requisitos legales necesarios, ante la negativa de Colpensiones su solicitud de pensión, se han visto vulnerados sus derechos y es por ello que deja la salvedad que adicional al cumplimiento de los requisitos en el tiempo que laboro en el CTI, también cuenta con el tiempo que se desempeñó como subintendente en la PONAL, entidad que no realizó los aportes por el tiempo que laboro como cadete y alférez y solo se certificó el tiempo de subintendente.

Atendiendo las manifestaciones antes relacionadas, requiere sean tenidos en cuenta los tiempos laborados como cadete y alférez en su historial laboral y así cumplir con los requisitos para acceder a la pensión y aumentar el IBC, es por ello que presento los respectivos derechos de petición y al no ser tenidos en cuenta los tiempos faltantes Colpensiones niega su solicitud de pensión.

Relata que ha presentado la solicitud de actualización del historial laboral en varias ocasiones desde el 16 de abril de 2019 bajo el Radicado No.2019-5131978 y reitera su solicitud en el presente año, igualmente se presentó recurso de reposición y apelación a la Resolución No Sub319141 del 30 de noviembre de 2021, en la cual se negó a pensión

Finalmente, señala que tiene derecho a la aplicación de la ley 1223 de 2008 para los efectos pensionales y debe aplicarse el principio de favorabilidad, universalidad, eficacia y solidaridad en concordancia con el Art 7.1 del decreto 4433 de 2004, por lo que solicita se conceda la presente acción y se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, MINISTERIO DE DEFENSA Y POLICIA NACIONAL (ESCUELA DE CADETES),

corregir y actualizar el historial laboral, con la totalidad de los tiempos faltantes e integrar y pagar la cuota de las semanas faltantes por el tiempo de cadete y alférez y por ultimo que se le ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión.”

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el día 15 de septiembre de 2022, se corrió traslado a Colpensiones. Posteriormente por medio de auto del día 27 de septiembre de 2022 el juez *a-quo* ordenó la vinculación al Ministerio de Defensa y la Dirección de Educación Policial, para que se pronunciaran frente a los hechos denunciados en la solicitud de amparo.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

Según lo manifestado por el juzgado de instancia y los archivos que reposan en la carpeta digital, las partes demandadas y vinculadas no emitieron pronunciamiento alguno dentro del término procesal concedido.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, luego el Juez a-quo, analizó el caso en concreto.

Considero vulneración a los derechos fundamentales de petición, debido proceso y a la seguridad social del demandante, sumado que no recibió respuesta al requerimiento efectuado por parte de Colpensiones, señalando que la negativa a la pensión se deben a que nunca se ha dado respuesta a la solicitud de actualización del historial laboral, impidiendo que se tenga en cuenta los tiempos restantes que pueden llegar a brindar una protección a sus derechos y obtener el reconocimiento de su pensión.

Por otro lado, en cuanto a la pretensión de obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, no demostró la existencia de un perjuicio irremediable y con los elementos que reposan en el presente trámite no es posible determinar si se reúnen a cabalidad los requisitos exigidos por la ley para su reconocimiento y, por ende, no es procedente el reconocimiento pensional vía acción de tutela.

Resulta que las entidades demandadas, no han dado respuesta de fondo a las peticiones que han realizado en relación con lo ocurrido con la historia laboral del demandante y los valores que deben aportarse del tiempo que estuvo laborando como cadete, aun así, no obra constancia de contestación a dichas solicitudes.

En consecuencia, negó la solicitud del reconocimiento pensional, y concedió la protección del derecho fundamental de petición, ordenando a Colpensiones, el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional (Escuela de Cadetes) que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo de primera instancia, procediera a dar respuesta clara, congruente, de fondo al derecho de petición presentado por el señor Carlos Mario Zuluaga Chica el 16 de abril de 2019 y el 13 de enero de 2022, posteriormente procedan a la actualización de la historia laboral.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, el señor Carlos Mario Zuluaga, Colpensiones, la directora de la Escuela de Cadetes de la Policía “General Francisco de Paula Santander” y la Dirección Nacional de Escuelas de la Policía Nacional, interponen el recurso de apelación y lo sustentan en los siguientes términos:

Por su parte, **Colpensiones**, comenzó manifestando que la Dirección de Historia Laboral de esa entidad, emitió respuesta de fondo a la petición que

demanda el actor el día 25 de abril de 2019 mediante oficio SEM2019-132557, debidamente notificado el día 28 de abril de 2019, según guía de envío N GA87000638191.

Inconforme con la anterior respuesta, el 13 de enero de 2022 elevó nueva petición, radicada con el N 2022-393925, demandando la continuación de los yerros en su historia laboral por concepto de los aportes cotizados ante Porvenir S.A., en ese sentido en respuesta del día 11 de febrero de 2022, se le indicó al accionante sobre los procesos adelantados por Colpensiones con el fin de recuperar los aportes que presentan inconsistencias ante Porvenir.

Encontrándose adelantando las gestiones administrativas correspondientes con el fin de corregir las inconsistencias presentadas en la historia laboral del accionante, derivadas de los procesos de traslado de aportes pensionales del RAIS al RMP, aun así, requiere de la intervención de Porvenir, para llevar a cabo en conjunto el traslado efectivo de los aportes pensionales del actor.

Finalmente solicitó revocar el fallo de primera instancia, por no cumplir con los requisitos de procedibilidad, además porque no ha vulnerado derecho fundamental alguno al demandante.

El demandante, señor Carlos Mario Zuluaga Chica, indicó que, hasta el 10 de mayo de 2022, estuvo vinculado al servicio público cumpliendo funciones permanentes de policía judicial, adscrito al Cuerpo Técnico de Investigación - CTI- perteneciente a la Fiscalía General de la Nación, laboro de manera ininterrumpida 25 años y 11 meses.

En ese entendido solicitó ante Colpensiones la corrección y actualización de su historia laboral de 319 días, durante el tiempo laborado con CTI, sin que, a la fecha de la presente tutela, Colpensiones hubiese subsanado y actualizado dicho tiempo faltante y corregido los datos de su historia laboral.

Además, que antes de estar adscrito al Cuerpo Técnico de Investigación, estuvo como cadete y alférez en la Escuela de Cadetes de Policía General Francisco de Paula Santander, aun así, la Ponal no realizó el aporte a pensión por el tiempo de cadete, certificando solo el tiempo de Subteniente.

Por lo anterior, solicitó a las entidades demandadas que procedieran a la corrección y actualización de su historia laboral respecto de los 319 días faltantes, al igual que se reconociera el tiempo de Cadete y Alférez de la Escuela de Cadetes de Policía *“General Francisco de Paula Santander”*, a Colpensiones. Considerando que Colpensiones motiva falsamente la negativa de su derecho de pensión.

Finalmente solicita se ordene a Colpensiones, el Ministerio de Defensa, y la Policía Nacional (Escuela de Cadetes) Corregir y actualizar su historia laboral con la totalidad de los tiempos faltantes (*Los 319 días y los años de Escuela*) y el consecuente reconocimiento y pago de la pensión a la que tiene derecho.

La directora de la Escuela de Cadetes de la Policía “General Francisco de Paula Santander”, solicita la aclaración y rectificación del fallo de tutela, pues cuestiona que el despacho de instancia omitió vincular a esa entidad, dado que recibió el fallo de tutela en el cual se le ordenó dar respuesta clara al derecho de petición, sin antes ser vinculados debidamente al presente trámite constitucional, lo que indica que no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y defensa.

Además, resaltó que esa escuela es una unidad desconcentrada de la Policía Nacional, sus funciones están orientadas a la formación de los futuros oficiales de la Policía Nacional, por ende, no tiene la competencia para pronunciarse al respecto.

Por lo anterior solicita, aclarar o rectificar cual es la dependencia obligada a dar cumplimiento al fallo de tutela, pues itera no tener competencia para

resolver las pretensiones del demandante, tampoco administra o custodia las hojas de servicios.

La Directora Nacional de Escuelas, cuestiona que el juzgado de instancia señaló que la Policía Nacional guardó silencio, faltando a su verdad, pues emitió respuesta por medio de comunicación oficial GS 2022-012619 del 29 de septiembre de 2022, enviado a la dirección de correo electrónico del despacho de instancia, que si bien el despacho judicial recibió la respuesta no la tuvo en cuenta al momento del fallo. Por lo que solicita desvincular a la Policía Nacional Dirección Nacional de Escuelas del presente trámite.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Corporación observa que si bien en la acción tutela rige el principio de informalidad, éste no es absoluto y es necesario satisfacer ciertos presupuestos básicos para evitar una decisión que no proteja los derechos fundamentales, entre ellos la integración de la causa pasiva.

Al respecto la Corte Constitucional en auto 287 del 06 de junio del 2019, señaló:

“Debida integración del contradictorio en sede de tutela. Reiteración de jurisprudencia”

“5. Llegado a este punto, es importante resaltar que la jurisprudencia constitucional, de forma unívoca y consistente, señala que la falta de integración del contradictorio en tutela, no implica de entrada retrotraer la actuación judicial hasta su inicio. En algunos casos, un proceder semejante puede comprometer “desproporcionadamente los derechos fundamentales del respectivo accionante”[55].

“Si bien se ha estimado que, sin lugar a dudas, la falta de notificación de las decisiones en tutela, y específicamente del auto admisorio de la demanda, compromete el debido proceso de quien no fue enterado de las determinaciones del

juez y de la existencia del proceso, y que ello impone la declaratoria de nulidad de lo actuado en el proceso; en sede de tutela ello no opera en forma automática, dados los bienes jurídicos que están en juego[56] y en atención a “los principios de economía y celeridad procesal que guían el proceso tutelar”[57].”

“6. En suma, ante la falta de notificación de las partes o de terceros con interés legítimo en el proceso de tutela, en sede de revisión existen dos opciones[58]. La Sala de Revisión puede optar, bien por (i) devolver el proceso a la primera instancia para efecto de que se rehaga el proceso o bien, (ii) en virtud de la urgencia de la protección constitucional y ante una situación que a primera vista pueda considerarse apremiante, por vincular directamente a quien no fue llamado al proceso.”

“La segunda opción, que se orienta por la vinculación en sede de revisión, implica que las personas vinculadas renunciarían a su derecho a controvertir la decisión que se adopte, sea o no desfavorable a ellas. Bajo esa perspectiva, la Corte ha sostenido que, de asumir esta postura, las distintas salas de revisión deben obrar conforme lo normado en el artículo 137 del C.G.P. y advertir la nulidad, junto con la posibilidad de que las personas vinculadas decidan si es de su interés proseguir con el trámite, o reclamar la reiniciación del mismo con el objetivo de lograr participar en él y fortalecer el debate ante los jueces de instancia.”

“Esta postura ha sido reiterada en múltiples pronunciamientos que destacan, como lo recordó el Auto 281A de 2010[59], que el uso excepcional de la vinculación directa en sede de revisión implica que las circunstancias de hecho lo ameriten.”

“7. Cuando la persona vinculada solicita la nulidad, en resguardo de su derecho al debido proceso, resulta imperioso remitir el expediente a la sede judicial de primera instancia para que se surta, nuevamente, el trámite de instancia y se asegure la comparecencia de quien no había sido convocado al proceso y no pudo materializar su derecho a la defensa[60]. Lo anterior en el entendido de que, aun en los eventos en los cuales es urgente la protección constitucional, el debido proceso es una garantía que no puede ser restringida a los sujetos involucrados en el proceso constitucional de tutela[61].”

Es así, como cuando durante el proceso de tutela la causa pasiva ha sido integrada incorrectamente o una parte con un interés legítimo no ha sido notificada, la Corte Constitucional ha encontrado que se configura una causal de nulidad del proceso de tutela y ha considerado que el procedimiento adecuado consiste en devolver el expediente al juez de instancia, con la finalidad que subsane el vicio y se integre correctamente el contradictorio.

En el presente caso, una vez revisada la actuación, se observa que, la acción de tutela se dirigió en contra de Colpensiones, el Ministerio de Defensa, y la Policía Nacional - Escuela de Cadetes, entidades las cuales el demandante direcciona la responsabilidad en la vulneración de sus derechos fundamentales, no obstante, en el cuerpo del escrito de tutela se evidencia que el demandante reclama unas semanas faltantes en la Escuela de Cadetes de la Policía “General Francisco de Paula Santander”, aunado a ello, en el escrito de impugnación la directora de dicha escuela, demanda vulneración a sus derecho de contradicción y defensa al no ser vinculada al presente trámite constitucional, y aun así darle una orden judicial que le es imposible cumplir, pues no es la entidad competente para pronunciarse al respecto conforme a lo pretendido por el tutelante.

Bajo ese escenario, una vez auscultado el trámite constitucional, se advierte que el juzgado primigenio omitió vincular a la dirección de la Escuela de Cadetes de la Policía “General Francisco de Paula Santander”, al presente tramite constitucional. Además, no reposa en el expediente digital la constancia de notificación de la admisión del trámite de tutela a las entidades demandadas y vinculadas, lo que no permite controvertir lo anterior.

Por otro lado, conforme al pronunciamiento de tutela realizado por Colpensiones, en el que solicita la vinculación de Porvenir en el presente trámite, dado que es necesario para indagar sobre la totalidad del tiempo de servicio. Pues puede verse inmiscuido en las resultas de la presente acción de tutela.

Lo anterior, constituye en un obstáculo para que esta Sala se pronuncie de fondo en el tema propuesto. Por tanto, se hace necesario vincular a la Dirección de la Escuela de Cadetes de la Policía “*General Francisco de Paula Santander*” y a la AFP Porvenir.

Por otro lado, la Directora Nacional de Escuelas, manifestó que remitió en debida forma la respuesta al requerimiento efectuado en la presente acción de tutela, aun así, la misma no fue tomada en cuenta al momento de la decisión, para probar o anterior adjunta la respectiva constancia de remisión y la recepción del mismo.

Por las razones expuestas anteriormente, se decretará la nulidad de la actuación viciada, que en este preciso caso es la que se surtió a partir del auto proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro el pasado 15 de septiembre del año 2022, dejando a salvo las pruebas que obran en el expediente, con la finalidad de que se integre correctamente la causa pasiva en el proceso de la referencia y se tenga como prueba al material debidamente recopilado.

Así las cosas, se dispondrá la remisión del asunto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), para que en su lugar imprima el trámite correspondiente.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el PARÁGRAFO SEGUNDO del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado, a partir del auto proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), el pasado 15 de septiembre de 2022, con excepción de las pruebas practicadas conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordena remitir las presentes diligencias de inmediato al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), para que imprima el trámite correspondiente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

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: **d9dbd1c4f398c7fa7ed71e361a042772e354aed8ca99e4a5559161d9b837fa3c**

Documento generado en 31/10/2022 06:05:53 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No:051540991522022-0005 **NI:** 2022-1672
Acusados: BRAIDER ALEXIS TAPIAS GAVIRIA, ALEJANDRO CASTAÑEDA LONDOÑO y
WILMAR HERNANDO CANO SÁNCHEZ, JONATAN PARRA RAMIREZ
Delito: Concierto para delinquir
Motivo: Apelación de auto preparatoria
Decisión: Confirma
Aprobado Acta Número: 171 de noviembre 1 del 2022 Sala No: 6

Magistrado Ponente: **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome.** -
Medellín, noviembre primero del dos mil ventidos.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra la determinación tomada en sesiones de los días 11 y 21 de octubre del año en curso en el que el Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, negó petición de exclusión probatoria que elevaba la defensa.

II. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

En desarrollo de la audiencia preparatoria y en lo que interesa para el tema materia de impugnación el abogado defensor señaló que en el diligencia de allanamiento que dio lugar a la presente actuación los cuatro procesados por el representados a saber BRAIDER ALEXIS TAPIAS GAVIRIA, ALEJANDRO CASTAÑEDA LONDOÑO, JONATAN PARRA RAMIREZ y WILMAR HERNANDO CANO SÁNCHEZ, fueron violentados, humillados, golpeados y ultrajados durante el procedimiento policial, y se les negó el derecho de filmar el desarrollo de los mismos, con lo que se les vulneraron sus derechos fundaméntales, al someterlos a un trato

inhumano cruel y degradante lo que conlleva a que las pruebas y elementos materiales probatorias que fueron recopilados en dicho procedimiento de allanamiento resulten ilegales y por lo mismo deban ser excluidos como prueba a pesar de ser solicitados como tal por parte del representante del Ente Instructor.

En concreto reclamó la exclusión, como prueba directa, del artefacto explosivo, el arma de fuego tipo escopeta calibre 12, serial 076593, el arma de fuego tipo escopeta calibre 12 serial 66176, los 23 cartuchos para escopeta calibre 12, 02 proveedores calibre 5.56, los 55 cartuchos calibre 5.56, la suma de diez millones un mil novecientos pesos, la sustancia estupefaciente que dio positivo para cocaína con un peso neto de 5366.1 gramos y la sustancia vegetal que dio positivo para marihuana en un peso neto de 792.4 gramos. Como prueba refleja o derivada, solicita la exclusión del testimonio de José de Jesús Álvarez Martínez, Kelly Tatiana Ramírez Quintero, Juan Francisco Correa Lizárraga, Andrés Felipe Álvarez Ortiz, Jon Fredy Vargas Muñoz, Lullí Alejandro Hoyos Zúñiga y los peritos David Colorado Penagos y Guillermo Alonso Hernández López.

Ofreció a la judicatura como sustento de su petición un *dossier* contentivo de varias historias clínicas de la atención medica brindada a sus representados, así como una serie de entrevistas practicadas por el investigador de la defensa que dan cuenta de las agresiones sufridas por su representados.

A tal petición se opuso la Fiscalía señalando que la diligencia de allanamiento fue declarada legal por el Juez de control de garantías, de otra parte hay constancia médico legal de que los procesados no tuvieron lesiones, y constancias procesales de buen trato que hacen inviable el pedimento de la defensa, pues evidente es que en el procedimiento policivo de allanamiento no se causó ninguna afectación a las garantías fundamentales de los procesados o mucho menos se les torturó, lesionó, humilló o se les causó algún trato cruel inhumano o degradante.

III. Providencia impugnada

El Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia en lo que es materia de impugnación negó las de la defensa señaló los motivos por los cuales legalmente procede la exclusión probatoria, cuando la misma resulta en su obtención de un procedimiento ilegal o es producto de una vulneración grave de los derechos humanos como la tortura, la desaparición forzada, señalando que solo resolverá con los elementos que se expusieron en la audiencia, sin valorar la carpeta ofrecida por la defensa, para no contaminarse, pero advirtiendo que tal y como lo expone la Fiscalía, no aparece que en efecto los acusados hubieren sido torturados o sometidos a tratos crueles o inhumanos que ameriten por el momento la declaratoria de ilegalidad y exclusión que reclama la defensa.

IV. RECURSO

Inconforme con la determinación el abogado defensor interpone el recurso de apelación que fundamenta de la siguiente manera.

Se queja de la actitud del juez que no quiso valorar los elementos materiales que le ponía de presente y reclama del Tribunal lo haga, para lo cual ofrece presentarlos cuando le sean requeridos, y señala que los mismos demuestran que en efecto sus representados fueron golpeados y ultrajados al momento del procedimiento de allanamiento y que aunque le mismo fue decretado legal, en la función de control de garantías, no por esto no se puede alegar ilegalidad en una etapa posterior si se acredita debidamente la ilegalidad en el proceso de obtención de la prueba y aquí evidentemente esto ocurrió, y no es cierto como lo menciona la Fiscalía y lo termina acogiendo la judicatura sin análisis alguno que no se presentaron agresiones, o que en efecto la valoración médica que dice tener la Fiscalía sea

correcta, por lo que reclama se revise el asunto y se decrete la exclusión probatoria reclamada.

Al descorrer el traslado de los no recurrentes tanto el representante de la Fiscalía General de la Nación, como la señora delegada del Ministerio Público, solicitaron la confirmación de la providencia recurrida, exponiendo cuales son los motivos legales de ilegalidad probatoria, y como esto no se vislumbran en el presente caso.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto que concita la atención de la Sala es el determinar si en efecto se debe decretare la exclusión probatoria que reclama la de la defensa.

Inicialmente se debe indicar que la exclusión por ilegalidad de una prueba se produce cuando la misma en su proceso de obtención o en los actos de investigación que permiten obtenerla inicialmente se contraria el ordenamiento legal, al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹ precisa lo siguiente:

Por su parte la prueba ilegal o irregular que extiende sus alcances hacia los "actos de investigación" y "actos probatorios" propiamente dichos, es aquella "en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley. Desde una interpretación constitucional, en orden a la visión y concepción de la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segunda instancia, se debe considerar que tanto en los eventos de ilicitud como de ilegalidad probatoria, lo que se produce normativamente son efectos idénticos de exclusión dadas las inexistencias jurídicas, por tratarse en esos eventos de medios de convicción que constitucionalmente se predicen "nulos de pleno derecho", inexistencia que se transmite

¹ CSJ SP, 31 julio. 2009, rad. 30838

a las evidencias o elementos materiales probatorios que dependan o sean consecuencia de aquellos o a los que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas”

Ahora bien, el escenario legalmente establecido para resolver sobre las solicitudes de exclusión por ilegalidad o irregularidades en el proceso de obtención de los mismos, tiene como escenario natural la audiencia preparatoria, no obstante esto, resulta posible ocuparse del tema igualmente al interior del juicio, cuando el aspecto no era conocido por las partes, o cuando solo es posible verificar si se presenta la irregularidad denunciada una vez es expuesta la prueba, visto que en la audiencia preparatoria no existe un ofrecimiento de prueba en concreto las partes hacen sus manifestaciones sobre los elementos materiales que conocen en el descubrimiento probatorio pero estos no son presentados al Juez que resuelve la audiencia preparatoria.

Al respecto la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia²a precisa:

“Conviene aclarar que la discusión en torno de la exclusión de la prueba por considerarse ilegal se realiza, no en las audiencias preliminares de control de legalidad que presiden los jueces de control de garantías, sino en la preparatoria, como se viene señalando en este proveído; o, excepcionalmente en el trámite del juicio, según el momento en que se conozca la información con fundamento en la cual se predique su contrariedad con el ordenamiento jurídico. “

En el presente asunto se está solicitando la exclusión de todos los elementos de prueba ofrecidos por la Fiscalía porque en sentir de la defensa a los cuatro acusados al momento del allanamiento se les vulneraron sus derechos fundaméntelos al ser sometidos a tratos crueles inhumanos y degradantes, y para fundamentar su acortó pretende se valoren un cumulo de elementos probatorios que pudo recopilar y que disienten lo que inicialmente se expuso en la audiencia de legalización del procedimiento de allanamiento y lo planteado

² Auto 36562 del 13 de junio del 202

ahora en la preparatoria por la Fiscalía. Al respecto debe indicar la Sala que imposible resulta hacer valoraciones de elementos probatorios en la audiencia preparatoria, ni siquiera para resolver sobre una solicitud de exclusión probatoria por ilegalidad en el proceso de obtención de una determinada evidencia o elemento de prueba, pues no es este un escenario de debate probatorio, mucho menos que se admita la exótica propuesta de la defensa, para que se valore sin confrontación alguna el *dossier* probatorio que dice tener, y luego el Juez preside la preparatoria se declare impedido y pase la actuación a otro juez, pues se itera no se ha iniciado aún el debate probatorio e imposible resulta entonces que para resolver sobre lo pedido por la defensa, se adelante el mismo, pudiendo válidamente si es del caso la defensa probar en desarrollo de la audiencia de juicio oral, la pretensión que tiene esto es que en el procedimiento de registro y allanamiento en el que se encontraron algunos elementos materiales y se dio captura a sus representados se les vulneraron sus garantías fundamentales y por lo mismo deban o no excluir tales elementos probatorios por ilegales, pues como ya se advirtió tal posibilidad se permite legalmente aún en la audiencia de juicio oral.

En este orden de ideas no existe motivo alguno para modificar la providencia materia de impugnación, pues, aunque se alegó un motivo válido de ilegalidad de la prueba, como que esta es producto de trato cruel, inhumano y degradante en contra de los acusados, lo cierto es que esto aún no aparece acreditado en la actuación, y válidamente en el juicio se puede demostrar si en efecto esto ocurrió y proceder entonces a dar o no aplicación a la cláusula de exclusión probatoria.

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: CONFIRMAR la providencia materia de impugnación por las razones expuestas en el cuerpo motivo de esta determinación.

SEGUNDO: Contra esta determinación no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **8647130f99d36a2dd5c20c317a7440e54caaa0de23b9e4b5a679dfd9e5c99e4d**

Documento generado en 01/11/2022 10:56:57 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 PENAL**

Proceso NI: 05-120-60-99-049-2018-80018 **NI:** 2022- 0966
Acusado: ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA
Delito: Concierto para delinquir agravado, homicidio agravado y otros
Decisión: Modifica.
Aprobado Acta No: 171 de noviembre 1 del 2022 **Sala:** 6

Magistrado Ponente: Gustavo Adolfo Pinzón Jácome. -

Medellín, noviembre primero de dos mil veintidós.

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del procesado, contra la sentencia condenatoria emitida el pasado 23 de junio de 2022, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

II. HECHOS -

Los hechos que sirven de sustento a la acusación fueron expuestos en la sentencia de la siguiente manera:

El 14 de agosto de 2018 en el municipio de Cáceres, Antioquia, varios sujetos pertenecientes a la estructura delictiva conocida como Clan del Golfo, llegaron hasta la vivienda de Juan Daniel Donado Arteaga y le causaron la muerte utilizando arma de fuego.

*Se dijo que, **ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMÁ** comprometió su responsabilidad en esa acción, en tanto impartió las órdenes para que se ejecutara dicho homicidio y concurrió en su materialización.*

III. SENTENCIA OBJETO DE APELACIÓN. -

Contiene un recuento de los hechos, la actuación procesal relevante, la filiación del acusado, hizo alusión a los alegatos de conclusión presentados tanto por la Fiscalía como por la defensa, de los que se dijo por parte de la Fiscalía que solicitaba condena para el señor PINEDA CHIMA, por los tres delitos que le fueran acusados, por cuanto logró demostrar más allá de duda razonable la responsabilidad del procesado, ello se desprende de lo dicho por los dos testigos directos de la muerte del joven JUAN DANIEL DONADO, su padre y hermano, quienes de manera clara y directa señalaron al procesado como una de las personas que acudió hasta su casa el día 14 de agosto de 2018, fecha en la cual perdió la vida el antes mencionado, tras ser acorralado por 4 sujetos que llegaron hasta allí, uno de ellos ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, a quien ubicaron prestando guardia, mientras otro de los tres sujetos restantes disparaba con arma de fuego.

En lo que respecta al porte de arma de fuego, refiere que se encuentra probado por lo dicho por el Agente de policía DANNY ALEXANDER TORRES ESTUPIÑAN, quien dijo que consultó a través del sistema SINAR si los procesados y concretamente ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, contaba con permiso para porte o tenencia de armas de fuego, no contando con dicho permiso, y que además al llegar al lugar de los hechos en calidad de Policía Judicial, encontró vainillas percutidas y una sin percutir de pistola 9 milímetros.

Ahora bien, de lo dicho por los testigos de la defensa indicó que no fueron creíbles sus dichos acerca de que el señor PINEDA CHIMA, no tuvo ninguna clase de participación en los

hechos, que este se dedicaba a barequear y que no hacía parte de la estructura criminal “Clan del Golfo” de la cual, si hacían parte ellos, OSMEL DEL CRISTO BARRIENTOS HOYOS y HECTOR DARIO SABINO LEGARDA, tildando sus dichos de mendaces, por cuanto se notaba el interés de querer sacar en limpio al señor ROBERTO RAFAEL.

Por parte de la representación de las víctimas se coadyuvo la solicitud de condena solicitada por la Fiscalía.

Mientras que la defensa refiere que con lo dicho por el testigo UBERNIS ADELSON RIVERA, que de manera espontánea indicó que ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, no hizo parte del homicidio del joven JUAN DANIEL DONADO, que quienes lo efectuaron fueron él, alias Melito y Chucky, y que claramente señaló a alias JEISON o ZORRO, como la persona que le dio la orden de la muerte del antes mencionado. Y que clarificó en sede de juicio oral que los señalamientos que efectuó en interrogatorio al indiciado en donde refirió que ROBERTO RAFAEL, había sido quien ordenó la conducta punible, fueron producto de presiones y torturas que recibió por parte de la Policía, por lo que no pueden ser tenidas en cuenta esas manifestaciones primigenias.

Ahora bien respecto de ALBEIRO JAVIER y JUAN BAUTISTA DONADO, indicó que fueron testigos que mostraron contradicciones por lo que no deben ser tenidos en cuenta, que el primero de ellos relató que a su casa fueron dos sujetos buscando a su hermano, mientras que UBERNIS ADELSON, dejó claro que fue él solo, y del segundo, no fue capaz de reconocer en la sala de audiencias a ROBERTO RAFAEL, como una de las personas que estuvo en el hecho de la muerte de su hijo.

Finalmente refiere que con lo dicho por OSMEL DEL CRISTO y HECTOR DARIO, quienes dejaron claro que su prohijado no hizo parte del hecho investigado, se debe absolver al

mismo, por cuanto no existe prueba para condenarlo por ninguna de las tres conductas punibles que se le enrostran.

Posteriormente las consideraciones del despacho acerca de las conductas punibles endilgadas, y la valoración probatoria, para finalmente colegir en primera medida que no existe duda acerca de la materialidad del hecho que se investiga, y una vez analizado el acervo probatorio determinar que en efecto el señor ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA fue responsable del mismo, tomando como base el testimonio de los señores ALBEIRO JAVIER DONADO y JUAN BAUTISTA DONADO, a quienes otorgó plena credibilidad por cuanto fueron testigos presenciales de los hechos y fueron enfáticos en señalar a PINEDA CHIMA, como uno de los cuatro sujetos que arribaron hasta su vivienda e hicieron parte del hecho en el que falleció su familiar, afirmó también que una vez analizada la prueba de cargo como de descargo encuentra probado que para la fecha de los hechos en el municipio de Cáceres, delinquía la estructura delincuencia conocida como “Clan del Golfo”, dedicada a cometer homicidios, extorsiones y otros delitos, que para el 14 de agosto de 2018, se produjo la muerte de JUAN DANIEL DONADO ARTEAGA, por proyectiles de arma de fuego sin que contara con permiso para porte de arma.

Refiere el Juez de instancia que la discusión en el presente asunto giró en torno a que el señor ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, hacia o no hacia parte de la estructura criminal “Clan del Golfo”, y si participó en el homicidio de DONADO ARTEAGA.

Indica que todos los testigos afirmaron que la muerte de JUAN DANIEL DONADO ARTEAGA, fue concretada por integrantes de la estructura criminal Clan del Golfo, y que de lo dicho por ALBEIRO JAVIER DONADO ARTEAGA y JUAN BAUTISTA DONADO MARTELO, queda probado que ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, participó en la muerte de JUAN DANIEL, por cuanto lo ubicaron efectuando inequívocamente actos destinados a producir la muerte del antes mencionado, y al no evidenciar motivos de desavenencias entre los testigos y el

procesado y haber sido relatos claros, coherentes y detallados, les otorgó plena credibilidad.

No le otorga igual credibilidad a lo dicho por los testigos de la defensa, pues considera que el testimonio de OSMEL DEL CRISTO BARRIENTOS HOYOS, raya en lo obsesivo, queriendo sacar en limpio a PINEDA CHIMA, pues reitero de manera extraña que no lo conocía, que no participó en los hechos investigados y que este no tenía nada que ver, siendo esto mismo afirmado por HECTOR DARIO SABINO LEGARDA, dichos que contrastados con lo manifestado en interrogatorio al indiciado efectuado el mismo día de la muerte del joven JUAN DANIEL DONADO, es decir el 14 de agosto de 2018, a UBERNIS ADELSON RIVERA, resultan ser contradictorio, pues UBERNIS ADELSON, en aquella ocasión señaló a ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, como uno de los líderes de la organización delincriminal Clan del Golfo, y quien dio la orden de terminar con la vida del joven DONADO ARTEAGA, debiéndose impugnar credibilidad a lo dicho en juicio por UBERNIS ADELSON RIVERA, quien bajo la gravedad de juramento manifestó cosa distinta, e intento desconocer la participación del procesado en los hechos que le fueran imputados, situación que no logró pues consideró el Juez de instancia que lo dicho en juicio no fue verídico y no otorga ningún crédito a las atestaciones efectuadas por el declarante respecto a que lo dicho en el interrogatorio al indiciado fue producto de torturas y presiones por cuanto no fue probado por la defensa ninguno de estos sucesos y además no encuentra motivo alguno para que funcionarios de la policía, y Fiscalía hubiesen efectuado ello si se trataba de una persona que no conocían.

Por lo anterior, concluye el *A-quo*, que el procesado hacia parte de la estructura criminal Clan del Golfo, por cuanto no solo dio la orden de que se terminara con la vida de JUAN DANIEL DONADO ARTEAGA, sino que estuvo presente en el lugar de los hechos haciendo guardia y además minutos después del suceso permaneciera en compañía de una de las personas que abiertamente reconocido haber participado en el hecho delictivo, por lo que encuadra su actuar en la figura de la coautoría.

Y finalmente en lo que respecta al delito de porte de armas de fuego refiere que si bien no se encuentra probado que el señor ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, hubiese tenido contacto directo con el arma de fuego, pero si existe prueba de que no cuenta con permiso para portar armas de fuego, ello del relato vertido por el Funcionario de la Policía Nacional DANY ALEXANDER TORRES ESTUPIÑAN, quien indicó que solicitó al SINAR la información y le indicaron que ninguno de los consultados incluyendo PINEDA CHIMA, contaban con permiso para ello, y dado que quedo establecido que la muerte del joven JUAN DANILO DONADO, fue por proyectiles de arma de fuego, es una conducta por la cual también tiene que responder penalmente este en calidad de coautor.

Y respecto a los agravantes de la conducta de homicidio que le fueran endilgados, esto es, los establecidos en los numerales 4° y 7° del artículo 104 del Código de Penal, indica el fallador que el único que se encuentra probado es el del numeral 7° por cuanto fueron 4 sujetos los que ultimaron la vida de la víctima.

En virtud de lo anterior, se profiere sentencia condenatoria en disfavor de ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, tras encontrarlo penalmente responsable en calidad de coautor de las conductas punibles de homicidio agravado, concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, a la pena de 432 meses de prisión y multa de 2.700 SMMLV para el año 2018, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 240 meses.

IV. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO Y SUSTENTADO. –

Inconforme con la decisión de primera instancia la defensora del procesado interpone recurso de apelación que sustenta en las siguientes premisas:

Cuestiona la forma en la que el Juzgador de primera instancia estructura la responsabilidad penal en contra de su prohijado endilgándole participación en los hechos que aquí se investigan, por cuanto en su sentir no se reunían elementos de conocimiento suficientes para emitir una sentencia condenatoria.

Indica que respecto al delito de concierto para delinquir agravado, de lo dicho por el funcionario de la Policía Nacional DANY ALEXANDER TORRES ESTUPIÑAN, este nada dijo acerca de alguna investigación que hubiese efectuado para corroborar si en efecto el señor PINEDA CHIMA, hacia parte de la estructura criminal Clan del Golfo, por lo que no existe ningún elemento probatorio que permita determinar que este hacia parte de dicha organización delincuencial, que a lo sumo afirmó que en la estación de policía se conocía que estas personas hacían parte del mismo, pero que no existió ninguna labor investigativa al respecto, reconocimiento fotográfico, seguimiento, entrevistas etc., pese a que se indica por algunos testigos que supuestamente ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, era uno de los líderes de la organización criminal.

Respecto al delito de porte de arma de fuego, refiere la recurrente que a lo sumo el Agente de Policía TORRES ESTUPIÑAN, se limitó a manifestar que realizó una consulta y allí conoció que su prohijado no contaba con permiso para portar armas de fuego, pero que ello no se acreditó dentro del proceso, no se introdujo al juicio la certificación de que en efecto el señor ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, no contara con el permiso respectivo.

Y finalmente en lo atinente al delito de homicidio, ataca el testimonio de ALBEIRO DE JESUS DONADO, de quien dice no fue capaz de reconocer en juicio oral a la persona que presuntamente participó en la muerte de su hijo JUAN DANIEL, así mismo resta credibilidad

a este testimonio por cuanto contradice lo dicho por la madre de la víctima, quien indicó que a su hijo lo buscó un solo hombre, mientras que ALBEIRO DE JESÚS, relató que fueron dos personas que acudieron a su vivienda a buscar a su hijo JUAN DANIEL, y cuatro los que llegaron a ultimarlos, encontrando disparidad en estos dos dichos, no siendo esto advertido por el Juez de instancia.

Por ello solicita se revoque la sentencia condenatoria proferida en contra de su prohijado, y en consecuencia se absuelva de las conductas punibles que le fueron endilgadas.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA. -

Visto los planteamientos de la recurrente la Sala deberá verificar si la valoración de la prueba hecha por el Juez de primera instancia resultó acertada y en especial si en efecto resulta posible arribar a las conclusiones esbozadas en el fallo de primera instancia, esto es si existen medios de prueba que permitan colegir que el señor ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, es responsable a título de coautor de las conductas punibles de homicidio agravado, concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

- **De la condena por el delito de Concierto para delinquir agravado.**

Analizando lo dicho por el Juez de primera instancia en lo atinente a la conducta punible de Concierto para delinquir agravado, encuentra la Sala que resulta ser una argumentación débil, y ello es así por cuanto en efecto, tal y como fuera afirmado por la defensa del señor

PINEDA CHIMA, no existe material de prueba que permita probar la existencia de los elementos esenciales que requiere el tipo penal.

Tal y como se ha dicho en reiteradas ocasiones por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, la estructura típica del delito de concierto para delinquir implica la existencia de los siguientes elementos: (i) la pluralidad de sujetos, (ii) que estos se concertaron para cometer un numero plural de conductas punibles indeterminadas, (iii) con unidad de designio criminal, (iv) con vocación y ánimo de permanencia y (v) que en la medida de tratarse de un delito autónomo pone en riesgo la seguridad pública.

Pudo evidenciarse una vez verificado el acervo probatorio arrimado al juicio que los elementos antes descritos no se encuentran probados, pese a ser un deber que recae en la Fiscalía; por cuanto en punto a probar este tipo penal única y exclusivamente contó con lo relatado por el agente de la policía DANY ALEXANDER TORRES ESTUPIÑAN, que respecto a la conducta punible de concierto para delinquir, apuntaló que se tenía conocimiento que en el municipio de Cáceres tenía presencia la organización criminal Clan del Golfo, y que de acuerdo a lo dicho en interrogatorio al indiciado por parte del señor UBERNIS ALDELSON RIVERA, capturado el día de los hechos, 14 de agosto de 2018, tras señalamiento directo que hiciese la madre de la víctima, que el señor ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, era uno de los jefes del Clan del Golfo¹, pero lo cierto es que ninguna actividad de investigación se desplegó por parte de la Fiscalía una vez recibió dicha información, esto es, no se conocen detalles necesarios para colegir que en efecto el señor PINEDA CHIMA, integraba dicha organización, no se conocen datos como desde que año militaba en el Clan del Golfo, que actividad desempeñaba, que rango tenía al interior de la misma, que actividades se

¹ Audiencia efectuada el 22 de noviembre de 2019.

concertó a desempeñar, entre otros, por lo que razón le asiste a la defensa del procesado quien tímidamente en la apelación ataca este aspecto.

Considera la Sala que con el simple dicho del policía judicial que aduce que conoció de manos de UBERNIS ALDEMAR, que ROBERTO RAFAEL era uno de los líderes del Clan del Golfo, sea elemento suficiente para endilgar responsabilidad por la conducta de concierto para delinquir agravado, y mucho menos la elucubración obrante a folio 21 de la sentencia condenatoria recurrida, respecto a que tanto los testigos de cargo como de descarga fueron enfáticos en señalar que la muerte del joven JUAN DANIEL DONADO ARTEAGA fue concretada por sujetos pertenecientes al Clan del Golfo, y que al haberse ubicado a ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, en el lugar de los hechos por parte de ALBEIRO DE JESUS DONADO y JUAN BAUTISTA DONADO, puede colegirse que PINEDA CHIMA, hace parte de la estructura criminal, pues es una conclusión sin fundamento probatorio alguno, dado que no necesariamente la participación del procesado en la muerte de JUAN DANIEL DONADO, fuera producto de una concertación con la organización criminal, puede suceder que su participación haya sido única y exclusivamente para este homicidio de manera puntual, y no con vocación de permanencia, elemento normativo requerido en el tipo penal de concierto para delinquir, por lo que no está llamada a prosperar la condena por dicha conducta punible, ante el escaso material probatorio para soportar la responsabilidad del procesado en este tipo penal.

Por ello entonces, considera esta Sala que no existen prueba si quiera indiciaria que permita endilgar responsabilidad a ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, de la conducta punible de concierto para delinquir agravado; del actuar desplegado por el antes referidos, la única afirmación que cuenta con sustento probatorio es la coautoría, figura completamente

diferente² al tipo penal por el cual fueran condenados. En consecuencia, se revocará la sentencia recurrida en lo que respecta a la condena emitida por el delito de Concierto para delinquir agravado.

- **De la condena por el delito de Fabricación, Tráfico y porte de armas de fuego o municiones.**

Ahora bien, descendiendo en el tema de disenso, se encuentra que la representación del señor PINEDA CHIMA, ataca la condena que le fuere impuesta por el delito de fabricación, tráfico y porte de arma de fuego o municiones, ello por cuanto no existió elemento material probatorio que permitiera probar el elemento normativo del tipo, tras carecerse de la prueba idónea que en este caso resulta ser el documento que certifica que ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, no cuenta con permiso para porte de armas, y que al no haberse solicitado como prueba por parte de la Fiscalía, no fue introducido al plenario, lo que en sentir del recurrente genera que no se encuentre probado este elemento normativo del tipo.

Se tiene que el tipo penal reza:

“ARTÍCULO 365. FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años.

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP2772-2018(51773).

Contrario al argumento del apelante, debe indicarse que no es necesario incorporar un certificado que sirva para demostrar que el procesado no contaba con permiso para portar armas. Más allá de la conveniencia de la práctica de alguna prueba concreta, el principio de libertad probatoria incorporado en la legislación procesal penal, artículo 373, establece que los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en el C.P.P. o por cualquier otro, técnico o científico, que no viole los derechos humanos, incluso a través de inferencias,³ tesis que también aplica para los delito de porte de armas y municiones.⁴ Así las cosas, debemos tener en cuenta que conforme al principio de libertad probatoria y el estándar de prueba necesario para condenar de cara a la tarifa legal negativa que impone el artículo 381 del C.P.P., se exige que la sentencia no se funde exclusivamente en prueba de referencia.⁵ En ese orden, no es el número de pruebas, ni alguna en específico, sino su naturaleza y capacidad suasoria, lo que debe apreciarse al momento de valorarlas para adoptar una condena.

Así las cosas, se tiene que la Fiscalía pretendió soportar la tesis acusatoria, y en concreto, dar cuenta de la ausencia de permiso para portar armas de fuego, utilizando la información suministrada por el funcionario de la Policía Nacional DANY ALEXANDER TORRES ESTUPIÑAN, quien manifestó en el juicio oral que había llamado al CINAR, y allí otro funcionario le había informado que el señor ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, no contaba con permiso para porte, siendo esta el único medio de prueba presentado por el ente investigador con el fin de probar la comisión del delito de porte de arma de fuego por parte del procesado, pudiéndose considerar erróneamente como una prueba de referencia, por cuanto el testigo asiste a la vista pública a contar lo que otra persona le dijo, lo que comúnmente se conoce como testigo de oídas y normativamente testigo de referencia,

³ Sobre el particular, véase CSJ SP, Radicado 46278 del 1 de junio de 2017, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

⁴ SP CSJ, radicado 44376 del 12 de noviembre de 2014, M.P. María del Rosario González Muñoz.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP-3332-2016, Radicación No. 43866, aprobado por acta No. 80 del 16 de marzo de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuellar

pero ello no es así, por cuanto la única forma de conocer si un ciudadano tiene permiso para porte de armas es a través de la consulta a una base de datos, conocida como Sistema de Información de Armas, Municiones y Explosivos o Centro de Información Nacional de Armas, a la cual se puede acceder personalmente vía internet o telefónicamente, y en aplicación a los últimos planteamientos jurisprudenciales expuestos por la H. Corte Suprema de Justicia, respecto a la manera en la que se puede probar el elemento normativo del tipo de porte ilegal de arma de fuego, permite que esta es una de las en las que se puede demostrar que un sujeto carece de dicho permiso para portar armas de fuego, sin que sea prueba de referencia.

Al respecto se dijo⁶:

“En cuanto al ingrediente normativo del delito atentatorio contra el bien jurídico de la seguridad pública –art. 365 del C.P.- relacionado con la ausencia de permiso para el porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, pasó por alto el Delegado del Fiscal General de la la Nación que intervino en la audiencia de sustentación oral del recurso de casación, que, desde antaño[40], la Sala ha indicado que para tal acreditación no hay tarifa legal, porque el sistema de libertad probatoria da cabida a que tal circunstancia se demuestre con cualquier medio de convicción.

Por tanto, pretender la aducción al juicio oral del documento público que constate la ausencia de permiso para la tenencia o porte del elemento bélico, sería tarifar la prueba, afectándose así el sistema de la persuasión racional.

Lo relevante aquí, es que haya un elemento de convicción del cual pueda predicarse una circunstancia o fundamento fáctico claro para demostrar el aludido ingrediente típico.

Es que, la existencia o ausencia de ese permiso formal y oficial se revela en un sistema, registro o base de datos, a cargo del Ministerio de Defensa y del Ejército Nacional, denominados Sistema de Información de Armas, Municiones y Explosivos o Centro de Información Nacional de Armas, a los cuales se puede acceder personalmente -vía internet o telefónicamente-, a juzgar por las

⁶ Sentencia SP1638-2022, Radicado N° 46808, Magistrado ponente, DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

condiciones observadas en la página web, en la cual, inclusive, se remarca la atención telefónica a autoridades judiciales durante las 24 horas del día.

En esas condiciones, se trata, en estricto sentido, de un registro en una base de datos que, por ser de acceso público -obviamente bajo ciertas condiciones-, puede ser consultado por la Policía Judicial, en desarrollo de su actividad investigativa y en los términos del artículo 244 de la Ley 906 de 2004, inclusive sin que se requiera control judicial previo ni posterior.

Por esa vía, el investigador obtiene información legal que, al serlo de manera directa, bien porque consultó por sí mismo la base de datos -de ser ello posible- o a través del funcionario que la opere, puede ser introducida al juicio oral simplemente con su testimonio. Que la consulta la haga por intermedio del tercero que opera la base de datos no hace que dicha información, legalmente obtenida, sea prueba de referencia. Esa consulta equivale tanto como a introducir el certificado en que el funcionario que maneja la base de datos hace constar la existencia o no de ese permiso. La diferencia en este caso es simplemente en el modo en que se reflejó la consulta, no a través de un escrito, sino verbalmente.

Aquello ya había sido señalado anteriormente por la Sala, en un asunto de características similares[41] –igualmente no tenido en cuenta por el representante de la Fiscalía General de la Nación-, en el que, aun cuando se trató de una terminación anticipada del proceso, se sostuvo:

En el presente asunto, el juez de conocimiento consideró que no se reunían las condiciones para dictar fallo de carácter condenatorio, pues aun cuando el procesado se allanó al cargo formulado en audiencia de imputación, no se cumplía el estándar probatorio para determinar la configuración de la conducta delictiva, por cuanto, al expediente no se aportó "la certificación oficial sobre la inexistencia de autorización para el porte del arma de fuego que expide el Centro de Información Nacional de Armas -CINAR-", la cual, en su criterio, tiene la condición de "indispensable", para asumir acreditado el elemento normativo exigido en el tipo penal y, además, entender que el informe FPJ-3 del 1º de febrero de 2015 se constituía, para tales efectos, en "prueba de referencia".

Sin embargo, como lo explicó el Ad quem, tal aserción es equivocada porque, de un lado, no sólo descansa sobre la aplicación de una tarifa probatoria inexistente

en el ordenamiento procesal patrio, sino, de otro, se muestra contradictoria al no haberse adoptado debido a una "situación objetiva demostrada".

En efecto, como se dejó claro desde los antecedentes de esta actuación, a estas instancias se llegó por la vía anticipada, en tanto fue el allanamiento a cargos de Cantillo Cortina en la audiencia de formulación de imputación, el cual fuera verificado por el juez con función de control de garantías en sus presupuestos básicos (aceptación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada), el que dio lugar a que las diligencias fueran remitidas al funcionario de conocimiento, incorporándose los elementos con capacidad suasoria hasta ahora acopiados para procederse a la respectiva emisión de fallo.

Carpeta en la cual, efectivamente el ente acusador, no aportó la certificación enunciada por el funcionario judicial, sin embargo, ello tampoco era necesario, pues tratándose del elemento normativo "sin permiso de autoridad competente", el ordenamiento jurídico no establece un único medio para su demostración (tarifa legal positiva) sino que se acoge al criterio de libertad probatoria que demanda la demostración de dicho supuesto a través de cualquier instrumento con aptitud para ello y, en tal sentido, al trámite se incorporaron elementos que permitían tal constatación, los cuales, simplemente fueron ignorados por el funcionario de primer grado.

En efecto, según lo anotaron la Fiscalía y el Ministerio Público en sus intervenciones como no recurrentes, a través de las cuales acogieron lo consignado en el fallo impugnado, no sólo el informe ejecutivo FPJ-3 del 1º de febrero de 2015 -por el cual se reportaban los actos urgentes ejecutados por los miembros de la Policía Judicial- informó la carencia de permiso para porte o tenencia de armas a nombre del aprehendido de acuerdo con la constatación vía telefónica con el Centro de Información Nacional de Armas (CINAR)...
(...)

Sin que se acoja la tesis sostenida por el A quo y que fuera recogida por el recurrente en su demanda, en punto a que soportar el fallo en el informe FPJ-3 del 1º de febrero de 2015 acarrearía sustentar la condena en prueba de referencia y con ello desatender la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, pues, la prueba de referencia entendida como medio de conocimiento aplica en aquellos casos en los cuales se admite la incorporación... En este caso, para tal acreditación, acudió el Tribunal al testimonio rendido por el investigador de policía judicial José Antonio Muñoz Albarracín[42], con el cual la Fiscalía incorporó la constancia por él suscrita en la que se constata que vía

telefónica –abonado 0912660453- se comunicó con el Sargento Viceprimero Hermes Baena Bermúdez, Jefe del CINAR, quien le informó que el procesado SIMÓN ALBERTO OMAÑANA SÁNCHEZ con c.c. 88271202 de Cúcuta y JHON ALBERT BECERRA ORTEA c.c. nro. 1093757472 de Los Patios no les figura permiso para porte o tenencia de arma de fuego –evidencia 5-.

En esas condiciones, acudiendo al sistema de libertad probatoria –art. 373 de la Ley 906 de 2004- fue debidamente demostrado el mencionado ingrediente normativo, sin que obre prueba en contrario que así lo desvirtúe, por lo que claramente se establece, no sólo la materialidad del delito contra la seguridad pública, sino la responsabilidad de los procesados en este reato.”

Así que pese a que DANY ALEXANDER TORRES ESTUPIÑAN, no percibió directamente el reporte del permiso por parte de la autoridad competente, si podía dar fe de que en el debate público, que dentro de sus funciones como Policía Judicial realizó llamada a otro funcionario que verificó a través de internet en el CINAR, y evidenció que el señor PINEDA CHIMA, no cuenta con permiso para porte de armas, siento este un medio de prueba suficiente para probar el elemento normativo del tipo, aun mas cuando no existió prueba contraria a ello que permitiera restar valor probatorio al mismo, por lo que se mantendrá entonces la condena por el delito de Fabricación, trafico, o porte de armas o municiones impuesta al procesado por el Juzgado de instancia.

- **Condena por el delito de Homicidio.**

Finalmente, en lo que respecta al tipo penal de Homicidio agravado por el que fuera condenado el procesado, y que también fuere motivo de inconformidad por la recurrente, y de la cual no se discute su materialidad, por cuanto quedó ampliamente demostrado en el Juicio a través de prueba testimonial, que en efecto existió un ataque con arma de fuego que culminó con la vida de JUAN DANIEL DONADO ARTEAGA, a manos de cuatro sujetos

que arribaron hasta la vivienda del joven en el municipio de Cáceres, en la tarde del 14 de agosto de 2018, y procediendo alias melito a disparar en contra de la humanidad de DONADO ARTEAGA, mientras que los otros tres sujetos reducían al padre de la víctima, y custodiaban el lugar.

Lo que se discute entonces, es la participación del procesado en el hecho, y para ello de entrada se indica que la condena que le fuere impuesta por esta conducta punible será confirmada. Por cuanto tal y como fuera enfatizado por el fallador, la prueba que otorga elementos para emitir una sentencia de condena a la judicatura respecto a este tipo penal es la declaración vertida por el padre y hermano de la víctima, los señores JUAN BAUTISTA DONADO y ALBEIRO DE JESUS DONADO ARTEAGA, quienes se encontraban presentes esa tarde del 14 de agosto de 2018, al interior de la vivienda, hasta donde la cual una vez se percataron de que el joven JUAN DANIEL DONADO ARTEAGA, se encontraba al interior de la misma, cuatro hombres identificados como HECTOR DARIO SABINO LEGARDA, alias Chuck OSMEL DEL CRISTO BARRIENTOS, alias Melito y UBERNIS ADELSON RIVERA, alias Me Muerde, y ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, alias Indio Chima, ingresaron a la vivienda y concretaron la muerte de JUAN DANIEL DONADO ARTEAGA, con arma de fuego.

Cabe indicarse que a la fecha se encuentran condenados por este hecho HECTOR DARIO SABINO LEGARDA, alias Chucki OSMEL DEL CRISTO BARRIENTOS, alias Melito y UBERNIS ADELSON RIVERA, ante la aceptación de cargos que efectuaron.

Debe indicarse que como ya se dijo, los familiares de la víctima que se encontraban presentes al momento del ataque en el que perdió la vida el joven DONADO ARTEAGA, pudieron percibir de manera directa como se desarrolló el hecho, señalando en el juicio a ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, como uno de los cuatro sujetos que arribaron a la vivienda y ultimaron a su pariente; ubicaron a PINEDA CHIMA, prestando guardia en la puerta trasera de la vivienda, mientras se llevaba a cabo el ataque, siendo estos relatos

claros, lógicos, hilados y coherentes, por lo que al igual que el Juez de instancia la Sala les otorgara plena credibilidad, pues no es cierto como lo adujo la defensa de PINEDA CHIMA, que dichos testimonios mostraron serias contradicciones, mismas que brillan por su ausencia luego de haberse oído con atención lo dicho por ambos bajo la gravedad de juramento.

A lo sumo se pudo percatar la Sala del impase sufrido con el testimonio de JUAN BAUTISTA, quien al momento que la Fiscal le solicitó señalar y describir la persona que se acercó a su domicilio en compañía de tres sujetos más y cegaron la vida de su hijo, no fue claro en la descripción de las prendas de vestir que llevaba el procesado el día de la audiencia, indicando que vestía un “*suéter gris*”, cuando lo cierto es que vestía una camiseta de color blanco, debe precisarse, respecto a esto que en primer lugar el Juez de instancia dejó la claridad de que el testigo se estaba refiriendo al señor ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, y además, no puede desconocerse que en algunas zonas del país, a las camisetas se les llama suéter, por lo que la imprecisión que refiere la defensa del procesado en que el testigo JUAN BAUTISTA DONADO, no fue capaz de reconocer a quien participó en la muerte de su hijo no existe. Queda claro que si lo reconoció.

Ahora respecto de la otra contradicción que dice la togada defensora que incurrió JUAN BAUTISTA, de que adujo que hasta su casa arribaron inicialmente dos personas a buscar a su hijo JUAN DANIEL DONADO, mientras que la madre de este dijo que fue una sola persona la que lo buscó, siendo esto corroborado por el testimonio de alias Me Muerde, quien dijo que fue él quien fue al domicilio de JUAN DANIEL, preguntando por él, no resulta ser una contradicción, pues nótese como el testimonio de la madre de la víctima no se allegó al juicio, y respecto de lo dicho por UBERNIS ADELSON RIVERA, alias *Me Muerde*, fue un testimonio que no solo para el fallador fue mendaz, sino para la Sala, no solo por la retractación que efectuara a lo dicho en interrogatorio al indiciado que le fuere tomado el 14 de agosto de 2018, en el que señaló a alias “*Indio*” o “*Chima*”, como jefe de la

organización criminal Clan del Golfo, y que fuera quien dio la orden de ultimar a JUAN DANIEL DONADO ARTEAGA, dichos que fueron desconocidos en la audiencia de juicio oral en la que manifestó que ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, no había tenido nada que ver en los hechos, que el señalamiento lo hizo porque fue torturado, y presionado por la Fiscalía de Cáceres, atestaciones que no tienen fundamento probatorio alguno, por lo que no fueron tenidas en cuenta por el *A-quo*, ni por esta Sala, siendo entonces un testigo carente de credibilidad, por lo que no existe entonces contradicción alguna en lo dicho por los testigos presentados en juicio por la Fiscalía.

Finalmente, respecto de los testigos de descargo, OSMEL DEL CRISTO BARRIENTOS, y HECTOR DARIO SABINO LEGARDA, mismos que comparecieron al juicio a manifestar que el señor ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, no tuvo ninguna clase de participación en la muerte del joven JUAN DANIEL DONADO, no le otorgan a la Sala confiabilidad sus dichos, por cuanto al igual que fuera advertido por el Juez de instancia, rayan en lo obsesivo y reiterativo de que el procesado no estuvo presente en el hecho investigado, que es inocente, y que no lo conocían, que al hecho concurrieron solo tres personas y procedieron a quitarle la vida a la víctima, dichos que contrastados con los señalamientos directos del padre y hermano del occiso, no permiten otorgar credibilidad a esas afirmaciones, porque estos de manera presencial pudieron observar que fueron cuatro hombres los que ingresaron al domicilio, dos por la puerta de adelante y dos por la puerta de atrás y que ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, hacia parte de estos sujetos y que se ubicó prestando guardia en la puerta trasera de la vivienda.

Por ello entonces, encuentra la Sala que la condena emitida en disfavor de ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, por el delito de homicidio agravado en calidad de coautor, es adecuada por lo que se confirmara la misma al encontrarse elementos materiales

probatorios que sustentan dicha condena superando el estándar probatorio requerido más allá de duda razonable acerca de la ocurrencia del hecho investigado y la participación del procesado en el mismo.

- **De la Tasación de la Pena.**

Se tiene que ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, fue condenado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia a la pena de 432 meses de prisión y multa de 2.700 SMMLV para el año 2018, por los delitos de Concierto para delinquir Agravado, Fabricación, Tráfico, o porte de armas de fuego o municiones y Homicidio agravado.

Y toda vez que en la presente sentencia se revocó la condena por el delito de concierto para delinquir agravado, es necesario readecuar de prisión que deberá purgar ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, revisando la sentencia de primera instancia, tenemos que al tasar la pena se señaló que por el delito de homicidio agravado fijaba una pena de 400 meses por ser la pena más grave, y sobre la misma hizo los incrementos por los delitos de concierto para delinquir de 20 meses y porte ilegal de armas 12 meses más, en consecuencia toda vez que se mantienen las condenas por homicidio agravado y porte de armas, la pena más grave es las de homicidio agravado, esto es de 400 meses, a la cual se le incrementaran 12 meses de prisión por el delito de Fabricación, Trafico y porte de armas de fuego o municiones, para un total de 412 meses de prisión, tal y como fuera tasado por el Juez de instancia; e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años.

En cuanto a los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión no hay lugar a disponer modificación algún visto el monto dela una finalmente impuesta.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia condenatoria preferida en contra del señor ROBERTO RAFAEL PINEDA CHIMA, señalando que, por el delito de concierto para delinquir agravado, lo procedente es disponer su absolución, manteniéndose la condena los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones.

SEGUNDO: En consecuencia, la pena que deberá soportar PINEDA CHIMA es de cuatrocientos doce (412) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primer grado de conformidad a las razones expuestas en el cuerpo de este proveído.

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

CÓPIESE y a su ejecutoria DEVUÉLVASE al Juzgado de origen.

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

NANCY AVILA DE MIRANDA

Magistrada

ALEXIS TOBÓN NARANJO

Secretario

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: **e2ace02ca665be7831166216d7973493ad360d7afdabc1c0184add87084827b2**

Documento generado en 01/11/2022 10:57:06 AM

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