

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 015

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	ACCIONANTE/SOLICITANTE DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	Decisión	Fecha de decisión
2022-1978-1	auto ley 906	ACOSO SEXUAL	GERMÁNDARÍOPELÁEZ GÓMEZ	Fija fecha de publicidad de providencia	enero 30 de 2023
2023-0020-2	Tutela 1ª instancia	LUIS FERNANDO VÉLEZ RODRÍGUEZ	Juzgado 2° de E.P.M.S. de El Santuario Antioquia y otros	Niega por improcedente	enero 30 de 2023
2022-1746-2	sentencia 2ª instancia	Concierto para delinquir agravado	Sabino de Jesús Zuluaga Munera y otro	Confirma sentencia de 1° Instancia	enero 30 de 2023
2023-0011-3	Tutela 1ª instancia	MARCELINO NARANJO DUQUE	Juzgado Promiscuo Municipal de Olaya Antioquia y otros	Niega por improcedente	enero 30 de 2023
2023-0073-3	Consulta a desacato	Mónica Marcela Caicedo Ortiz	NUEVA EPS	confirma sanción impuesta	enero 30 de 2023
2022-1955-4	Tutela 2ª instancia	Óber Enrique González Yepes	NUEVA EPS	Confirma fallo de 1° instancia	enero 30 de 2023
2022-1961-4	Tutela 2ª instancia	Ever de Jesús Orozco Grisales	Fiscalía 41 Seccional de La Ceja Antioquia y otros	Confirma fallo de 1° instancia	enero 30 de 2023
2022-1968-4	Tutela 2ª instancia	Martha Elena Gamarra Espejo	NUEVA EPS	Confirma fallo de 1° instancia	enero 30 de 2023
2022-1953-5	Tutela 2ª instancia	Gudiela De Jesús Monsalve Tapias	Comisión Nacional del Servicio Civil y otros	Confirma fallo de 1° instancia	enero 30 de 2023
2023-0013-5	Tutela 1ª instancia	José Dalinger Furniel Díaz	Juzgado 2° de E.P.M.S. de Antioquia y otros	Niega por improcedente	enero 30 de 2023
2022-1710-5	auto ley 906	acceso carnal abusivo con menor de 14 años	Gabriel Antonio Echeverri Rendón	Fija fecha de publicidad de providencia	enero 30 de 2023
2022-2035-5	auto ley 906	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego	Ramón Enrique Echavarría Calle	Fija fecha de publicidad de providencia	enero 30 de 2023

FIJADO, HOY 31 DE ENERO DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, treinta (30) de enero de dos mil veintitrés (2023)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FECHA AUDIENCIA

RADICADO	: 05 001 60 00207 2019 00087 (2022 1978)
DELITO	ACOSO SEXUAL
ACUSADO	GERMÁN DARÍO PELÁEZ GÓMEZ
PROVIDENCIA	DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el inciso 3° del artículo 179 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, atendiendo la disponibilidad de la Sala de Audiencias de la Corporación, fijase como fecha para la realización de la diligencia de lectura de la decisión, para el **MIÉRCOLES OCHO (08) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS 10:00 A.M.**

Es de anotar que conforme con lo autorizado por el artículo Tercero del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, emitido por el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, la audiencia se realizará mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, motivo por el cual, a través de la Secretaría de la Sala, se enviará a las partes oportunamente el link para la correspondiente

conexión.

Por la Secretaría de la Sala entérese de manera oportuna a todas las partes e intervinientes.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado ¹

¹ Puede validar la autenticidad del documento firmado electrónicamente ingresando en la dirección:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/firmaelectronica>

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

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: befb3064554517b7fa94db433a9dc213fa407a6910815466770de85429a34c8a

Documento generado en 30/01/2023 10:28:31 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 050002204000202300012
No. interno: 2023-0020-2
Accionante: LUIS FERNANDO VÉLEZ RODRÍGUEZ
Accionado: JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS DE EL SANTUARIO – ANTIOQUIA y OTRO
Actuación: Fallo tutela de 1º Instancia N° 003
Decisión: NIEGA

Medellín, veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 008

1. EL ASUNTO

Dentro del término legal estipulado en el Decreto 2591 de 1991, procede la Corporación a resolver la acción constitucional de

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

tutela incoada por el señor **LUIS FERNANDO VÉLEZ RODRÍGUEZ** en contra del **JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURDAD DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA** y el **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE ITAGÜI, ANTIOQUIA**, por la presunta vulneración al derecho fundamental del debido proceso.

2.- HECHOS

Manifiesta el accionante que, en el mes de agosto del año 2022, presentó una solicitud de la ejecución de la pena privativa de la libertad en su lugar de residencia o morada al tenor de lo dispuesto en el artículo 38G de la ley 599 de 2000, la cual fue negada el día 20 de septiembre del 2022 por el Juez de Ejecución de Penas. En vista de lo cual interpuso dentro del término el recurso de reposición y subsidio apelación; el juez vigía mantuvo su decisión y el competente para desatar el recurso de alzada confirmó la negativa.

Aduce que, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Itagüí recoge íntegramente la argumentación hecha por el a quo con base en las prohibiciones del artículo 38G del Código Penal y la ley 1098 de 2006, en el numeral 8 del artículo 199; y extiende su argumentación citando el artículo 44 de la Constitución Política que se desarrolla en la normatividad Especial en el artículo 20, numeral 4. Resaltando las prohibiciones del artículo 38G del Código Penal y el artículo 9 de la ley 1098 de 2006. Termina su argumentación manifestando que mi interpretación jurisprudencial es falaz y que la sentencia STP8240-2015 (que yo no cito en ningún aparte de mi sustentación), tampoco aporta argumento alguno a favor del medio impugnatorio.

Señala que, en la presente causa se configura **un defecto sustantivo o material** al desatender y persisten en seguir aplicando una normatividad que pierde validez al darle aplicación al principio de favorabilidad, y al principio de la primacía de la aplicación de la norma expresa o específica sobre la genera, no solo ignorándola, sino, que el Ad quem la llamó "falaz", cuando ella se deriva de la manifestación hecha por la Honorable Corte Suprema de Justicia-Sala Penal de Tutelas-, específicamente en la Sentencia STP-8299, del 24 de junio de 2014, radicado 74.215, citada por otros Honorables Magistrados de la Corte en diferentes sentencias de 3 Tutela para aclarar lo referente a la derogatoria tacita del artículo 32 de la ley 1709 de 2014, al artículo 199, numeral 5 de la ley 1098; entre muchos otros está la Sentencia STP-8240 del 2015, la cual el Ad quem dice que no aporta argumentos al medio impugnatorio, suponiendo de manera caprichosa que la Sentencia STP a la que hace referencia en su escrito petitorio es la STP 8240-2015, cuando en su escrito se refiere a la STP 8299-14.

Arguye que, en la restricción del artículo 199 de la ley 1098 de 2006 el legislador no hizo la respectiva prohibición expresa del sustituto de la prisión intramural por la Prisión Domiciliaria después que el condenado haya purgado el 50% de su pena en un establecimiento carcelario. Y la razón es simplemente lógica, pues la norma del artículo 38G de la ley 599 de 2000 fue creada 8 años después de estas prohibiciones.

Destaca además que, la citadas decisiones violan directamente la constitucional, al considerar que los accionados los accionados violaron su derecho fundamental al Debido Proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política al negarse la posibilidad de analizar su hermenéutica jurídica frente al pronunciamiento

de la Honorable Corte y sí se le da aplicación al principio de favorabilidad, en cambio del desfavorable, por lo que se puede concebir procedente el subrogado penal del artículo 38G del Código Penal, cuando las víctimas son personas menores de 18 años, apoyando tal conclusión en las decisiones Rdo. 80488, STP8442-2016 y la sentencia T-718 de 2015.

.Por lo anterior, solicita el amparo de los derechos invocados y, en consecuencia, se revoque las sentencias que fallaron en contra de las peticiones del actor, y, por ende, se otorgue la Prisión Domiciliaria, acorde a los artículos 38 B y 38 G del Código Penal Colombiano.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA

Luego del traslado de rigor de la tutela con sus anexos, se recibió vía correo electrónico respuesta del **Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia**, en la que informó:

1. *“El señor LUIS FERNANDO VLEZ RODRIGUEZ fue condenado por este Despacho el 27 de septiembre 2017, a la pena de 144 meses de prisión por la conducta de actos sexuales con menor de 14 años, agravado, pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de los derechos y funciones públicas por el término de la pena principal negando el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; u otros beneficios, judiciales o administrativos por expresa prohibición legal del artículo 68º, modificado por el art. 32 de la Ley 1709 de 2014.*

2. *Provisto que fue confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín mediante sentencia del 24 de septiembre de 2018.*
3. *Mediante auto interlocutorio del 20 de septiembre de 2022, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Santuario, Antioquia, negó la prisión domiciliaria, debido a la prohibición contenida en el numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006. Por similares motivaciones, este Despacho resolvió confirmar la providencia del Juez ejecutor, pues la conducta se encuentra prohibida expresamente tanto en el artículo 38G del estamento penal (artículo en el que fundamento la solicitud), como en el numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.*
4. *Sin más que anotar, se indicara respetuosamente que la acción de tutela no es procedente en este evento y que en todo caso la decisión ha sido tomada conforme a la normatividad vigente y con el actuar de este Juez no se vulneran los derechos fundamentales del condenado*

Por lo anteriormente expuesto, se solicita negar por improcedencia, la protección constitucional, en atención a que, se respetaron las garantías constitucionales y legales al accionante.”

Por su parte el **Juzgado Segundo de Ejecución de Pena y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia**, en respuesta allegada dentro del término legal, indicó lo siguiente:

“A esta Oficina Judicial le correspondió por reparto el control y vigilancia

de la causa adelantada en contra de LUIS FERNANDO VELEZ RODRIGUEZ con el radicado N° 05360-60-60990-57-2014-04384, el cual se avocó el 29 de marzo de 2021; observando dentro del paginario:

Que por hechos acaecidos el 27 de septiembre de 2014, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Itagüí – Antioquia, condenó el 27 de septiembre de 2017 a LUIS FERNANDO VÉLEZ RODRÍGUEZ, a la pena de CIENTO CUARENTA Y CUATRO (144) MESES DE PRISIÓN e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por haber cometido el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO. Negando la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria, misma que fue confirmada en segunda instancia por la Sala Penal del el Tribunal Superior de Medellín - Antioquia el veinticuatro (24) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

En las peticiones elevadas al Juzgado se puede avizorar que, mediante providencia N° 188 y 189 del 7 de mayo de 2021 se negó el beneficio de la libertad condicional al encontrarse inmerso en la prohibición legal contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 por expresa prohibición legal, decisión que fue objeto del recurso de apelación, el cual fue confirmado por el aquem en providencia del 27 de julio de 2021, y frente a los cuales interpuso acción constitucional n° 05000-22-04-000-2021-00506 del Tribunal Superior de Antioquia con fallo del 7 de septiembre de 2021 en donde se negó la misma. Que el penado solicitó nuevamente el estudio del citado beneficio el cual en auto interlocutorio N° 1922 del 22 de diciembre de 2022 se despachó desfavorable con el mismo sustento jurídico, providencia que fue objeto del recurso de apelación, el cual se desato mediante decisión del 24 de enero de 2022, en donde el fallador mantuvo su posición, y sobre la cual interpuso nuevamente acción de tutela n° 2022-0555-3 en donde nuevamente el Tribunal Superior de Antioquia negó la referida. Que solicitó el estudio del mecanismo

sustitutivo de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G del CP, la cual se resolvió el 20 de septiembre de 2022 en auto interlocutorio N° 2175, y en la cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación, en donde el este juzgado frente al primero mantuvo su postura, y frente al segundo, el fallador el 17 de noviembre de 2022 confirmó la decisión objeto de disenso.

Ahora, en cuanto a los hechos expuestos por el accionante en el escrito de tutela, y en atención al objeto de la pretensión contenida dentro de la acción constitucional presentada por el señor LUIS FERNANDO VÉLEZ RODRÍGUEZ, se advierte que, esta oficina judicial ha dado respuesta a todas las peticiones realizadas por el condenado en pro de las garantías que le asisten, observando dentro del proceso que a la fecha no existen peticiones pendientes por resolver, y que la última decisión que se profirió fue sobre la petición del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria de la que trata el artículo 38G del CP, respuesta que se sustentó atendiendo el delito por el cual fue condenado el señor VELEZ RODRIGUEZ el cual es ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO, circunstancia que impidió el reconocimiento, ello conforme lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 y las exclusiones se encuentran taxativamente descritas en artículo 38G del CP entre otras “delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”.

De manera que, en virtud de la norma en cita la cual a la fecha se encuentra vigente, pues la misma no ha sido derogada, esta oficina Judicial por medio de la providencia señalada, negó al condenado el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal, decisión que se sustentó en argumentos razonables que eliminan cualquier viso de arbitrariedad que le haga perder legitimidad o su condición de verdadera decisión judicial.

También debe el Despacho precisar que pretende el accionante que por vía de tutela le sea otorgado el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria de la que trata el artículo 38G del CP, ello atendiendo que éste muestra inconformidad con los criterios tenidos en cuenta por la Judicatura al negarle tal mecanismo, asunto que fue resuelto mediante en las providencias antes señaladas.

Es así como se indicó en pretérita oportunidad, que las decisiones emitidas por este Despacho se encuentran debidamente argumentadas, fundamentadas y ajustadas en derecho, por lo cual no están inmersas en una vía de hecho y en consecuencia esta Sede Judicial no ha vulnerado derecho fundamental alguno al señor LUIS FERNANDO VÉLEZ RODRÍGUEZ, por lo que de manera muy respetuosa le solicito denegar el amparo solicitado, dada su improcedencia, atendiendo el carácter subsidiario y residual de la acción constitucional.

Entonces, como puede evidenciarse, el Despacho no ha vulnerado garantías fundamentales al condenado LUIS FERNANDO VÉLEZ RODRÍGUEZ, por lo que comedidamente le solicito negar la acción constitucional de la referencia."

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia

La Sala es competente para resolver la acción, en términos del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, y los decretos 2591 de 1991 artículo 37 y 1382 de 2000, numeral 2º, en atención a la calidad de la entidad accionada.

4.2 Problema Jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si es procedente amparar el derecho fundamental al debido proceso invocado por el señor LUIS FERNANDO VÉLEZ RODRÍGUEZ, quien considera es merecedor del beneficio dispuesto en el artículo 38G de la ley 599 de 2000, al no encontrarse el mismo dentro de las prohibiciones dispuestas en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006, requiriendo en ese sentido, la revocatoria de las decisiones que en sede ejecución de la ejecución le negaron tal beneficio, requiriendo segunda instancia y, por vía de este amparo constitucional, conceder el sustituto deprecado.

Frente al amparo de tutela, la Honorable Corte Constitucional colombiana, ha manifestado de manera exhaustiva que el amparo a la tutela es tanto un mecanismo subsidiario regulado para salvaguardar y proteger aquellos derechos fundamentales que están siendo violentados al afectado, de una consumación.

El artículo 86 Constitucional, indica de manera clara y expresa, que, *“toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública...”*.

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, de suerte que, debe verificarse en primer lugar, si la acción constitucional cumple con los requisitos de procedibilidad dispuestos por la Corte Constitucional, que, entre otras decisiones, dispuso en la sentencia SU- 332 de 2019, lo siguiente:

(...)

Requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

8. La Corte en la **Sentencia C-590 de 2005** buscó hacer compatible el control por vía de tutela de las decisiones judiciales, con los principios de cosa juzgada, independencia y autonomía judicial y seguridad jurídica. Por ello estableció diversas condiciones procesales para la **procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que deben superarse en su totalidad, a fin de avalar el estudio posterior de las denominadas causales específicas de procedibilidad. Tales condiciones son: (i) que la cuestión sea de relevancia constitucional^[58]; (ii) que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance^[59]; (iii) que se cumpla el principio de inmediatez^[60]; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en el proceso^[61]; (v) que se identifiquen, de manera razonable, los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales^[62] y (vi) que no se trate de una tutela contra otra tutela^[63].**

(...)

Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

10. Ahora bien, frente a las causales específicas de procedibilidad, esta Corporación ha emitido innumerables fallos^[67] en los cuales ha desarrollado jurisprudencialmente los parámetros a partir de los cuales el juez pueda identificar aquellos escenarios en los que la acción de tutela resulta procedente para controvertir los posibles defectos de las decisiones judiciales, para con ello determinar si hay o no lugar a la protección, excepcional y restrictiva, de los derechos fundamentales por vía de la acción de tutela^[68]. Producto de una labor de sistematización, en la **Sentencia C-590 de 2005** se indicó que puede configurarse una vía de hecho cuando se presenta alguna de las siguientes causales:

- **Defecto orgánico** que ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia.
- **Defecto procedimental absoluto** que surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley.
- **Defecto fáctico** que se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión.
- **Defecto material o sustantivo** que tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión.
- **El error inducido** que acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales.
- **Decisión sin motivación** que presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan.

Debe entonces la Sala, previo a estudiar de fondo la presente actuación constitucional, verificar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad generales y específicos de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Así las cosas, en lo que atañe a los requisitos generales tenemos que:

- Se está en presencia de una **cuestión de relevancia constitucional** en tanto se discute la vulneración al derecho fundamental debido proceso, como quiera que, según advierte el accionante, debe darse aplicación al principio de favorabilidad y al principio de primacía sobre la norma expresa o específica sobre la general, al considerar que el artículo 38G no esta restringida para los condenado por delitos sexuales cuando la victima es una menor de edad, materializándose tal vulneración en su sentir, al no analizarse de fondo la interpretación que realiza de la norma en cita de cara a la decisión STP 8299-14.
- En la presente actuación el accionante solicitó ante El juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G del C.P., misma que fue despachada desfavorablemente mediante auto interlocutorio N° 2175 del 20 de septiembre de 2022. Frente a esta actuación el actor **interpuso los recursos de reposición y apelación**, manteniéndose frente al primero de ellos, la decisión emitida por parte del Juzgado que vigila su pena y, frente al segundo, la confirmación de tal negativa mediante N°60 del 17 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia.
- Tal como se desprende del párrafo que antecede, las decisiones

objeto de estudio datan del mes de septiembre y noviembre de 2022, cumpliéndose así el requisito de **procedibilidad de inmediatez**.

- Señala el accionante que las decisiones atacadas no se encuentran acorde con la normatividad aplicable ni con la jurisprudencia propia del caso, que permiten en su sentir la concesión del beneficio deprecado—prisión domiciliaria 38G del C.P.—
- Identificó el accionante los yerros de las decisiones atacadas, aduciendo que la motivación que dio lugar a la negativa de la concesión de la prisión domiciliaria —38G ibidem— no se compadecen con la normatividad vigente y la jurisprudencia aplicable al caso, pues en su sentir la prohibición contenida en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006, no se extiende al citado beneficio.
- No se esta en presencia de una tutela en contra tutela.

Ahora, lo que atañe al a los requisitos específicos de procedibilidad de tutela contra providencia judicial, se extrae de la argumentación aducida por el accionante, que lo discutido en esta actuación se ciñe a la fundamentación que dio origen a la negativa del beneficio deprecado, al considerar que la prohibición dispuesta en el artículo 199 en la ley 1098 de 2006, no es aplicable a la prisión domiciliaria dispuesta en el artículo 38G del C.P., en ese sentido, advierte la Sala que su argumentación se encuadra en la causal de **defecto material o sustantivo**.

Verificado entonces, el cumplimiento de los requisitos generales y específicos de tutela contra sentencias judiciales, procederá la Sala a estudiar la solicitud del accionante relacionada con la revocatoria de la decisión del Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario de fecha 20 de septiembre de 2022, por medio de la cual se niega la solicitud de prisión domiciliaria dispuesta en el artículo 38G

del C.P., la citada determinación fue confirmada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, mediante proveído del 17 de noviembre de igual año. La razón, el beneficio deprecado tiene prohibición expresa al tenor de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 199 de la ley 1098 de 2006, como quiera que fue condenado por la conducta de actos sexuales con menor de 14 años.

El accionante inconforme con la citada decisión, luego de interponer de manera infructuosa los recursos de ley en contra de la misma, acude a este mecanismo constitucional para nuevamente debatirla, en tanto considera que el beneficio de la prisión domiciliaria establecido en el artículo 38G, no se encuentra contenida en la prohibición antes señalada, ello de acuerdo a la decisión STP 8299 de 2014 de la Corte Suprema de Justicia y de la cual concluye que, aquella prohibición solo opera para delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, cuando la víctima es una persona mayor de edad.

Bajo este panorama, es evidente el yerro del accionante al extraer tales conclusiones de la sentencia de tutela SP 8299-14, pues la misma se centró en la vigencia del numeral 5° artículo 199 de la ley 1098 de 2004 de cara al párrafo 1° del artículo 32 de la ley 1709 de 2014, llegando a una conclusión totalmente diferente a la arribada por el accionante, en tanto quedó claro que la prohibición de subrogados contenida en el artículo 199 ibidem —cuando la víctima es un menor de edad—, se encuentra vigente, veamos:

“Como meridianamente se puede observar, el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 no fue derogado tácitamente por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, pues este fenómeno jurídico sólo acontece cuando la

disposición nueva no es conciliable con la anterior, lo cual no ocurrió en el presente caso, toda vez que la exclusión de beneficios contenida en la última regla, sólo incorporó algunos delitos para los cuales no procedían la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria -dentro de los cuales enlistó aquellos contra la libertad, integridad y formación sexuales-, dejando incólumes aquellas disposiciones normativas que regulan el subrogado de la libertad condicional, más aún cuando aquellas se encuentran revestidas de tal especificidad como lo es el caso de los delitos en los que la víctima sea un menor de edad.

En consecuencia, lo que en últimas hizo el párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 1709 de 2014 fue establecer que la libertad condicional prevista en el artículo 64 del Código Penal no se encuentra vedada para aquellos que hubieran sido condenados por los punibles relacionados en el párrafo 1° ibídem, **dentro de los cuales no se incluyeron aquellos que atenten contra la libertad, integridad y formación sexual cuando la víctima sea un menor de edad, de manera que, resulta apenas obvio, cuando se trate de este tipo de infracciones, la prohibición continúa vigente.**

Ahora bien, si se analiza con detalle la redacción de la norma cuya aplicación pretende el demandante, se advierte que en la misma se autoriza la concesión del subrogado de la libertad condicional para aquellos que hubieran sido condenados por un delito contra la libertad, integridad y formación sexual, **sin que allí se determine un sujeto pasivo en particular como sí ocurre con el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 en el que claramente se especifica que no procede el**

subrogado pretendido cuando la conducta sea cometida en un menor de edad.

Así las cosas, en el caso objeto de análisis ni siquiera habría lugar a aplicar «las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes» contenidas en la Ley 153 de 1887, pues para que tal disposición normativa cobre vigencia, se debe partir de la premisa de la existencia de una «incongruencia en las leyes, u ocurrencia oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecer el tránsito legal del derecho antiguo a derecho nuevo (...)» y como bien se puede observar, los artículos 199 de la Ley 1098 de 2006 y 32 de la Ley 1709 de 2014 son válida y jurídicamente conciliables en tanto que, se reitera, el uno establece una circunstancia específica que configura la prohibición para acceder a la libertad condicional -que la conducta por la cual se condenó se hubiere cometido en un menor de edad- y el otro, por el contrario, establece un presupuesto de hecho de carácter general que se contrae a que se trate de un punible contra la libertad, integridad y formación sexual cometido sobre una persona que no sea menor de edad.» NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

Así las cosas, no es posible aplicar el principio de favorabilidad deprecado por el accionante en punto de una interpretación más favorable que permita la concesión del subrogado de la prisión domiciliaria encuadrado en el artículo 38G del C.P., ello en virtud de no solo de la vigencia del artículo 199 de la ley 1098, aplicable a su caso al haber sido condenado por el punible de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO**, también, porque la interpretación dada la sentencia de tutela que en la que fundamenta esta acción es errada y, en ese sentido, a pesar

de la insatisfacción del accionante con la decisión de las autoridades demandadas, refulge con nitidez que aquellas son el resultado del desarrollo del principio de autonomía e independencia judicial —artículo 228 C.N.— y sobre todo de legalidad, al no contrariar mandatos constitucionales y legales, y mucho menos, quebrantar derechos fundamentales, pues obedece al estudio de los presupuestos que la normatividad aplicable exige, por manera que, **la acción de tutela no puede convertirse en un recurso adicional para debatir las decisiones que en debida forma se expidieron por el juez natural.**

Sean estos argumentos suficientes, para **NEGAR** la tutela impetrada por el señor **LUIS FERNANDO VÉLEZ RODRÍGUEZ.**

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

5. RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la tutela impetrada por el señor **LUIS FERNANDO VÉLEZ RODRÍGUEZ**, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación el cual deberá interponerse dentro del término de ley.

TERCERO: Una vez en firme, se ordena la remisión del cuaderno original ante la Honorable Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**(En permiso)
MARIA STELLA JARA GUTIÉRREZ
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

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: **d55001c0c58d756eaedb003d7770f6b87e9bc1da9cb9630c3bcf1c286ff6316e**

Documento generado en 27/01/2023 03:47:09 PM

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

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



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

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Rdo. Único: 050016000000202200472
No. Tribunal: 2022-1746-2
Procesado: SABINO DE JESÚS ZULUAGA MUNERA
Delito: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO
Decisión: CONFIRMA

Medellín, veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado según acta Nro.007

1. ASUNTO

Resuelve la Sala la apelación interpuesta por la defensa del procesado Sabino de Jesús Zuluaga Munera, en contra de la sentencia condenatoria emitida el pasado 21 de octubre de 2022, producto de un preacuerdo por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante la cual impuso el encartado las penas de 48 meses de prisión, multa de 1350 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un

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

término igual al de la pena de prisión, sin concederles subrogado o sustituto alguno, tras encontrarlo responsable como coautor del delito de concierto para delinquir agravado.

2. HECHOS

Acorde con la decisión que tomará la Sala, se traen a colación los hechos que fueron narrados en la sentencia de primera instancia:

Se logró determinar que entre los Municipios de San Pedro de los Milagros, Belmira y Entreríos, Sopetrán, Santa Fe de Antioquia, Sabanalarga, Liborina y Buriticá del Departamento Antioqueño, desde el año 2015 hasta marzo de 2021, existe un grupo armado organizado denominado Autodefensas Gaitanistas de Colombia o "Clan del Golfo", estructura Juan de Dios Úsuga David con permanencia en el tiempo, línea jerárquica de mando y asentamiento en territorio definido, con división de roles, dedicados a la comisión de delitos como homicidios, desplazamiento de personas, extorsiones y tráfico de estupefacientes.

Dentro de sus integrantes se encuentran, entre otros SABINO DE JESÚS ZULUAGA MÚNERA alias "Sabino" quien desde el año 2015, perteneció a la organización hasta el momento de su captura el 7 de marzo de 2021 y cuya función era ser punto o campanero en el municipio de San Pedro de los Milagros, informando a la organización cuando pasaba la fuerza pública.

Igualmente, DAIRO DE JESÚS PINEDA TOBÓN "alias Mangarria", quien desde el año 2017 respectivamente, perteneció a la organización hasta el momento de su captura el 7 de marzo de 2021 y su función era cobrar las extorsiones a los mototaxis, camioneros y chiveros; además se encargaba de avisar a los comandantes de la organización los movimientos de la fuerza pública y en su vehículo Renault 9 color azul, transporta a los integrantes de la organización, más a que a los comandantes de los pueblos".

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por tales sucesos, el 8 de marzo de 2021 ante el Juzgado Cuarto Municipal Ambulante con Funciones de Control de Garantías de Antioquia, se llevó a cabo audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de los ciudadanos Sabino de Jesús Zuluaga Munera y Dairo de Jesús Pineda Tobón, siendo imputada la coautoría del punible de concierto para delinquir agravado, además de que se hiciera pesar en su contra medida de aseguramiento privativa de la libertad en su domicilio.

Prosiguiendo con la fase procesal correspondiente, , la Fiscalía Especializada radicó escrito de acusación con el SPOA matriz, correspondiendo la causa por reparto inicialmente al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, luego fue remitida a este despacho judicial en virtud del Acuerdo PCSJA21-11869, no obstante, antes de llevarse a cabo la audiencia de acusación, se varió el objeto de la diligencia, manifestando la delegada del ente acusador el haber llegado a un acuerdo con el procesado, los señores Sabino De Jesús Zuluaga Múnera y Dairo de Jesús Pineda Tobón, debidamente asesorados por sus defensores, aceptaron de manera libre y consciente los cargos como coautores del delito de Concierto Para Delinquir Agravado (artículo 340 inciso 2° CP), en contraprestación, la Fiscalía degrada la conducta aplicando la ficción legal de la complicidad para efectos punitivos exclusivamente, pactando para cada uno de ellos una pena de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y multa de 1350 SMLMV.

Una vez revisados los términos de negación, la judicatura se pronunció aprobando los términos acordados, decisión que no fue recurrida por las partes.

Luego de ello, el pasado 21 de octubre de esta anualidad, se dio lectura a la decisión de condena, misma que fuera apelada por la defensa, concretamente, frente a la no concesión de la prisión domiciliaria.

4. LA DECISIÓN APELADA

La sentencia fue proferida el 21 de octubre de la anualidad que avanza. En dicho proveído la juez de primera instancia dispuso: i) declarar que Sabino de Jesús Zuluaga Múnera y Dairo De Jesús Pineda Tobón es coautores responsables de la conducta de concierto para delinquir agravado; ii) condenarlos a las penas principales de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, multa de 1350 SMLMV iii) imponer como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal; iv) no conceder subrogado ni sustituto penal.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa del acusado reclamó la decisión de primera instancia en lo exclusivamente relacionado con la negativa a concederle la prisión domiciliaria, por ser padre cabeza de familia, tal como lo indica, el artículo 38B del Código Penal.

Discurrió del análisis de la a-quo, pues debe valorarse la situación personalísima, particular, e individual del núcleo familiar conformado por el señor Sabino de Jesús Zuluaga Munera, y la señora Eliana Andrea Torres - madre de sus hijos, quien, por ejercer el oficio de la prostitución, debe desplazarse a otros países, dejando a sus hijos menores desprotegidos, por lo cual el procesado debe hacerse cargo de su manutención y cuidado personal.

Ahora, si bien se demostró que los menores de edad quedan al cuidado de su tía, la señora Magdalena Zuluaga Munera, aquella debe estar al pendiente de su madre y su cuñado. La primera es una persona de la tercera edad, con problemas de salud y el segundo, con Alzheimer avanzado, impedido para desarrollar cualquier actividad, siendo insuficiente el apoyo que le presta la señora Zuluaga Munera, al cuidado y acompañamiento que le dispensa a los hijos menores del encausado.

Para el recurrente, si bien es cierto, la mamá de los menores, señora Eliana Andrea Torres, existe y está allí, en este caso, ella en razón de su situación laboral de meretriz, debe ausentarse por periodos de tiempo a otros países y continentes, quedando los menores al cuidado de su tía, quien no puede prodigarles la atención debida, debiendo atender a sus otros familiares, cuestionando el impugnante ¿Qué pasa entonces con los menores? Frente lo cual manifiesta, que quedan desprotegidos, con una deficiencia sustancial, respecto a lo predicado por el orden jurídico colombiano.

Por último, estima que con la decisión de primera instancia se desconoce que una de las finalidades de la pena es la resocialización la que es dable conseguir a través de instrumentos de entidad menos gravosa que la privación efectiva de la libertad en centro de reclusión, como lo es a través de la prisión domiciliaria, sin que la resocialización pierda por ello la importancia de su significación, pues someter al acusado al rigor de un centro carcelario se traduciría en la causación de un perjuicio personal y de su núcleo familiar, a cambio de imponer una sanción más severa, pues *“no se trata de la cárcel bajo la ley del talión, sino construir un mecanismo para una sociedad más justa. Por eso es necesario mirar no solo la pena, sino todas las variables involucradas, incluidos los derechos de los menores de edad, quienes gozan de una protección reforzada”*.

Con esos argumentos, solicitó que se modifique la decisión de primera instancia en el sentido de otorgar al condenado la prisión domiciliaria.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

Competente como es la Corporación para conocer de la contención en este caso presentada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

6.2. Caso Concreto

Le corresponde a la Colegiatura determinar en esta oportunidad si el sentenciado Sabino Zuluaga Munera reúne los requisitos para ser considerado como cabeza de familia, de tal manera que se le deba conceder en sede de segunda instancia el mecanismo sustitutivo de la prisión intramural por domiciliaria, para que de esta manera pueda asumir el cuidado de sus hijastros, de quienes afirma, se encuentran carentes de ayuda y protección para satisfacer sus necesidades mínimas.

Dicho lo anterior, la Sala se encargará de examinar si se reúnen los requisitos establecidos en la ley para sustituir la pena intramural por prisión domiciliaria, por virtud de la calidad de padre cabeza de familia.

El artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, establece lo siguiente:

Jefatura Femenina de Hogar. *Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios socio-demográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.*

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u

otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

En la sentencia SU-388 de 2005, la Corte Constitucional señaló:

*(...) para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que **haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.** (negrilla fuera del texto).*

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 750 de 2002², en punto de los requisitos para conceder la sustitución de la prisión, establece:

La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional

² Norma declarada exequible por la sent. C-184 de 2003, en el entendido que el derecho puede ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia.

*Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.
(...)*

Del contenido de las normas transcritas es palmario que la prisión domiciliaria por la calidad de madre o padre cabeza de familia, opera cuando la persona condenada tiene a cargo hijos menores, como también cuando constituye el **único soporte** de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien por su edad o por problemas graves de salud. Lo anterior, siempre y cuando se verifiquen los requisitos consagrados expresamente en la norma que se acaba de transcribir.

Ahora, respecto a la prevalencia del interés superior del menor, es importante recordar que su observancia no releva al juez de verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados por el legislador en relación con el sustituto de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia, en tanto, no existen derechos absolutos.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia ha señalado:

El debido respeto al interés superior del menor no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos. Y dejar como único requisito de la detención o prisión domiciliaria para los padres o madres cabezas de familia la constatación de la simple condición de tal, convierte en absoluto el derecho del menor a no estar separado de su familia, y además en detrimento de unos institutos (la detención preventiva en centro de reclusión y la ejecución de la pena en establecimiento carcelario) que no sólo atienden a principios y

valores constitucionales (como la paz, la responsabilidad de los particulares y el acceso a la administración de justicia de todos los asociados), sino que deben ser determinados por las circunstancias personales del agente, motivo por el cual tienen que ser ponderadas en todos los casos. (CSJ, SP, 15 Mar, 2006. Rad. 45322).

Así las cosas, la defensa argumentó que Zuluaga Munera es padre de dos infantes Yurany Andrea y Matías, ambos menores de edad, y aun cuando cuentan con la presencia de su madre, quien, a su vez, es su actual pareja sentimental “la madre de los menores ejerce un oficio, la prostitución, y en razón de ello viaja con frecuencia a otras latitudes. Este hecho obviamente es el desencadenante de la desprotección de estos menores, y esta realidad riñe con la decisión tomada por el Despacho, respecto al no otorgamiento de la detención domiciliaria del Sentenciado”.

Es decir, el defensor planteó, por una parte, la existencia de una incapacidad física por parte de la madre de los menores *para* asumir la labor que él venía realizando al interior de su hogar y, por otra, la deficiencia sustancial de ayuda por parte algún otro familiar, a efectos de suplir las necesidades básicas de su domicilio, lo que, en consecuencia, en su sentir, afecta la estabilidad emocional, física, personal, familiar y económica de los menores.

Contrario a lo manifestado en la alzada, los requisitos de necesaria acreditación no fueron demostrados, así como tampoco emergió desvirtuada la argumentación que expuso el

a quo para no reconocer al procesado la calidad de padre cabeza de hogar.

Explíquese, no es el hecho de ser padre de un menor lo que habilita a hacerse al beneficio, pues lo que se exige es que el menor de edad, requiera, con demostración concreta, de ese padre para su subsistencia y que materialmente no haya otra persona que pueda suplir esas necesidades, es decir, que tenga el grupo familiar a su exclusivo cargo, al punto que como consecuencia de la privación de la libertad y ante la ausencia de pareja o de otros parientes, los menores sometidos a su cuidado, protección y manutención, quedan sumidos en el desamparo y abandono.

Ello, porque sólo en dichos eventos y en aras de los derechos fundamentales de los menores, se justifica la imposición de una forma más benigna de reclusión para permitirle al señor Sabino de Jesús cubrirla sin quebranto en la continuidad del rol familiar.

Aclárese, no se duda de los derechos de los niños a la protección integral, como lo plantea el opugnante, precisamente jurisprudencialmente se ha considerado que los derechos de los niños, niñas y adolescentes no son absolutos, y que la separación familiar está justificada en el derecho internacional, por ejemplo, cuando cada uno de los padres ha incurrido en actividades ilícitas, lo cual, de paso debe armonizarse con lo dispuesto en el Código de Infancia y Adolescencia.

Con todo lo dicho, sin mayores elucubraciones no se acreditó la ausencia permanente o el total abandono por parte de sus parientes cercanos, máxime cuando se da por sentado que cuentan con su madre Eliana Andrea Torres, quien deberá colaborar en la manutención y cuidado de los menores, pues claramente no se demostró que este en incapacidad física para hacerlo o que tenga algún otro tipo de impedimento que imposibilite cumplir con sus responsabilidades.

No se discute, además que el señor Sabino de Jesús Zuluaga posiblemente haya ostentado la dirección del hogar o que su presencia pudiera garantizar mejores condiciones de vida a sus hijos, sin embargo, debe reiterarse que conforme ha sido expuesto en precedencia, la normativa que pretende aplicarse consagra dicho derecho para aquella persona que ostenta la condición de ser la *única* que pueda encargarse de la protección, manutención y cuidado de aquel incapacitado para trabajar; lo cual no resultó probado en este caso, por cuanto aún subsiste la madre, persona que esta en capacidad de protegerlos, cuidarlos y brindarles el afecto requerido, especialmente que no se ha acreditado que se encuentre en condiciones que le impidan velar por los derechos de sus hijos. Además de existir, la tía de aquellos, señora Magdalena Zuluaga Munera, persona que se ha venido haciendo cargo de ellos.

Y no es que se desconozca el valor probatorio de los documentos que presentó la defensa para reclamar el sustituto penal analizado en favor de su prohijado, sólo que el contexto nos muestra que carecen de la vocación legal para presentarlo

como padre cabeza de familia en los precisos términos de los preceptos citados en precedencia, además de que tampoco demuestran que la integridad de los menores se encuentre en peligro. La Colegiatura no desconoce los sentimientos de tristeza, desamparo y soledad que puedan llegar a presentar los infantes ante la detención de su padre, sin embargo, le corresponde al núcleo familiar que se encuentra presente acudir en procura de brindarle un mayor bienestar afectivo a los niños.

En una situación similar a la que hoy consulta el análisis de la Corporación, la Jurisprudencia³ expuso:

Así, por ejemplo, el Tribunal señaló que:

Al analizar lo acreditado por la defensa (...) no están dadas las condiciones necesarias requeridas para el reconocimiento de la condición de padre cabeza de familia (...) en la medida en que el cuidado de sus menores hijos (...) quedan en este caso a cargo de la progenitora (...) lo que a todas luces es indicativo de que los niños no están en situación de abandono ni descuido y si bien se ha presentado una declaración extraproceso rendida por el procesado en donde afirma que responde económicamente por sus menores hijos y su señora madre, con ello no hay demostración de la incapacidad o inhabilidad de [su cónyuge] para asumir el cuidado de sus hijos, aunado a que en ningún momento se acredita que ella no pueda ejercer la atención necesaria y brindar adecuada protección a sus hijos, toda vez que no hay evidencia de que ésta se encuentre en situación inhabilitante que le impida trabajar y darles la protección necesaria...

En efecto, el Ad-quem indicó que al interior del proceso se

³ AP2569 de 2020. Radicado 51284.

encontraban declaraciones extraproceso que aseguraban que tanto la madre como la cónyuge y los menores hijos dependen económicamente de los ingresos que recibe el condenado, demostrándose que la señora ROSA ELENA ALVAREZ es la madre de los menores y es quien los cuida y con quien conviven, es decir, los niños no están en condición de riesgo o peligro con la detención intramural del padre, por lo que no logró acreditarse que la privación de la libertad del padre ponga en estado grave de indefensión y abandono a los menores, situación que permite señalar que ella debe en este momento prodigarles el cuidado y protección que requieren sin que evidencie situación que le impide asumir esa asistencia personal de sus hijos.

Al margen de lo expuesto, es importante precisar que la postura que acoge la decisión atacada sobre las exigencias para el otorgamiento de la prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia, consulta la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia⁴ en el sentido que esta condición no puede hacerse depender exclusivamente del apoyo económico, como equivocadamente pareciera entenderlo el opugnante.

Dígase además, que para esta Magistratura resulta contradictorio que el progenitor, a través de su defensor, invoque la protección de sus hijos menores, al pretender la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, cuando ha sido él quien colocó en peligro a sus descendientes al integrar una estructura delincencial, del talante como lo es, el "clan del golfo". No debe olvidarse que esta medida sustitutiva fue creada para el beneficio de los hijos menores de la persona detenida, motivo

⁴ cfr. CSJ AP 4330-2019, CSJ SP 4945-2019, entre otras.

para que sea inverosímil que el padre la invoque después de perpetrar un comportamiento que pone en riesgo la integridad física y moral de sus hijos menores.

El solo hecho de que Sabino de Jesús Zuluaga Munera, hiciera parte del entramado criminal del Clan del Golfo constituye un peligro o riesgo para sus hijos menores, en razón de que en cualquier momento pueden ser objeto de un enfrentamiento o de traslaciones por parte de sus enemigos, además de nunca pensar en las condiciones de su detención intramural y solo hasta ahora, los trae a colación, para elevar la presente solicitud, y así burlarse de la sanción carcelaria impuesta.

No existe duda alguna que el peor ejemplo que pueden recibir los menores Yurany Andrea y Matías proviene de su propio progenitor, ya que integrar la estructura criminal de las Autodefensas Gaitanistas de Colombia o "Clan del Golfo", sirviendo de informante sobre el paso de la fuerza pública por el corredor vial del municipio de San Pedro de los Milagros, no es una acción que pueda servir de fundamento en su educación o formación, por el contrario, es algo que le representa serios inconvenientes en su vida futura.

Entonces, de las anteriores circunstancias se infiere que, si bien se alegan dificultades para la asistencia que demande la asistencia y cuidado de sus hijos menores, se tiene que en realidad se cuenta con otros miembros de la familia que pueden asumir su cuidado, ante la ausencia del señor sabino de Jesús Zuluaga Munera en virtud de su detención.

En conclusión, no se percibe que esté demostrada la ausencia de la ayuda de otros miembros del grupo familiar para el cuidado de los niños, de manera que no se demuestra por ahora la calidad de padre cabeza de familia del señor Sabino de Jesús, lo que conduce a que la decisión de primera instancia en ese sentido también sea confirmada.

De otro lado, plantea el impugnante la procedencia de la inaplicación de la pena de prisión intramural para que sea sustituida por la domiciliaria, pues, en su sentir, la finalidad de la resocialización se cumpliría a cabalidad mediante una ejecución de la sanción menos gravosa a la privación de la libertad en establecimiento penitenciario.

Sin embargo, lo así planteado colisiona con la libertad de configuración que tiene el legislador para definir la política criminal en lo que concierne al modo como se reprime la comisión de ciertas conductas que reputa o entiende que afectan significativamente el orden social y que, por ende, ameritan tratamiento penitenciario, como es el caso del delito de concierto para delinquir, al cual se le asignó una exclusión directa que desborda el límite consagrado para la concesión de la prisión domiciliaria como presupuesto objetivo de procedencia.

Por fuerza del imperio de la ley, a la cual estamos sometidos todos los funcionarios judiciales, valorado el asunto por el legislador para vedar la concesión de subrogados, así sea de una manera abstracta y general, se carece de potestad para

variar en el caso concreto lo dispuesto en la norma, la que por demás no se percibe que contraría la Constitución Política, ni que razones de orden superior o de principios jurídicos impongan otra solución.

A la sazón, si bien el opugnante alude, en lo que concierne a la exhortación del principio de necesidad de la ejecución de la pena o la justicia, también es cierto, que el mismo no explica cómo puede el intérprete desentenderse del claro y expreso mandato legal de la no procedencia de la prisión domiciliaria, ni precisa mandatos constitucionales o convencionales que se vulneren o principios generales del derecho que obligan a su inaplicación.

Entonces, además de que el recurrente no explica ni mucho menos argumenta cómo puede la Magistratura desatender el mandato expreso del legislador, no cuestiona su razonabilidad ni su libertad de configuración precisa en el evento; solo da por sentado precisamente lo que debe demostrarse, es decir, que en todos los casos puede hacerse la valoración subjetiva de la procedencia del subrogado, configurando una clara petición de apertura.

En suma, revisados los motivos de impugnación, encuentra la Sala que la sentencia de primer grado debe ser confirmada. No obstante, es menester dejar sentado que la gravedad de la conducta atribuida al procesado no desborda la propia del delito, dejándose así abierta la posibilidad para que en su momento el juez de ejecución de penas y medidas de

seguridad decida sobre el otorgamiento o no de la libertad condicional, previa verificación del cabal cumplimiento de los demás requisitos exigidos para su procedencia.

Con base en lo que viene entendiéndose, y ante la claridad de la vigencia de la norma prohibitiva de conceder beneficios administrativos, sustitutos y/o subrogados penales a condenados por delitos como concierto para delinquir, entre otros, fuerza confirmar la decisión venida en apelación, por su inocultable corrección jurídica.

En los anteriores términos, se negará al procesado SABINO DE JESÚS ZULUAGA MUNERA el sustituto de la prisión domiciliaria, al no concurrir los requisitos establecidos en la ley.

Sin necesidad de más consideraciones, con fundamento en los argumentos expuestos, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

7. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el 21 de octubre de 2022, por medio de la cual rechazó la solicitud de prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia, elevada a favor del señor Sabino de Jesús Zuluaga Munera.

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

COPÍESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**(EN PERMISO)
MARIA ESTELLA JARA RODRIGUEZ
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

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: **e1761ab5d870d7bf0bc2fb8aded4a2ca8c773f84db5010d7f12b1fa81afd37e3**

Documento generado en 27/01/2023 03:45:55 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: 05000-22-04-000-2022-00007-00 (2023-0011-3)
Accionante: MARCELINO NARANJO DUQUE
Accionados: Juzgado Promiscuo Municipal de Olaya
Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán
Decisión: Improcedente por subsidiariedad
Acta: N° 17 enero 27 de 2023

Medellín, Enero veintisiete (27) de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resuelve la Sala, en primera instancia, la acción de tutela propuesta por el apoderado del señor MARCELINO NARANJO DUQUE contra el Juzgado Promiscuo Municipal de Olaya - Antioquia y el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, el derecho a la verdad y reparación de las víctimas y la dignidad humana.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el accionante¹ que, a mediados del mes de octubre de 2020, realizó una compraventa sobre unos lotes, esperando negociar posteriormente la totalidad de la parcelación. Tal negociación se llevó a cabo con Luis Carlos y María Isabel el 30 de octubre ante la Notaría Única de Sopetrán.

Resaltó el accionante que en dicha fecha bajo el principio de buena fe le firmaron unos documentos a los precitados pensando que la documentación correspondía a la compraventa, sin embargo, con posterioridad evidenció que el señor Luis Carlos aparecía como propietario del inmueble y que posteriormente este había hipotecado el inmueble, pasando finalmente a manos de Johana Vanessa Barrientos y Andrés Julián Moncada Álvarez.

¹ PDF N°2, expediente digital de tutela.

Adicionalmente el vehículo objeto de negociación como pago que debían realizar con Luis Carlos y María Isabel en la ciudad de Miami tampoco se materializó puesto que este no estaba a nombre del señor Luis Carlos.

Por tales hechos el accionante presentó denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, iniciándose las pesquisas por la Fiscalía 105 Local y correspondiéndole el proceso en fase de garantías al Juzgado Promiscuo Municipal de Olaya ante el cual se llevó a cabo audiencia preliminar para la suspensión de los registros de los inmuebles objeto de debate, petición que fue negada por el Juez de control de garantías y recurrida por el negándose la reposición y confirmándose la decisión de primera instancia por el Juez Promiscuo del Circuito de Sopetrán.

Por lo anterior, estima que la acción de tutela resulta procedente para garantizar sus derechos al debido proceso, el derecho a la verdad y reparación de las víctimas y la dignidad humana toda vez que con las decisiones adoptadas por los jueces antes mencionados se desconoció la normatividad aplicable y la protección a las víctimas.

TRÁMITE

1. Mediante auto adiado el 12 de enero de 2023², el Despacho inadmitió la tutela al carecer de poder especial el abogado David Esteban Giraldo Calderón, quien actuaba como apoderado del accionante.
2. El 16 de enero de 2023, luego de subsanada la irregularidad se admitió la tutela y se vinculó a la actuación al Fiscal 105 Local de Sopetrán, Director Seccional de Fiscalías, Luis Carlos Idárraga, María Isabel Echeverri, Carlos Ernesto Molina, Johana Vanessa Barrientos, Andrés Julián Moncada y se ordenó la comunicación al delegado del Ministerio Público.
3. El 17 de enero de 2023 el abogado Carlos Ernesto Molina señaló que la tutela presentada no resultaba procedente puesto que el proceso penal continuaba vigente y no podría el juez constitucional modificar las decisiones judiciales ya que ello transgrediría los principios de autonomía e independencia judicial, máxime cuando las decisiones habían sido acertadas y concedoras de la Ley.

² PDF N° 22 – Expediente Digital.

4. El 19 de enero de 2023 el Juzgado Promiscuo Municipal de Olaya relató los pormenores de las actuaciones realizadas dentro del proceso radicado 05615-60-99153-2021-51040, y resaltó la disparidad de los hechos que encontraba respecto a los narrados dentro de la audiencia y los expuestos por el accionante en su escrito.

Finamente señaló que la acción de tutela propuesta por la defensa del señor MARCELINO NARANJO DUQUE resultaba improcedente ya que no se satisfacía el presupuesto o requisito de la subsidiariedad ya que el proceso penal se encontraba activo por lo cual los mecanismos judiciales no se habían evacuado en su totalidad.

5. Finalmente, el Fiscal 88 Seccional en apoyo a la Fiscalía 105 Local de Sopetrán señaló que conforme a los hechos narrados por el accionante y las pretensiones por este formuladas, no avistaba la viabilidad de la acción de tutela demandada, toda vez que el proceso penal se encontraba activo y en fase de indagación.

Agregó que en indebida forma se estaba haciendo uso de la acción de tutela puesto que se pretendía accionar como una tercera instancia ante la negativa por vía judicial de las pretensiones del accionante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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.

En esta oportunidad, corresponde a la Sala determinar si en la presente acción constitucional se cumplen los requisitos generales y especiales de procedencia

cuando se controvierten providencias judiciales y si se ha vulnerado los derechos al debido proceso, el derecho a la verdad y reparación de las víctimas y la dignidad humana.

Lo anterior en tanto la inconformidad del señor MARCELINO NARANJO DUQUE, frente a las decisiones adoptadas en primera y segunda instancia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Olaya y Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán respectivamente, pues, según su comprensión, con la negativa a la suspensión de los registros de las anotaciones 8 - 11 de los inmuebles N° 029-20057 y 02-20058 y las anotaciones 8-9 del inmueble 027-20059 se vulneraron flagrantemente los derechos fundamentales de la víctima, hoy accionante.

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 judiciales³, 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 tutela⁴.

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

“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...

³ Así también puede consultar la decisión SU-915 de 2013.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 2010.

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.⁵

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, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente, violación directa de la Constitución.”⁶*

El presente evento, no admite discusión alguna que se trata de un tópico de evidente relevancia constitucional, pues el acierto de las decisiones que reprocha la parte actora tiene incidencia directa sobre derechos constitucionales de indiscutible trascendencia, como lo es el debido proceso el derecho a la verdad y reparación de las víctimas y la dignidad humana.

Sin embargo, cuando se propone la acción de tutela contra providencias judiciales ante la trasgresión de prerrogativas constitucionales, la Corte Constitucional ha sido enfática en determinar que las mismas proceden de manera excepcionalísima, ello bajo el respeto y entendimiento de los principios de seguridad jurídica y la autonomía judicial, también inmersos en la Constitución Nacional. Y se resalta ese carácter excepcionalísimo pues es indispensable cumplir o superar los requisitos mencionados de manera precedente para poder determinar la viabilidad de la acción de tutela.

En el caso *sub examine* se evidencia entonces que el actor demanda la revocatoria de las decisiones judiciales adoptadas por el Juzgado Promiscuo Municipal de Olaya y Promiscuo del Circuito de Sopena, al resolver en primera y segunda instancia respectivamente la negativa de suspensión de los registros de las anotaciones 8 - 11 de los inmuebles N° 029-20057 y 02-20058 y las anotaciones 8-9 del inmueble 027-20059.

Decisiones que fueron objeto de análisis y estudio por la Sala, en aras de verificar si efectivamente se evidenciaba la transgresión flagrante a los derechos fundamentales del accionante.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-116 de 2018.

⁶ *Ibidem*.

De tal revisión se pudo extraer en primer lugar que ambas decisiones se adoptaron conforme a la Ley y fueron debidamente motivadas, en primera instancia la Juez fue enfática en reseñar que la suspensión no era admisible en dicho momento puesto que no demostró que los títulos se hubiesen conseguido de manera engañosa, y agregó que tampoco se había probado que los certificados de compraventa o registro se hubiesen conseguido de manera fraudulenta, aspectos que también fueron analizados en segunda instancia y por lo cual se confirmó tal decisión.

De lo anterior se extrae claramente que los pronunciamientos realizados por la A Quo y el Ad quem respetaron los lineamientos legales y jurisprudenciales, con lo cual se garantizó al accionante su derecho fundamental al debido proceso, que menciona fue transgredido.

Ahora bien, para la resolución del caso se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional exige que no exista ningún medio ordinario o extraordinario de defensa judicial que pueda accionar la persona afectada, lo cual en el presente evento no se evidencia, ya que la defensa no ha agotado todos los mecanismos ordinarios que se tienen pues se concluye de las respuestas que el proceso penal continúa vigente, además el art. 101 del C.P.P., permite a la víctima acceder en cualquier momento ante los jueces de control de garantías para solicitar la suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente.

En otras palabras, aunque el señor MARCELINO NARANJO DUQUE ya haya elevado tal solicitud la misma puede ser presentada nuevamente cuando se superen las falencias probatorias avistadas por la Juez Promiscua Municipal de Olaya, mismas que fueron advertidas por el Juez del Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán.

Resulta inadmisibles para esta Sala, que el accionante pretenda utilizar la acción de tutela para impugnar las decisiones cuestionadas, porque no se evidencia una flagrante vulneración a las garantías constitucionales ya que las providencias objeto de disenso se encuentran debidamente motivadas y segundo porque hasta el momento el accionante no ha agotado los recursos ordinarios con que cuenta para lograr la materialización de las pretensiones que por vía de tutela plantea.

Al no haberse agotado todos los mecanismos ordinarios con los que contaba el actor, la Sala declarara improcedente la presente acción de tutela por no reunirse el requisito de la subsidiariedad.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de amparo constitucional promovida por el apoderado judicial de MARCELINO NARANJO DUQUE, por no haberse acreditado el requisito de subsidiariedad.

SEGUNDO: INFORMAR que esta providencia es susceptible de impugnación, dentro del término de tres (3) días hábiles, contados a partir de la notificación de la misma. Si no fuere impugnado, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Firma electrónica)
RENE MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada

Sala Penal
Tribunal Superior De 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: **60af6ba183d95fb631007b804bf8bb5bbdf5869e1d6de15b542c463cfe43046c**

Documento generado en 27/01/2023 01:14:58 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 2023-0073-3
CUI 05368-31-89-001-2022-00179
Accionante Mónica Marcela Caicedo Ortiz
Accionados Nueva EPS
Asunto Consulta desacato
Decisión Confirma
Acta: N° 22 enero 23 de 2023

Medellín, enero veintitrés (23) de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Procede la Sala a resolver, el grado jurisdiccional de consulta del incidente de desacato, conforme lo prevé el artículo 52 del decreto 2591 de 1991, contra la Nueva EPS, debido a la sanción que le fuera impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó - Antioquia, mediante auto interlocutorio adiado el 12 de enero hog año.

ANTECEDENTES

Con sentencia del 20 de octubre de 2022, se ampararon los derechos fundamentales de Mónica Marcela Caicedo Ortiz, en consecuencia, se ordenó a la accionada:

“ORDENA a la NUEVA EPS S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD que, a través de su red propia o contratada, a más tardar en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, autorice y entregue de manera completa los medicamentos, LEVETIRACETAM 1000 MG - TABLETA CUBIERTA, OXCARBAZEPINA 300 MG - TABLETA Y TOPIRAMATO 25MG - TABLETA en el lugar de residencia de la

accionante, Quebrada Larga – Diagonal 20 N° 25-15 del Municipio de Tarso.”

El 01 de diciembre del año inmediatamente anterior¹, la parte promotora presentó incidente de desacato alegando el incumplimiento de la accionada frente a lo ordenado en el fallo de tutela pues expuso que, a pesar de sus múltiples solicitudes no se le había hecho entrega de los medicamento solicitados.

Con auto adiado el 05 de diciembre de 2022², se requirió a la EPS S.A. Nueva entidad promotora de salud para que informara la situación por la cual no se había dado cumplimiento al fallo de tutela del 20 de octubre de 2022. Requerimiento que no fue atendido por la parte accionada.

El 9 de diciembre de 2022³ se dio apertura formal al trámite incidental de desacato, ordenando la notificación del mismo al Dr. Fernando Adolfo Echavarría Díez, Representante Legal de la NUEVA E.P.S. y Dr. Alberto Hernán Guerrero Jácome, Vicepresidente Nacional de salud, para que aportara documentos que acreditara el cumplimiento de la sentencia.

La apoderada judicial de NUEVA EPS S.A. indicó que⁴, la EPS estaba adelantando las averiguaciones con el área encargada para verificar la situación presentada con los medicamentos y que eran las IPS y farmacias las encargadas de dicho trámite.

Solicitó al Despacho abstenerse de continuar con el incidente de Desacato, teniendo en cuenta que NUEVA EPS está desplegando y ejecutando las acciones positivas necesarias para dar cumplimiento al fallo judicial y entregar los medicamentos requerido

1PDF N° 002 del expediente digital.

2PDF N° 003 del expediente digital.

3 PDF N° 006 del expediente digital.

4PDF N° 010 del expediente digital.

Mediante auto del 12 de enero de 2023⁵, se declaró el incumplimiento de la tutela y se ordenó en su contra arresto por cinco días y el pago de multa por valor de 136,75 (UVT) para el año 2023.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

La finalidad del incidente de desacato no es propiamente la sanción como desarrollo de las facultades coercitivas del juez constitucional, sino la de garantizar la realización efectiva de los derechos protegidos por vía de la acción de tutela. Al respecto ha considerado la Corte Suprema de Justicia:

“Ha de subrayarse, igualmente, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el incidente de desacato no tiene como finalidad la imposición de una sanción, pues lo que sustancialmente interesa es que la orden de proteger derechos fundamentales del demandante se cumpla...”⁶

En el presente asunto, se tiene que Mónica Marcela Caicedo Ortiz, interpuso incidente de desacato contra La Nueva EPS, al estimar que no ha dado cumplimiento al fallo de tutela adiado el 20 de octubre de 2022, por medio del cual, se ordenó entre otras la entrega de los medicamentos *“LEVETIRACETAM 1000 MG – TABLETA CUBIERTA, OXCARBAZEPINA 300 MG – TABLETA Y*

⁵ PDF N° 011 del expediente digital.

⁶ CSJ STP14262-2015, rad 77727 del 10 de feb de 2015. Reiterado en radicados 75340 del 28 de agosto de 2014 y 66245 del 9 de abr de 2013.

TOPIRAMATO 25MG – TABLETA en el lugar de residencia de la accionante, Quebrada Larga – Diagonal 20 N° 25-15 del Municipio de Tarso.”

Ante el incumplimiento de la orden emitida por el juzgado, la accionante, interpuso incidente de desacato, trámite al que se vinculó al Dr. Fernando Adolfo Echavarría Diez, y fue sancionado con arresto por cinco días y 136.75 (UVT) para el año 2023.

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha establecido que la salud como servicio público esencial a cargo del Estado, además de regirse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que consagra expresamente el artículo 49 de la Constitución Política, debe dar cumplimiento al principio de continuidad, que conlleva su prestación de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea admisible su paralización sin la debida justificación constitucional.

Lo anterior, por cuanto la materialización del derecho fundamental a la salud exige que todas las entidades que prestan dicho servicio se obliguen a la óptima prestación del mismo, en la búsqueda del goce efectivo de los derechos de sus afiliados conforme al marco normativo señalado, comoquiera que la salud compromete el ejercicio de distintas garantías, como es el caso del derecho a la vida y a la dignidad humana.

Ahora bien, es menester que la entidad accionada tenga presente que existe una orden de tutela a través de la cual se concedió la entrega de los medicamentos *LEVETIRACETAM 1000 MG – TABLETA CUBIERTA, OXCARBAZEPINA 300 MG – TABLETA Y TOPIRAMATO 25MG – TABLETA en el lugar de residencia de la accionante, Quebrada Larga – Diagonal 20 N° 25-15 del Municipio de Tarso”* además de garantizar un tratamiento integral a la señora Mónica Marcela Caicedo Ortiz, siendo esta una directriz donde la entidad debe garantizar la entrega de los mismos en aras de respetar el derecho fundamental a la salud y vida digna de los usuarios, con el pleno respeto de los límites que regulan el sistema de salud.

En punto de lo anterior, la máxima Corporación Constitucional, mediante sentencia T- 309 de 2018, en cuanto a la integralidad de los servicios médicos, estableció lo siguiente:

“(...) se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, la atención y el tratamiento a que tienen derecho cuyo estado de enfermedad este afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para diagnósticos y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario, y en tal dimensión debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de salud(...)” (subrayas propias del Despacho)

De ahí que cuando la causa de la vulneración de un derecho está en la renuencia, en la rebeldía del funcionario público o de un particular a cumplir lo dispuesto por el Juez de la República, se presenta una grave omisión generante de la acción encaminada a la defensa efectiva del derecho constitucional que se conculca. Y cuando ello ocurre, y el obligado a acatar un fallo no lo hace, no solo viola los derechos protegidos en la providencia, sino que se interpone en el libre acceso a la administración de justicia, frustrando así el anhelo de la justicia como uno de los cometidos del orden jurídico. Y quien a ello contribuye con su acción u omisión se hace responsable debiendo ser sancionado.

Teniendo en cuenta que, a la fecha no se le ha entregado a la accionante los medicamentos LEVETIRACETAM 1000 MG - TABLETA CUBIERTA Y TOPIRAMATO 25MG - TABLETA, conforme a la constancia elevada por la auxiliar del Despacho quien se comunicó al abonado telefónico 316-512-34-34 con la accionante el día 24 de enero de 2023.

Por lo anterior la Sala procederá a confirmar la sanción impuesta por el Juez de primera instancia al Dr. Fernando Adolfo Echavarría Diez, Representante Legal de la Nueva E.P.S y al Dr. Alberto Hernán Guerrero Jácome Vicepresidente Nacional de Salud.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sanción impuesta por el Juzgado Penal del Circuito de Jericó - Antioquia, el 12 de enero de 2022, Dr. Fernando Adolfo Echavarría Diez, Representante Legal de la Nueva E.P.S y al Dr. Alberto Hernán Guerrero Jácome Vicepresidente Nacional de Salud.

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

TERCERO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(Firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECHO
Magistrado

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal

Tribunal Superior De 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: **d173a8992f715782aae262cbc2a33ad890af483e50824bea18ccd08713bf58ea**

Documento generado en 30/01/2023 11:56:42 AM

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

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

Medellín, veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2022-1955-4
Sentencia de Tutela - 2ª instancia.
Radicado : **05045310400120220026700**
Accionante : Óber Enrique González Yepes
Accionada : Nueva EPS y otros.
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 014

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida por el *Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó - Antioquia*, mediante la cual se concedió el amparo solicitado por el señor ÓBER ENRIQUE GONZÁLEZ YEPES; diligencias en las que figura como demandada la NUEVA EPS y LA EMPRESA AGROINDUSTRIAS SAN QUINTÍN.S.A., FINCA SAN QUINTÍN.

ANTECEDENTES

Manifestó el accionante que, es trabajador de la empresa Agroindustrias San Quintín, prestando sus servicios de oficios varios en la finca del mismo nombre; se encuentra afiliado a Nueva EPS, AFP Porvenir y ARL Positiva Compañía de Seguros

N° Interno : 2022-1877-4
Radicado : 05045310400120220026700
Accionante : Óber Enrique González Yepes
Accionada : Nueva EPS y otros.
Decisión : Confirma

S.A..

En razón a su diagnóstico M869 enfermedad común, se encuentra incapacitado desde el año 2017 y, actualmente se le adeudan 225 días de incapacidad.

Considera que, con esa omisión se le está vulnerando el derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida, la seguridad social y el mínimo vital pues es su única fuente de ingresos.

Seguidamente, el Juez de instancia concedió la tutela del derecho fundamental de vida digna, seguridad social y mínimo vital ordenando al representante legal de Nueva EPS, que, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta decisión si no lo hubiere hecho, realice todas las acciones necesarias para pagar al accionante las incapacidades correspondientes a los períodos 08/08/2022 al 22/08/2022, 23/08/2022 al 06/09/2022, 07/09/2022 al 21/09/2022, 22/09/2022 al 06/10/2022, 07/10/2022 al 21/10/2022, 24/10/2022 al 07/11/2022 y 08/11/2022 al 22/11/2022, sobre las demás incapacidades reseñadas en su escrito de tutela no emitió pronunciamiento pues, las mismas fueron objeto de debate ante otro juez constitucional.

Fue así que, mediante escrito presentado por la accionada, procedió a manifestar su disenso por vía de impugnación, frente a la decisión adoptada, donde argumenta que, no se agotó el requisito de subsidiariedad y tampoco se vinculó a COOMEVA EPS en liquidación para que informe si el demandante

N° Interno : 2022-1877-4
Radicado : 05045310400120220026700
Accionante : Óber Enrique González Yepes
Accionada : Nueva EPS y otros.
Decisión : Confirma

radicó los soportes correspondientes para el cobro de sus prestaciones económicas. Aseguró que, esa entidad podría aportar la fecha de pago e indicar si el acumulado de días de prórroga es correcto. De esta manera se definiría si se trata de incapacidades superiores al día 180 o al día 540.

Por otra parte, indicó que, la dirección de medicina laboral generó concepto de rehabilitación con pronóstico favorable y notificó a la AFP Porvenir el día 25/08/2022 de las resultas de ese procedimiento, razón por la cual no es posible realizar el reconocimiento económico de las incapacidades, teniendo en cuenta que es ese fondo de pensiones el cual debe asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto emita la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991¹, la Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

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

Del caso concreto

¹ 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

N° Interno : 2022-1877-4
Radicado : 05045310400120220026700
Accionante : Óber Enrique González Yepes
Accionada : Nueva EPS y otros.
Decisión : Confirma

Inicialmente se hace necesario precisar que la acción de tutela es un mecanismo legal que tiene la calidad de subsidiario, es decir, que a ella solo habrá lugar cuando no se cuente con mecanismos judiciales alternos, o si bien existiendo, sea acreditado por el interesado la existencia de un perjuicio irremediable que requiera una intervención inmediata. Por tanto, no es procedente la implementación de este mecanismo para pretender el reconocimiento o pago de derechos de índole económico tales como los surgidos dentro de procesos laborales, o auxilios por incapacidad, toda vez que su protección es perseguible a través de procesos laborales ordinarios.

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

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

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de

procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”²

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

Por lo anterior, ante la afirmación del accionante respecto del pago de incapacidades como su única fuente de ingresos y no desvirtuada por las entidades accionadas, se torna excepcionalmente procedente la acción de tutela, máxime cuando se evidencia que la falta de recursos económicos impide la continuidad de los servicios de salud que requiere para el tratamiento de sus patologías: *“A la fecha no recibo salario alguno, lo cual pone en riesgo mi mínimo vital y mi salud, pues yo dependo en la actualidad de lo que devengo de la empresa, hasta para acudir a las citas médicas y de terapias, poniendo en total riesgo mi proceso de recuperación”*

Ahora bien, respecto al pago de las incapacidades adeudadas, el Sistema General de Seguridad Social consagra una serie de figuras que propenden por la protección de los derechos de los trabajadores en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, dentro de las cuales hay que hacer alusión al pago de incapacidades a fin de proceder a dar solución al caso que nos atañe.

² Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 2017.

En palabras de la H. Corte Constitucional, las incapacidades han sido creadas “(...) *en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada*”³

Estas incapacidades, según distinciones realizadas por el mismo órgano colegiado, pueden ser de carácter “ (i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) **permanente parcial**, cuando se presenta un disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) **permanente (o invalidez)**, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%”⁴

Sin embargo, con fin de determinar el ente que procederá el pago de las mismas, es necesario tener claridad respecto del tipo de enfermedad; esto es, si es de origen laboral o común, lo cual será determinable a la luz de sus causas.

En ese sentido, se tiene que las incapacidades concedidas al promotor, han sido emitidas en atención al diagnóstico M869 que, de acuerdo con lo consignado en su historia

³ Corte Constitucional, Sentencia T-876 de 2013.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-920 de 2009.¿

clínica está calificado como de origen común. De tal suerte, las incapacidades deberían ser sufragadas en orden de los dos primeros días por el empleador, del día 3 hasta el día 180 por la promotora de salud de su afiliación⁵, del día 181 al 540 por la administradora de fondos pensionales⁶, y finalizado ese tiempo, nuevamente por la promotora de salud⁷.

Así las cosas, se tiene que, en razón del tiempo y el origen de la patología, es claro que la obligación causada se encuentra en cabeza de **Nueva E.P.S**, por ser la entidad con la cual actualmente el accionante tiene su vínculo de afiliación al sistema de seguridad social en salud, toda vez que de acuerdo con el histórico de las incapacidades, las mismas han superado los 540 días.

Y es que, si bien la EPS Sura solicita la vinculación de Comeva EPS en liquidación, para determinar cuántos días lleva el promotor incapacitado, lo cierto es que ello no resulta necesario, pues esa información fue brindada por el promotor y confirmada con los anexos remitidos por la AFP Porvenir, en los cuales se puede apreciar que el señor GONZÁLEZ YEPES se encuentra incapacitado desde el 02 de octubre de 2017⁸.

También se advierte que la indisposición de la entidad antes referida para asumir el pago radica en el hecho de que el accionante cuenta actualmente con concepto de recuperación favorable, razón por la cual, según su postura, debe

⁵ Decreto 2943 de 2013

⁶ Ley 962 de 2005

⁷ Ley 1753 de 2015

⁸ Archivo N° 004 del expediente digital

ser el fondo de pensiones el que se haga cargo de esa prestación salarial.

Sobre ese tópico, la Ley 1753 de 2015, estableció en el artículo 67 que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinaran, entre otros: (...) a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. Es así como se fijó la obligación a cargo de las E.P.S. de asumir y pagar las incapacidades generadas con posterioridad al día 540.

Por su parte, el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 27 de julio de 2018 establece que, las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días *“Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico”*

Para la Sala no existe duda que es la Nueva Eps la que debe asumir el pago de las incapacidades objeto de estudio, pues el promotor lleva incapacitado más de 540 días y fue la misma accionada la que informó que en el mes de agosto de 2022, el médico tratante del promotor expidió concepto de recuperación favorable.

Conforme con lo antes expuesto, se procederá a

CONFIRMAR la decisión de primera instancia.

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** la decisión de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de segundo 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

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

N° Interno : 2022-1877-4
Radicado : 05045310400120220026700
Accionante : Óber Enrique González Yepes
Accionada : Nueva EPS y otros.
Decisión : Confirma

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **346554265fa77c81bf2aa46140a18367589d37ba682d68a05fb5d273e58d614c**

Documento generado en 30/01/2023 03:21:00 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, veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2022-1961-4
Sentencia de Tutela - 2ª instancia.
Radicado : 05376-31-04-001-2022-00089
Accionante : Ever de Jesús Orozco Grisales
Accionada : Fiscalía 41 Seccional de La Ceja (Ant.)
SIJIN de La Ceja (Ant.)
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 015

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida por el *Juzgado Penal del Circuito de La Ceja - Antioquia*, mediante la cual amparó el derecho fundamental de petición de EVER DE JESÚS OROZCO GRISALES; diligencias en las que figura como demandada la FISCALÍA 41 SECCIONAL DE LA CEJA (ANT.) Y LA SIJIN DE LA CEJA (ANT.)

ANTECEDENTES

Indicó el accionante que el 13 de septiembre de 2022, formuló denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, en el municipio de Rionegro (Ant.), dependencia que trasladó la solicitud, por competencia, a La Ceja (Ant.).

El 15 de octubre de 2022 envió solicitud a la SIJIN de La Ceja, incorporando fotos y otros elementos para anexar a la denuncia

formulada y, el 02 de noviembre de esa misma anualidad, solicitó nuevamente información sobre el avance de su proceso, sin obtener respuesta.

Pretende el accionante se protejan sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a la Fiscalía 41 Seccional y a la SIJIN de La Ceja (Ant.), informar el estado de la investigación preliminar del caso denunciado; disponer de medidas de protección, realizar actuaciones dentro del marco de la denuncia formulada y asumir a título de indemnización las afectaciones que ha sufrido él por cuenta de la presunta negligencia en la labor investigativa.

Seguidamente, el Juez de instancia amparó el derecho fundamental de petición del señor EVER DE JESÚS OROZCO GRISALES, ordenando al investigador Yosman Andrés Valencia Romaña que, en un término que no supere las cuarenta y ocho (48) horas hábiles posteriores a la notificación del fallo, si aún no lo ha hecho, proceda a brindar respuesta de fondo a la petición presentada por el accionante el 15 de octubre de 2022 o de ser el caso, dentro del mismo término, la remita dentro del mismo término al área competente para resolverla.

Frente a los demás planteamientos indicó que no corresponde al juez de tutela la investigación de conductas punibles y, aunque eventualmente se reconocieran las excepciones al principio de subsidiariedad, tal y como se comunicó por el ente fiscal al accionante, ya se libró orden a Policía Judicial con el fin de esclarecer los hechos objeto de denuncia. De los resultados remitidos en respuesta, es únicamente el ente fiscal el cual determinará las actuaciones a seguir.

Mediante un breve escrito presentado por el accionante, éste procedió a solicitar se ampare sus derechos

fundamentales frente a la Fiscalía 41 Seccional de la Ceja pues, está desconociendo su obligación de investigar los delitos puestos en su conocimiento; no ha determinado de donde provienen los mensajes amenazantes que ha estado recibiendo y tampoco las placas de los vehículos enunciados en su denuncia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo en cuenta el principio de limitación de la apelación, procederá esta Sala a pronunciarse únicamente sobre el tema objeto de disenso por la parte recurrente, esto es, la presunta vulneración a sus derechos como víctima dentro del proceso penal que se adelanta por parte de la Fiscalía 41 Seccional de la Ceja.

El artículo 250 Constitucional, señala que la Fiscalía General de la Nación es la entidad encargada de ejercer la acción penal y realizar las investigaciones de las conductas consideradas como delito. En cumplimiento de este cometido, le es potestativo iniciar investigación previa para determinar si ha tenido ocurrencia la conducta, si ésta es punible, si se ha actuado bajo una causal de ausencia de responsabilidad, si cumple el requisito de procedibilidad para proseguir la acción penal, con capacidad para recaudar elementos de prueba, evidencia física o la información indispensable para lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes de la conducta punible.

Para llevar a cabo esa labor el legislador estableció, en el párrafo del artículo 175 de la Ley 906 de 2004 - modificado por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011-, que la *“Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de*

la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años”.

Importante es recordar que los derechos de las víctimas fueron ascendidos a rango constitucional en el artículo 250 superior, con un amplio reconocimiento de las prerrogativas a la verdad, justicia y reparación –CC, C-209 de 2007-.

De ahí que desde la misma fase investigativa, quien demuestre sumariamente su calidad de víctima, puede hacer exigible ante las autoridades judiciales las prerrogativas descritas en el ordenamiento procesal penal tales como: solicitar información (art. 136 Ley 906 de 2004), pedir medidas de atención y protección (art. 137 *ejusdem*), requerir la práctica anticipada de pruebas ante el juez de control de garantías (art. 284 numeral 2 *ejusdem* y CC C-209 de 2007), aportar pruebas en aras de fortalecer la actividad probatoria de la Fiscalía (art. 11, literal d *ejusdem*) y solicitar la suspensión del poder dispositivo de bienes (art. 101 *ejusdem*), entre otras (CSJ STP1883-2022).

En este caso, EVER DE JESÚS OROZCO GRISALES pone en conocimiento del juez constitucional la existencia de varios hechos que considera constitutivos de delito y de los que se reputa víctima, argumentando que la Fiscalía General de la Nación, en el trámite de las diversas actuaciones, no ha desplegado las actividades investigativas que estima idóneas y necesarias para vincular al proceso penal a las personas que han estado realizando amenazas en su contra y de su conyugue.

Requiere, en consecuencia, que por vía de tutela se ordene a la fiscalía incluirlos en algún programa de protección, informarles el estado de la investigación, consultar información sobre los vehículos que le han hecho seguimiento, llamar a indagación preliminar a la señora Natalia María López Jiménez para verificar si es ella y su compañero Yiran los remitentes de los mensajes intimidantes y, responder por todos los daños y perjuicios causados por bandas criminales durante los últimos dos años.

Como se indicó en el acápite de antecedentes, el accionante actualmente funge como denunciante y víctima de una investigación adelantada por los delegados de la Fiscalía General de la Nación.

También se supo, por conducto de la Fiscalía Delegada, que la denuncia objeto de pronunciamiento data del 13 de septiembre de 2022 y, el 11 de octubre de esa anualidad fue expedido programa metodológico a policía judicial con el fin de lograr la obtención de elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida que le permita esclarecer los hechos ocurridos e identificar a los responsables¹.

Las anteriores precisiones descartan el incumplimiento de los deberes funcionales por parte del Fiscal a cargo, no se evidencia un actuar irregular atentatorio contra el debido proceso u otro derecho en su calidad de víctima, pues actualmente se están desarrollando tareas investigativas con el fin de determinar los autores de las conductas criminales objeto de la denuncia y, en todo caso, el término de dos años señalado en el párrafo primero del artículo 175 de la Ley 906 de 2004 modificado por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011, para

¹ Archivo N° 017 del expediente digital

formular imputación o archivar la investigación, no ha fenecido, pues se itera, la *noticia criminis* data del 13 de septiembre de 2022, lo que descarta la mora judicial.

De todas las actuaciones desplegadas ha informado al accionante y, los derechos de petición incoados ante su Despacho han sido contestados oportunamente, dicho análisis que efectuó de manera juiciosa la primera instancia y que, al no haber sido objeto de apelación, no se hace necesario recabar sobre ese asunto.

Así las cosas, no existe vulneración de los derechos fundamentales del actor por parte de la Fiscalía 41 Seccional de la Ceja, pues se itera que, se encuentra del término legal para recolectar elementos que conduzcan a los responsables de los punibles denunciados.

Y es que, si bien el ente fiscal no ha consultado información sobre los vehículos que presuntamente le han hecho seguimiento al accionante, y tampoco ha llamado a indagación preliminar a la señora Natalia María López Jiménez tal y como lo reclama el promotor *–o al menos no obra prueba de ello–*, lo cierto es que no puede desconocerse su autonomía en esa fase de la persecución penal, para determinar el programa metodológico a seguir, sin que ello represente una vulneración a las garantías del promotor o su núcleo familiar, pues en lugar de las actividades que éste señala, está desplegando otras que considera más relevantes, para el desarrollo efectivo de la actuación.

Por otra parte, en punto de la pretensión del tutelante relacionada con la medida de protección para él y su compañera sentimental es claro que no se cumple con el requisito de subsidiaridad de la acción de tutela pues, el promotor puede elevar ante la Fiscalía que se encuentra a cargo de su proceso una petición para que se estudie la

posibilidad de acceder a alguno de los programas que reclama, pero no se advierte que haya recurrido ante el ente persecutor u otra entidad con esa finalidad.

Finalmente, si considera que tiene derecho a recibir una indemnización por la muerte violenta de sus padres, deberá constituirse como víctima en el proceso penal que se adelante en contra de los responsables de esas conductas punibles, o si estima que el ente fiscal omitió el cumplimiento de sus deberes y ese actuar negligente conllevó a la muerte de sus progenitores, puede acudir a la vía ordinaria interponiendo la denuncia correspondiente.

Así las cosas y como quiera que el análisis realizado por la primera instancia frente a cada una de las pretensiones fue acertado, lo que procede es confirmar la decisión recurrida.

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 de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de segundo 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

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

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: **995e9236bed94218aadcee71fa0d87854b5d5215533846fa6d4c6f1cad482fa7**

Documento generado en 30/01/2023 03:20:48 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, veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023)

N° interno : 2022-1968-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05 736 31 89 001 20220019200
Accionante : Martha Elena Gamarra Espejo
Accionada : NUEVA EPS
Decisión : Confirma Tratamiento Integral

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 016

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida el 18 de noviembre de 2022, por el *Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia (Ant.)*, por medio de la cual se concedió el amparo de las garantías fundamentales en favor de *MARTHA ELENA GAMARRA ESPEJO*, diligencias que se adelantaron contra la NUEVA EPS.

ANTECEDENTES

Manifestó la accionante que, fue diagnosticada con obesidad debido a exceso de calorías, tiroiditis no especificada, examen de pesquisa especial para trastornos mentales y del comportamiento.

El día 02 de agosto de 2022 su médico tratante le ordenó gastrectomía vertical (manga gástrica) por laparoscopia, para lo cual radicó ante la EPS accionada la respectiva orden médica, pero al

Nº Interno : 2022-1968-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia
Accionante : Martha Elena Gamarra Espejo
Accionados : NUEVA EPS
Decisión : Confirma

momento de la interposición de la acción de tutela aún no le habían impartido el trámite respectivo.

Solicita que, por medio de la acción de tutela se ordene a la accionada hacer entrega de la autorización para los precitados procedimientos y, conceder en su favor tratamiento integral para el tratamiento de su patología.

Fue así como el Juez de instancia procedió a amparar el derecho a la salud y a la seguridad social de la promotora ordenando al representante legal de la NUEVA EPS que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo proceda a autorizar el servicio gastrectomía vertical (manga gástrica). Aunado a ello, concedió tratamiento integral para sus patologías de obesidad debido a exceso de calorías, tiroiditis especificada y examen de pesquisa especial para trastornos mentales y del comportamiento.

Frente a dicha decisión, interpuso recurso de apelación el apoderado 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. Así mismo, no puede fallar órdenes inciertas, futuras, que carezcan de fundamento legal.

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 y, se resuelva acerca del recobro al ADRES.

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 Segovia (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 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,

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.

³ Corte Constitucional, Sentencias T-103 de 2009 y T-022 de 2011.

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 *MARTHA ELENA GAMARRA ESPEJO*, 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

“...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

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-405 de 2005. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis (La negrilla no es del texto original).

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-133 de 2001. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. (La mayúscula y la negrilla no son del texto original).

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, los diagnósticos de “OBESIDAD DEBIDO A EXCESO DE CALORÍAS, TIROIDITIS NO ESPECIFICADA, EXAMEN DE PESQUISA ESPECIAL PARA TRASTORNOS MENTALES Y DEL COMPORTAMIENTO”, 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.

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.

En cuanto a que el ADRES reembolse a la NUEVA EPS los gastos que se generen con ocasión del cumplimiento del fallo

Nº Interno : 2022-1968-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia
Accionante : Martha Elena Gamarra Espejo
Accionados : NUEVA EPS
Decisión : Confirma

de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura, no es del resorte de esta Sala en sede constitucional, dirimir un conflicto de índole administrativo y económico cuya finalidad es determinar a quién le compete reconocer los gastos generados por la prestación de los servicios no incluidos en el PBS Plan de Beneficios en Salud (antes POS), puesto que para ello está previsto un procedimiento, que deberá agotarse por parte de quien pretende la concesión del recobro, debate que, de presentarse, se surtirá ante la respectiva jurisdicción ordinaria.

En tal sentido, se pronunció la H. Corte Constitucional así:

“Lo anterior no es óbice para que se recuerde que esta Corte en la sentencia T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, en el acápite “6.2.1.2. Órdenes específicas a impartir” dispuso: “ii) no se podrá establecer que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o las entidades territoriales, como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC”

Sin necesidad de otras consideraciones, esta 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,

Nº Interno : 2022-1968-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia
Accionante : Martha Elena Gamarra Espejo
Accionados : NUEVA EPS
Decisión : Confirma

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 segundo grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica

PLINIO MENDIETA PACHECO

Firma electrónica

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

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

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

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: **556842d64008300effb04e13bef92a7145ad6856598f8b91e8ab5557d698c028**

Documento generado en 30/01/2023 03:21:09 PM

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

Tutela segunda instancia

Accionante: Gudiela De Jesús Monsalve Tapias
Accionado: Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y otro
Radicado: 05887-31-04-001-2022-00140-00
(N.I. TSA 2022-1953-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veinticinco (25) de enero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 04

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Gudiela De Jesús Monsalve Tapias
Accionado	Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y otro
Tema	Estabilidad laboral reforzada de madre cabeza de familia frente a nombramiento en concurso
Radicado	05887-31-04-001-2022-00140-00 (N.I. TSA 2022-1953-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá la impugnación interpuesta por la parte actora contra la decisión proferida el 28 de noviembre de 2022 por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal Antioquia que negó el amparo solicitado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1-. Expresó la accionante que llevaba laborando para la Alcaldía del municipio de Briceño Antioquia 16 años de forma provisional. El 11 de julio se postuló para presentar examen de carrera administrativa en vacante denominada técnico administrativo Código 367, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 64498 del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Briceño –Antioquia. El 11 de octubre de 2022 mediante resolución Nro. 16005 la alcaldía municipal de Briceño Antioquia le notificó la lista de elegibles donde obtuvo un puntaje de 67.67, ocupando el puesto Nro.6 de la lista en mención, la cual quedó en firme el 25 de octubre de 2022.

Afirma que el 11 de noviembre de 2022 la alcaldía de Briceño le notificó carta de terminación de contrato de provisionalidad, desconociendo que ella es mujer cabeza de familia, pues responde económicamente por un menor de edad y por su hermano con discapacidad.

Solicita la reubicación en un cargo igual o de mejor categoría que el que venía desempeñando, o en su defecto sea reintegrada en el cargo laboral que venía desempeñando, hasta el momento en que cumpla la edad para adquirir su pensión.

2-. El Juzgado de primera instancia, negó por improcedente el amparo solicitado. Informó lo siguiente: *"Tal calidad de pre pensionable, supone la falta de un mínimo de tiempo para colmar los requisitos para acceder a una pensión de vejez, así, si bien la accionante al momento de alegar el hecho atentatorio de sus derechos fundamentales, contar con 54 años de edad, lo que supondría que por este requisito le restarían 3 años para acceder a la pensión de vejez, no ocurre lo mismo con el requisito de las semanas cotizadas, pues cuenta en su haber con 603 semanas de cotización, conforme al reporte que allegara la accionante del fondo de*

Tutela segunda instancia

Accionante: Gudiela De Jesús Monsalve Tapias
Accionado: Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y otro
Radicado: 05887-31-04-001-2022-00140-00
(N.I. TSA 2022-1953-5)

pensiones Porvenir fechado el 26 de octubre de 2022, restándoles por cotizar al sistema 697 semanas. Conforme con lo anterior, el tiempo en años que le restaría para colmar el requisito de semanas cotizadas se avendría aproximadamente a 13 años, lo que le impediría a la actora, que, dentro de los próximos 3 años, pudiera acreditar tal requisito para acceder a la pensión de vejez, decayendo así, la condición que pretendía le fuere reconocida de pre pensionable. Sumado a ello, no se avizora la existencia de un perjuicio irremediable o daño inminente que permita abrir paso a la tutela como mecanismo transitorio y que desplace la vía dispuesta por la Ley para tramitar dichas controversias; pues la sola condición de madre cabeza de familia, no constituye en el caso bajo estudio mejor derecho que el que otorga el haber obtenido derecho para ocupar el cargo por el mérito en el concurso realizado, y tan solo dicha condición, ofrece una estabilidad laboral relativa, hasta tanto se provea el cargo con una persona en propiedad y/o carrera administrativa. Así pues, no es este el mecanismo idóneo para reclamar lo que pretende la accionante, pues parafraseando la directriz Constitucional en estos asuntos, el carácter residual de la acción de amparo, hace que esta solo opere en ausencia de otros medios judiciales de defensa, de ahí que no se admita su utilización para sustituir los cauces ordinarios o especiales dispuestos en el ordenamiento para ventilar los asuntos que someten los particulares a conocimiento de la jurisdicción."

DE LA IMPUGNACIÓN

La decisión fue impugnada por la accionante informando lo siguiente:

El motivo que dio origen a la presente acción constitucional se centra en la vulneración al debido proceso, trabajo digno, mínimo vital y dignidad humana ya que en su caso cuenta con un menor de edad y un hermano con discapacidad. Indica que aportó a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Alcaldía de Briceño, toda la documentación, como el registro civil del menor y la historia clínica de

su hermano, con testigo que es la única persona que vela por el bienestar de él.

Afirma que se desconoce el retén social de mujer de una edad avanzada que vela por el bienestar de un hermano con discapacidad. Solicita se revoque la decisión de primera instancia.

La Sala estableció comunicación con la accionante quien informó, entre otras cosas, que cuenta con 10 hermanos y tres hijos más que le han colaborado con sus necesidades básicas hasta la fecha. Vive en la casa familiar que era de sus padres por lo que no tiene que pagar arriendo. El padre de su hijo menor de edad se llama Luis Felipe Arango, vive en Anorí Antioquia y es comerciante.¹

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por ser la Sala superior funcional del juzgado de primera instancia, la reviste de competencia para decidir la impugnación interpuesta por la accionante.

2. Problema jurídico planteado

La Sala determinará si las accionadas vulneraron el derecho fundamental a la estabilidad laboral de la señora Monsalve Tapias, al desvincularla del cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad, para proceder al nombramiento, a partir de la lista de elegibles, de quien superó el concurso de méritos.

¹ Constancia Auxiliar Judicial

3. Solución del problema jurídico.

Frente a la provisión de cargos de la lista de elegibles previo al concurso de méritos, ha precisado la Corte², que el objetivo de esta disposición constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no a la discrecionalidad de un nominador.

De este modo se ha señalado que la carrera administrativa se convierte en el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, pues, quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos, adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual puede ser exigible frente a la Administración como a los funcionarios públicos que se encuentran desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad.

Ahora, teniendo en cuenta que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden haber sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, o personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, la Corte ha reconocido que: *“antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando, **siempre y cuando demuestren una***

² Sentencias T-373 de 2017, T-464 de 2019, entre otras.

de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento."³ (negritas propias)

Como la impugnante refiere que cuenta con reten social debido a la calidad de madre cabeza de familia ya que tiene a su cargo un hijo menor de edad y un hermano con discapacidad, debe absolver la Sala si en realidad la accionante cuenta con esa calidad que amerite reconocer el amparo de forma transitoria.

De acuerdo con lo anterior, la Corte en sentencia SU388 de 2005 advirtió que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable los siguientes: *"(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental , como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar."*

Según la información aportada por Gudiela de Jesús Monsalve Tapias en esta instancia, si bien, tiene a su cargo la dirección del hogar donde cuenta con un hijo menor de edad (17 años) y un hermano con discapacidad. Se debe decir lo siguiente:

³ SU-917 de 2010

- Informó que el padre de su hijo menor de edad se llama Luis Felipe Arango vive en Anorí Antioquia y es comerciante. De lo manifestado por la accionante, no se observa un motivo de incapacidad física, sensorial, síquica o mental por parte de Luis Felipe Arango padre del menor que le impida ayudar con el cuidado y gastos de su hijo.
- Por otro lado, frente a su hermano discapacitado. Afirmó que cuenta con 10 hermanos. Es decir, su hermano Gonzalo de Jesús Monsalve Tapias (discapacitado) cuenta con 8 hermanos más que pueden brindar una ayuda de verse impedida económicamente la para seguir velando por el bienestar de él.

Por tanto, aunque Monsalve Tapias tiene a su cargo la dirección del hogar, no se evidencia la condición de cabeza de familia que predica con el fin de obtener la solicitud de amparo. Es más, informó que sus otros tres hijos le han estado colaborando económicamente desde que quedó desempleada.

La Sala comparte los argumentos expuestos por el Juez de Instancia frente a la verificación realizada del requisito de pre pensionable de Monsalve Tapias, y aunque le faltó valorar las situaciones particulares con el fin de verificar si en realidad contaba con la situación de madre cabeza de familia, acertó en la decisión final.

Realmente no se avizora la existencia de un perjuicio irremediable o daño inminente que permita abrir paso a la tutela como mecanismo transitorio y que desplace la vía dispuesta por la Ley para tramitar dichas controversias.⁴

Sin necesidad de más consideraciones, se CONFIRMARÁ el fallo impugnado.

⁴ SU691-17

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal Antioquia.

SEGUNDO: Una vez enteradas las partes de esta decisión, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de la sentencia.

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: **c37680f323bc51c259e6262d3a8aab05f6702325f2bbf557e317b26a647928f3**

Documento generado en 29/01/2023 01:20:37 PM

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

Tutela primera instancia

Accionante: José Dalinger Furniel Díaz
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas Medidas de Seguridad de Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00009
(N.I. 2023-0013-5)



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, veinticinco (25) de enero de dos mil veintitrés

**Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

Aprobado en Acta N° 04

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	José Dalinger Furniel Díaz
Accionado	Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otro
Tema	Tutela contra decisión judicial
Radicado	05000-22-04-000-2023-00009 (N.I. 2023-0013-5)
Decisión	Niega amparo

ASUNTO

La Sala decide en primera instancia la acción de tutela presentada por José Dalinger Furniel Díaz en contra del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, libertad, salud e igualdad.

Tutela primera instancia

Accionante: José Dalinger Furniel Díaz

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

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00009
(N.I. 2023-0013-5)

Se vinculó al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia y al EPMSC de Yarumal Antioquia para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción en caso de resultar afectados con la decisión que se adopte.

HECHOS

Afirma el accionante que el 22 de marzo 2019 fue privado de la libertad por el delito de concierto para delinquir agravado conforme con el inciso 2° y 3° del artículo 340 del C.P.P., a la pena de seis (6) años de prisión con medida de aseguramiento en establecimiento carcelario intramural.

En la actualidad ha cumplido 45 meses físicos más el tiempo redimido por estudio y trabajo, encontrándose en fase de mediana seguridad. Considera superado las 3/5 partes de la pena impuesta de 72 meses, esto es, 43.2 meses.

Indica que el 5 de marzo de 2020 a través de su apoderado presentó ante el Juzgado de Ejecución de penas, sustitución de la medida por enfermedad grave, ya que desde el 2012 ha venido padeciendo de Cáncer en hueso izquierdo. La solicitud fue negada y apelada por su apoderado en los términos de ley, -hasta la fecha del 6 de junio no había sido resuelta dicha apelación-.

Informa que a través de su apoderado presentó solicitud de libertad condicional por haber superado las 3/5 partes de la pena, petición que fue

Tutela primera instancia

Accionante: José Dalinger Furniel Díaz

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

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00009
(N.I. 2023-0013-5)

negada por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia el veintiuno 21 julio de 2022. El Subrogado se negó por la peligrosidad de la conducta. La decisión fue apelada y confirmada por el Juez de Conocimiento.

Advierte que presentó nueva solicitud de libertad condicional siendo negada de plano a través de Auto 2122 del 17 de noviembre de 2022.

Afirma que el mismo despacho ha concedido la libertad condicional a otros internos, tal como se puede observar en el fallo de tutela 187 del 23 de noviembre de 2022 proferido por el Magistrado GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME. Solicita tenerse en cuenta la referida decisión a la hora de proferir el fallo de esta acción de tutela.

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Se conceda la solicitud de libertad condicional amparando su derecho a la libertad, salud e igualdad.

RESPUESTA DE LA AUTORIDAD ACCIONADA

La Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia adujo que:

Mediante auto interlocutorio número 2817 del 6 de noviembre de 2020 el Juzgado negó a José Dalinger Furniel Díaz la solicitud de prisión domiciliaria

Tutela primera instancia

Accionante: José Dalinger Furniel Díaz

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

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00009
(N.I. 2023-0013-5)

por grave enfermedad, porque según el dictamen médico realizado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses no se podía fundamentar un estado grave por enfermedad, decisión frente a la cual NO SE INTERPUSO RECURSO ALGUNO.

Advierte que mediante auto interlocutorio N° 2688 del 21 de julio de 2022, el Juzgado negó a José Dalinger Furniel Díaz la solicitud de libertad condicional que formuló, en atención a la grave entidad del delito cometido, decisión que fue recurrida y confirmada en segunda instancia por el Juzgado Fallador en decisión del 9 de septiembre de 2022.

Afirma que el condenado solicitó nuevamente la libertad condicional el 26 de octubre de 2022 y mediante el auto de sustanciación N° 2122 del 16 de noviembre de 2022, el Juzgado la rechazó de plano, aludiendo a que las razones ya habían sido examinadas con suficiencia en el auto interlocutorio N° 2688 del 21 de julio de 2022. Lo anterior, debido a la gravedad de la conducta cometida, sin encontrar razón alguna para reconsiderar lo resuelto y ratificado en la primera oportunidad. Pues, en el caso no resultaba aconsejable la concesión de la libertad condicional para garantía de los fines asignados a la pena por el artículo 4° del Código Penal, en punto a la prevención general y la retribución justa. Además, le puntualizó que el fundamento del rechazo no tenía que ver con el adecuado avance en el proceso de resocialización, un tópico que no se cuestionó, sino con la gravedad del delito cometido, es decir, que tal circunstancia impide el acceso a la gracia, según el artículo 64 del Código Penal.

Solicita se niegue por improcedente la acción.

Tutela primera instancia

Accionante: José Dalinger Furniel Díaz

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

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00009
(N.I. 2023-0013-5)

El Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia informó que una vez se arribó la sustentación del recurso de apelación frente al auto que negó la libertad, se pronunció confirmando la decisión de primera instancia.

Indicó que la decisión que llevó a confirmar la negativa, obedeció a que, si bien el sentenciado cumplía con los presupuestos objetivos de conformidad con el art 64 del C.P. para hacerse acreedor del beneficio, lo cierto es que, atendiendo al análisis del presupuesto subjetivo de la valoración de la conducta, no había lugar al otorgamiento del peticionado subrogado.

De acuerdo con lo anterior, no se reúnen ningunas de las causales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 5° del artículo 1° del decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, le corresponde a esta Sala conocer la acción de tutela objeto de estudio.

En relación con las garantías constitucionales fundamentales que informó la parte actora como vulneradas, la procedencia ha de cifrarse en la configuración de los presupuestos generales¹ que deben concurrir de

¹ Sentencia SU116-18 "los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela establecidos por la Corte son: a) La relevancia constitucional del asunto bajo examen. b) Los efectos decisivos que de la irregularidad denunciada se desprendan y que tengan la entidad de vulnerar las garantías fundamentales de la parte actora. c) Que no se trate de sentencias de tutela. d) Que sea un deber del actor agotar todos los recursos judiciales ordinarios para la defensa de sus derechos fundamentales. e) La inmediatez".

Tutela primera instancia

Accionante: José Dalinger Furniel Díaz

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

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00009
(N.I. 2023-0013-5)

manera conjunta, pues a falta de uno de ellos la pretensión de amparo constitucional deviene en improcedente. Lo anterior respecto a la objeción del auto N° 2122 del 16 de noviembre de 2022 que rechazó de plano la solicitud de libertad condicional; además, involucra las decisiones anteriores de primera y segunda instancia que negaron la solicitud por la gravedad de la conducta.

Queda claro que la queja del accionante es que el juzgado de ejecución negara el subrogado, y además de ello, rechazara de plano su nueva solicitud. Afirma que ya cumple con las 3/5 partes de la pena. Reprocha que se haya negado el subrogado por la gravedad de la conducta, sin tener en cuenta que el mismo Juzgado ha concedido la libertad a otros en su misma condición, afectando su derecho a la igualdad, como se puede observar en *"el fallo de tutela 187 del 23 de noviembre de 2022, proferido por el Magistrado GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME"*.

Según la Corte Constitucional² la acción de tutela contra decisiones judiciales resulta procedente cuando se pretenda proteger los derechos constitucionales fundamentales de las personas que se hayan visto amenazados o vulnerados con una decisión judicial. Se observa a simple vista que concurren los presupuestos para la procedencia de la acción: de la narración de los hechos se infiere que se acusan los autos N° 2688 del 21 de julio de 2022, 50 del 9 de septiembre de 2022 y 2122 del 16 de noviembre de 2022 de presentar defecto fáctico. Reviste relevancia constitucional en tanto se afirma vulnerados derechos fundamentales como el debido proceso, la libertad y la igualdad con las decisiones cuestionadas. El

² Sentencia T-356 de 2007.

Tutela primera instancia

Accionante: José Dalinger Furniel Díaz

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

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00009
(N.I. 2023-0013-5)

accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para la protección de los derechos que invoca, ya que, agotó los recursos en la primera decisión cuestionada, y la última no admite recurso alguno.

La Sala conocerá el fondo del asunto, para detectar si se ha incurrido en alguno de los presupuestos específicos³ que configuren una causal especial de procedibilidad.

La pretensión concreta de la parte actora es que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia conceda la solicitud de libertad condicional presentada en dos oportunidades. Esta Sala pudo constatar que tal pretensión fue estudiada y resuelta debidamente, como se advierte en los anexos aportados, con el auto N° 2688 del 21 de julio de 2022 el Juzgado executor resolvió de fondo la petición de libertad condicional realizada, la cual fue apelada y confirmada en su integridad. A la fecha se encuentra debidamente ejecutoriada.

³ Sentencia T-367/18." **a.** Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. **b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.** **c.** Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. **d.** Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. **f.** Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. **g.** Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. **h.** Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. **i.** Violación directa de la Constitución".

Tutela primera instancia

Accionante: José Dalinger Furniel Díaz

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

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00009
(N.I. 2023-0013-5)

Aunque la decisión fue negada por la gravedad de la conducta, el Juzgado en esa oportunidad realizó el estudio de los demás requisitos objetivos que valorados en conjunto no lograron derruir la gravedad de la conducta. Decisión confirmada íntegramente por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Como se dijo, el 26 de octubre de 2022 volvió a presentar solicitud de libertad condicional. En la nueva solicitud informa que en su criterio confluyen en favor suyo las exigencias objetivas que autorizan el disfrute de la gracia pretendida. Solicitud que fue rechazada de plano mediante auto N° 2122 del 16 de noviembre de 2022. Afirmó la Juez que, por medio de auto del 21 de julio de 2022 resolvió de fondo la solicitud, la negativa del subrogado se sustentó en la gravedad de la conducta.

De acuerdo con lo anterior, no hay razón válida que acredite los cuestionamientos realizados por el accionante. El auto N° 2688 del 21 de julio de 2022 que resolvió de fondo la solicitud de libertad se encuentra ejecutoriado. En esa oportunidad se determinó la negativa con la valoración del requisito subjetivo negando la solicitud, no sin antes valorar los demás requisitos objetivos del artículo 64 del Código penal. Se extrae de los elementos aportados al trámite que la nueva solicitud del condenado solo habla del cumplimiento de los requisitos objetivos, **sin exponer algún cambio en la situación fáctica que amerite un nuevo estudio frente al elemento que se sustenta la negativa del subrogado.**

Se advierte que, una vez resuelta de fondo una petición de libertad condicional, solo es posible obtener un pronunciamiento posterior sobre la

Tutela primera instancia

Accionante: José Dalinger Furniel Díaz

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

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00009
(N.I. 2023-0013-5)

procedencia del subrogado cuando existan nuevas circunstancias que lo ameriten. Por ejemplo, el paso considerable del tiempo contado desde el último auto que denegó el subrogado, constituye un aspecto novedoso que habilita una decisión de fondo sobre la procedencia del mecanismo liberatorio, **siempre y cuando el aspecto indispensable para resolver la solicitud sea la evolución favorable del tratamiento penitenciario.**

En el auto que rechazó de plano la nueva solicitud, no se puso en entredicho el cumplimiento del factor objetivo, señalando que la negativa de la libertad condicional se debía exclusivamente a la valoración negativa de la conducta punible.

Desde ese punto de vista, vale la pena recordar los siguientes apartes de la decisión radicado T 109896 del 28 de abril de 2020, donde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un caso parecido, señaló:

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

Similar valoración realizó en la sentencia T-107533 del 19 de noviembre de 2019, luego de conocer una tutela en segunda instancia emitida por esta Sala que negó el amparo por las mismas razones aquí expuestas. Advirtió la Corte que: tuvo razón el juez executor toda vez que la negativa se cimentó en la sentencia C-757 de 2014, que declaró EXEQUIBLE la expresión "previa

Tutela primera instancia

Accionante: José Dalinger Furniel Díaz

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

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00009
(N.I. 2023-0013-5)

valoración de la conducta punible". Consideró que el juez ejecutor aplicó en debida forma los supuestos normativos y criterios jurisprudenciales, así que no justificaba un nuevo pronunciamiento de fondo por parte del Juzgado de Ejecución de Penas.

Este criterio acogido por la Corte, permite afirmar que el Auto N° 2122 del 16 de noviembre de 2022 dictado por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia es razonable y no permite afirmar que esa providencia sea irregular al abstenerse la Juez de valorar los demás requisitos desde la última vez que denegó la libertad condicional.

Ese auto que rechazó de plano la nueva petición de libertad condicional, es de trámite respecto del cual no proceden los recursos de ley.

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

Ahora, afirmó el accionante se está vulnerando el derecho a la salud. Advierte que presentó sustitución de la medida intramural por enfermedad grave, solicitud que fue negada y apelada, pero a la fecha no ha sido resuelta la apelación. El accionante no aportó documentación que acredite este hecho, por el contrario, la Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia indicó que la decisión que negó el sustituto por enfermedad grave no fue apelada y se encuentra en

Tutela primera instancia

Accionante: José Dalinger Furniel Díaz

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

Radicado: 05000-22-04-000-2023-00009
(N.I. 2023-0013-5)

firme. No se observa afectación alguna al derecho a la salud como lo afirmó Furniel Díaz.

Frente al derecho a la igualdad. Indicó el accionante que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia ha concedido la libertad condicional a otros internos, tal como se puede observar en el fallo de tutela 187 del 23 de noviembre de 2022, proferido por el Magistrado GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME. No comprende la Sala la finalidad del accionante en citar dicha decisión. En el caso en cita se niega el amparo solicitado con similares consideraciones aquí expuestas.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR la protección constitucional solicitada por José Dalinger Furniel Díaz.

SEGUNDO: La presente decisión admite el recurso de impugnación que deberá ser interpuesto dentro del término de ley. Para el efecto, dese cumplimiento a los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5° del reglamentario 306 de 1992. De no ser impugnada la misma, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Tutela primera instancia

Accionante: José Dalinger Furniel Díaz
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas Medidas de Seguridad de
Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00009
(N.I. 2023-0013-5)

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: **4f84a7ecbf73f84e21b09a2313586a6eb083efda1109caeb23820b0233ebb38f**

Documento generado en 29/01/2023 01:20:29 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

Medellín, treinta (30) de enero de dos mil veintitrés

Sentencia segunda instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Gabriel Antonio Echeverri Rendón

Delito: Concurso homogéneo sucesivo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Radicado: 05-318-60-00336-2020-00200

(N.I. TSA 2022-1710-5)

De conformidad con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **VIERNES TRES (3) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS DIEZ Y TREINTRA (10:30) HORAS.**

Se ordena a la Secretaría, por el medio más expedito, se cite a las partes e intervinientes procesales a través de sus correos oficiales, confirmando su asistencia a la diligencia, quienes podrán manifestar si en lugar de la audiencia de lectura virtual prefieren el envío de la decisión, dándose por notificados por ese medio y corriendo los términos pertinentes desde esa fecha.

COMÚNIQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

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

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

Código de verificación: **aa50587603d3435a4b6002bc6e1ad00f4bdbd98e7b874ee17b110ea557d5c602**

Documento generado en 30/01/2023 10:12:01 AM

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

Sentencia Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Ramón Enrique Echavarría Calle

Delito: Tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones

Radicado: 05607 6000 279 2020 00066

(N.I. 2022-2035-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, tres (03) de febrero dos mil veintitrés

Magistrado Ponente:
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 04 del 24 de enero de 2023

Proceso	Sentencia preacuerdo
Sistema	Ley 906 de 2004
Instancia	Segunda
Apelante	Ministerio público
Tema	Mínimo probatorio y proporcionalidad de la rebaja
Radicado	05607 6000 279 2020 00066 (N.I. 2022-2035-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio público en contra de la sentencia del 29 de noviembre de 2022 emitida por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja Antioquia en contra de Ramón Enrique Echavarría Calle.

Sentencia Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Ramón Enrique Echavarría Calle
Delito: Tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones
Radicado: 05607 6000 279 2020 00066
(N.I. 2022-2035-5)

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.

HECHOS

Según se desprende de la sentencia de primera instancia:

En diligencia de allanamiento realizada el 4 de octubre de 2021 en el municipio de El Retiro Antioquia en la finca la chiquilina de propiedad de RAMON ENRIQUE ECHAVARRIA CALLE, fue incautada arma de fuego tipo escopeta serie 22 546, sin el permiso de autoridad competente.

ACTUACIÓN PROCESAL

En contra de Ramón Enrique Echavarría Calle se presentó escrito de acusación como presunto autor de la conducta punible de fabricación, tráfico o porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y homicidio en modalidad de tentativa. Se realizó acusación formal el 25 de julio de 2022.

Dispuesta la audiencia preparatoria el 10 de noviembre de 2022, la fiscalía afirmó que con el procesado y su defensor llegaron a un preacuerdo parcial que consiste en aceptar los hechos de la acusación, relacionados con el delito de fabricación, tráfico o porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones artículo 365 del Código penal. A cambio de esa aceptación de responsabilidad, la Fiscalía acepta su vez, solo para efectos de la pena, degradar la responsabilidad como cómplice, y se fija como pena a cumplir 58 meses de prisión. Además, se pacta como consecuencia la ejecución de la pena en prisión domiciliaria por cuanto el

Sentencia Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Ramón Enrique Echavarría Calle

Delito: Tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones

Radicado: 05607 6000 279 2020 00066

(N.I. 2022-2035-5)

acusado es una persona mayor de 65 años de edad, conforme a los artículos 314.2 y 461 del C.P.P.

El Juez aprobó el preacuerdo, luego de verificar la figura de la complicidad e indicó frente a la disminución punitiva lo siguiente: "si bien es cierto, nuestra CSJ, viene haciendo referencia a unos parámetros fijados por el ordenamiento jurídico y que se han reiterado, precisamente para evitar a través de éstos, beneficios desbordados como los que fueron analizados en la sentencia SU-479 de 2019, entre los que se encuentra "el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo", entre otros, es evidente que apenas son unas pautas para evaluar la rebaja, más no las únicas, no sólo porque así lo sugiere el tenor literal de la decisión citada, al referir que destaca apenas, algunas de ellas." Además: "i) la aceptación de cargos se efectúa vía preacuerdo antes de iniciarse la audiencia preparatoria, y no se puede echar de menos que este no es un asunto simple o de flagrancia, se trata de un hecho que se conoció luego de una investigación matriz por homicidio tentado que en allanamiento y registro logró este hallazgo, al punto que es por manifestación de un tercero, que se atribuyó esta tenencia al acusado ii) el arrepentimiento y participación directa en la solución del caso que expresó el acusado al aceptar los cargos; iii) la pena pactada 58 meses en prisión, no es una pena o un beneficio que cree una situación de injusticia, precisamente por su severidad, independiente de su ejecución en centro penitenciario o en domicilio por una condición de edad, 72 años, no incompatible ello con la gravedad propia de un delito de peligro abstracto".

Ahora, frente al mínimo probatorio, indicó que existen elementos suficientes para afirmar sin duda razonable alguna que, RAMON ENRIQUE ECHAVARRIA CALLE, tenía en su propiedad arma de fuego sin permiso emitido por autoridad competente.

Finalmente declaró penalmente responsable a Echavarría Calle por el delito de fabricación, tráfico o porte o tenencia de armas de fuego, accesorios,

partes o municiones artículo 365 del Código penal, a la pena de 58 meses de prisión. Sustituyó la pena de prisión por prisión domiciliaria.

IMPUGNACIÓN

El Ministerio público interpuso recurso de apelación con la finalidad que se revoque la decisión. Argumenta su recurso en dos puntos:

1. Legalidad de la Pena:

Advierte que el injusto de porte ilegal de armas de fuego está penado en la codificación entre 9 a 12 años de prisión, es decir, de 108 a 144 meses. Al realizar la operación aritmética de obtener 1/3 parte, la misma equivaldría a 36 meses que se le descontarían al mínimo, esto es, a los 108 meses quedando en 72 meses de prisión. Por tanto, no es posible impartir legalidad a un preacuerdo bajo la ficción de autor a cómplice para tenencia de arma de fuego en sede de preparatoria sobre 58 meses de prisión (Casi el 50% de la pena efectiva a imponer), pues como viene de acotarse aritméticamente la pena en todo caso, independientemente de la figura que escojan las partes debe ser coherente con la etapa y no desconocer el avance del proceso que ya en preparatoria arroja un mínimo de pena de 72 meses de prisión.

2. Materialidad de la conducta:

Informó que de los elementos materiales probatorios que se corrió traslado para satisfacer el mínimo de prueba y con ello la tipicidad de la conducta, se aportó la Constancia Verificación CINAR del 5 de octubre signada por la Patrullera María Norelly Giraldo Pareja de la UBIC de La Ceja en la cual consignó que entabló comunicación con el Sargento Viceprimero Jorge Barreto Mogollón de la dependencia CINAR quien le informó que dicha escopeta registraba como propietario el señor Gilberto Cárdenas Baracaldo

Sentencia Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Ramón Enrique Echavarría Calle

Delito: Tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones

Radicado: 05607 6000 279 2020 00066

(N.I. 2022-2035-5)

identificado con cédula de ciudadanía número 111.199 sin más datos. No se corroboró o certificó si quiera de manera sumaria si el señor Ramón Enrique Echavarría Calle identificado con cédula de ciudadanía número 8.313. 352 de Medellín tiene algún permiso para porte o tenencia de arma de fuego de defensa personal. Por tanto, es imposible satisfacer ese mínimo probatorio e incluso la inferencia razonable de autoría o participación a cualquier título en el porte de armas.

Cuestiona que el CINAR sea autoridad competente para certificar o acreditar el porte de armas o su tenencia en Colombia. Advierte que según decisiones del Tribunal de Antioquía se consideró que los competentes para la expedición y revalidación de permisos es el Ministerio de Defensa Nacional. Ahora, informa que si bien existe libertad probatoria ello no implica desconocer en últimas quienes son los órganos competentes y entidades respectivas para acreditar un determinado punto de derecho.

Afirma que no obra en el plenario elemento material probatorio o de conocimiento que satisfaga mínimamente el haberse agotado el elemento normativo y objetivo del tipo en disfavor del sentenciado. No se acreditó la tipicidad que sustentó la responsabilidad del condenado más allá de duda razonable.

La defesa como no recurrente:

La degradación de la conducta como modalidad de preacuerdo no puede asimilarse analógicamente con la aceptación unilateral, como generadora de descuentos punitivos. Si así fuera, se aceptaría una derogación jurisprudencial de los preacuerdos porque lo único permitido sería el descuento planteado por aceptación unilateral. Preacordar sobre las consecuencias jurídicas de los hechos y la readecuación de la conducta como ficción legal son institutos que hacen parte de las terminaciones anticipadas, pero no son modalidades análogas a la aceptación

Sentencia Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Ramón Enrique Echavarría Calle

Delito: Tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones

Radicado: 05607 6000 279 2020 00066

(N.I. 2022-2035-5)

“unilateral”. La razón: En los preacuerdos la aceptación deja de ser unilateral para convertirse “negociada”.

Frente al otro punto, informó que el informe de registro y allanamiento, acompañado de los estudios técnicos del arma representan un sustento mínimo que permite inferir la materialidad de la conducta. No obstante, dichos elementos no representan certeza como grado de conocimiento. Es la aceptación del procesado la que permite brindar certeza sobre unos elementos aun no debatidos en juicio. En ningún preacuerdo se podría hablar de certeza ante elementos de los que se infiere la materialidad de la conducta.

Solicita se confirme la decisión impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala definirá si el Juez de primera instancia acertó en la aceptación del preacuerdo respecto al mínimo probatoria propuesto para la materialidad de la conducta y la proporcionalidad de la rebaja de pena pactada entre las partes. Anticipa que la decisión será confirmada.

I) Sobre el mínimo probatorio

La base fáctica expuesta por la fiscalía hace relación a elementos típicos del delito de fabricación tráfico o porte de armas de fuego o municiones. El reparo del ministerio público se centró en dos puntos concretos:

- Que no se corroboró o certificó si el señor Ramón Enrique Echavarría Calle identificado con cédula de ciudadanía número 8.313. 352 de Medellín tiene algún permiso para porte o tenencia de arma de fuego de defensa personal.

Sentencia Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Ramón Enrique Echavarría Calle

Delito: Tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones

Radicado: 05607 6000 279 2020 00066

(N.I. 2022-2035-5)

- Que el CINAR no es autoridad competente para certificar o acreditar el porte de armas o su tenencia en Colombia a pesar de existir libertad probatoria en el tema.

Para sustentar esto reparos, citó decisiones de la CSJ y de este Tribunal que hacen referencia a casos donde existió un debate probatorio en juicio oral para probar la responsabilidad en el delito de porte de armas, sin tenerse en cuenta que el caso que nos ocupa es una sentencia anticipada.

La verificación de presupuestos legales debe realizarse de acuerdo con el estándar de conocimiento requerido para proferir cada decisión. Véase que no se llevó a cabo un juicio oral, público y contradictorio. La apreciación de los elementos de convicción aportados por la fiscalía para soportar su pretensión, en ocasión a la negociación efectuada con el procesado y su defensor, se debe limitar a las exigencias requeridas para cada etapa procesal. Desde la inferencia razonable o probabilidad de verdad de la ocurrencia de un delito, así como de la autoría o participación del imputado o acusado, según lo determina el legislador para que la fiscalía formule la imputación o acusación.¹

Los elementos materiales de prueba muestran como probable que el procesado participó en la conducta imputada. RAMON ENRIQUE ECHAVARRIA CALLE el 4 de octubre de 2021 tenía en su propiedad, ubicada en el municipio del Retiro Ant., denominada finca la chiquilina, un arma de fuego tipo escopeta calibre 16 numeración 22546, sin permiso de autoridad competente. Hechos que se extraen del informe de allanamiento y registro, del acta de incautación de elementos y el informe técnico sobre el arma, y que la misma corresponde a una persona de nombre GILBERTO CARDENAS BARACALDO² y no al procesado. Además, se extrajo del acta de allanamiento y registro que la señora Soledad Restrepo esposa del

¹Sentencia 52227 Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia “Lo que sí es claro es que en uno y otro evento (trámite ordinario y condena anticipada) las constataciones que deben realizar los jueces varían sustancialmente, pues, a manera de ejemplo, mientras en el primero impera el estándar de convencimiento más allá de duda razonable, en el segundo se debe verificar la existencia de “un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”, como lo dispone el artículo 327”.

² Página 77 en adelante “20Emp”

Sentencia Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Ramón Enrique Echavarría Calle

Delito: Tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones

Radicado: 05607 6000 279 2020 00066

(N.I. 2022-2035-5)

procesado informó que el arma se encontraba en la finca donde reside con su esposo y su hija hace más de 17 años. Por último advirtió que no cuentan con documentación alguna o permiso para porte.

Esta información es la que explica mínimamente el origen de la vinculación del procesado en el punible. Pues, se tiene que el acto de investigación devino de una denuncia realizada por el señor Juan David Morales Hernández quien fue impactado con arma de fuego el 7 de agosto de 2020 en la Finca la chiquilina, y que en el lugar de los hechos se encontraba Ramón Enrique Echavarría Calle.

Teniendo en cuenta lo anterior y la versión de Soledad Restrepo, se puede inferir que el procesado conocía que el arma de fuego que se encontraba en su residencia carecía permiso de autoridad competente.

Estos elementos conforman un mínimo de prueba que permiten inferir la autoría o participación del procesado en la conducta. Siendo suficiente en esta etapa procesal para colmar el estándar de convencimiento más allá de toda duda frente a la demostración de la participación puntual del encartado. Esto sin dejar de apreciar que, voluntariamente, el procesado acordó aceptar la responsabilidad de la conducta, lo que suma mérito probatorio a la hipótesis de la Fiscalía.

ii) Sobre la proporcionalidad de la rebaja de pena

La Fiscalía degradó la participación del procesado de *autor* a *cómplice*, solo con miras a una rebaja de pena. Se pactó una rebaja del 46% fijando la pena en 58 meses de prisión. Advirtió el recurrente que según la etapa en la que se dio la negociación, no es posible realizar una rebaja de casi el 50% de la pena imponer, solo se podía brindar una rebaja de 1/3 parte, quedando como mínimo 72 meses de pena.

Sentencia Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Ramón Enrique Echavarría Calle

Delito: Tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones

Radicado: 05607 6000 279 2020 00066

(N.I. 2022-2035-5)

La Sala comparte los argumentos del Juez. Las sentencias 52227 de 2020, 51478 de 2020, entre otras, refieren pautas para fijar la rebaja pena en la negociación que tienen naturaleza enunciativa no taxativa. De esta manera la oportunidad procesal como criterio para fijar la rebaja por acuerdo es solo uno de los posibles criterios a considerar.

En esta oportunidad, el Juez adujo varios criterios adicionales: la naturaleza del hecho; que la captura no se dio en situación de flagrancia; la edad del procesado, así como el tipo de arma, circunstancias que ameritaron una interpretación legal y razonable que se corresponde con los fines de proporcionalidad que ha enunciado la Jurisprudencia de la Sala Penal de la CSJ. En todo caso, el acuerdo no afectó la calificación jurídica inicial, pues finalmente se está condenado por el delito imputado de fabricación, tráfico o porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. La tasación de la sanción penal a imponer no se determinó únicamente por el porcentaje específico según la etapa procesal, sino en aplicación de los límites punitivos previstos para la figura de la complicidad, esto es, una rebaja de una sexta parte a la mitad.

Finalmente, el recurrente citó sentencias de esta Sala en las que se decidió la ilegalidad en el acuerdo celebrado por exceder el momento procesal en que se concedió la rebaja. No obstante en el presente evento, a diferencia de los anteriores pronunciamientos de esta Sala, el Juez otorgó criterios razonables para sustentar la proporcionalidad de la rebaja otorgada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión apelada.

Sentencia Segunda Instancia ley 906 de 2004

Acusado: Ramón Enrique Echavarría Calle
Delito: Tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones
Radicado: 05607 6000 279 2020 00066
(N.I. 2022-2035-5)

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: **f0dff99d457aba1ed189ae597bb65590786656510ff6b1a8d3fe8ff3b4cbbb0b**

Documento generado en 26/01/2023 09:03:12 PM

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