

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 024

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	ACCIONANTE/SOLICITANTE DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	Decisión	Fecha de decisión
2023-0142-1	Tutela 2° instancia	LUÍS CARLOS SERNA DUQUE Y OTROS	UNIDAD DE ATENCIÓN Y REPARACIÓN A LAS VICTIMAS	Confirma fallo de 1° instancia	Febrero 10 de 2023
2023-0176-1	Consulta a desacato	JAVIER FRANCISCO NORIEGA SALAS	NUEVA EPS	Modifica sanción consultada	Febrero 10 de 2023
2023-0112-3	Tutela 1° instancia	DANIEL ALEJANDRO HIGUITA CORREA	JUZGADO 7° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA	Concede derechos invocados	Febrero 10 de 2023
2023-0116-4	Tutela 1° instancia	VILLANIRA DE JESÚS RUIZ GUERRERO	FISCALÍA 117 SECCIONAL DE APARTADO ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por hecho superado	Febrero 10 de 2023
2023-0105-4	Tutela 2° instancia	CARLOS ALBERTO CÉSPEDES MARTÍNEZ	JUZGADO 1° PROMISCOU MUNICIPAL DE APARTADO Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Febrero 10 de 2023
2022-2015-5	Tutela 1° instancia	JHONATAN STIVEN ARDILA LEÓN	JUZGADO 2° DE E.P.M.S. DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA Y OTROS	Concede recurso de apelación	Febrero 10 de 2023
2023-0209-5	Tutela 1° instancia	AROLDO SACRISTÁN MAHECHA	JUZGADO 2° PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA Y OTROS	inadmite acción de tutela	Febrero 10 de 2023
2023-0192-5	Decisión de Plano	EDITH MARÍA BARANDICA URREA	Y GOBERNACIÓN DEL CHOCÓ Y OTROS	Dirime conflicto de competencia	Febrero 10 de 2023
2022-1606-6	Sentencia 2° instancia	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	VICTOR ALFONSO OSORIO MARULADA	modifica sentencia de 1° instancia	Febrero 10 de 2023
2022-1682-5	Sentencia 2° instancia	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	WALTER ANDRÉS AGUDELO	Revoca sentencia de 1 instancia	Febrero 10 de 2023

2022-0135-5	Sentencia 2º instancia	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	LUIS MIGUEL PINEDA CUADRADO	Confirma sentencia de 1º Instancia	Febrero 10 de 2023
-------------	------------------------	-----------------------------------	-----------------------------	------------------------------------	--------------------

FIJADO, HOY 13 DE FEBRERO DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, nueve (09) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 023

PROCESO : 05697 31 04 001 2023 00002 (2023-142-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : LUÍS CARLOS SERNA DUQUE Y OTROS
ACCIONADO : UNIDAD ADMINISTRATIVA PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN
INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS
PROVIDENCIA: FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.
=====

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por los accionantes en contra de la sentencia del 24 de enero de 2023, a través de la cual el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia) declaró hecho superado frente a la solicitud de amparo presentada por LUIS CARLOS SERNA DUQUE, TERESA DE JESÚS SERNA DUQUE, MARIA CECILIA SERNA DUQUE, CLARA ROSA SERNA DUQUE, GLADYS DE JESÚS SERNA DUQUE y URIEL FERNANDO SERNA DUQUE.

LA DEMANDA

Refirieron los accionantes que en el año 2008 iniciaron el proceso de reclamación de la reparación administrativa por el homicidio de su hermano, inicialmente a nombre de su padre el señor Ramón Isidro Serna Hoyos, con radicado 221767, pero quien desafortunadamente falleció el 23 de diciembre de 2010 sin haber obtenido respuesta alguna frente a dicho trámite.

Señalaron que luego de la muerte de su padre continuaron con el

proceso en favor de su madre la señora María Teresa Duque Quintero, quien también falleció el 22 de enero de 2012 y aún sin recibir respuesta a la solicitud.

Luego continuaron con el proceso a nombre de 7 hermanos vivos de la víctima, a quienes desde el 2012 no les han informado nada sobre el proceso, ni positiva, ni negativamente, a pesar de haber llamado en varias oportunidades y acercarse a la oficina de víctimas de los municipios de Rionegro, El Santuario y Granada, entidad que les ha vulnerado el derecho a la reparación de víctimas, debido proceso, y el derecho a la información, ya que requieren tener certeza sobre la fecha cierta y aproximada para la materialización y entrega de los recursos.

Por último, solicitaron que se les amparen los derechos invocados como vulnerados y se ordene a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas -UARIV-, que en el menor tiempo posible resuelva de fondo las peticiones elevadas en los años 2008, 2011 y 2012, de manera oportuna, precisa y congruente.

LA RESPUESTA

La UNIDAD ADMINISTRATIVA PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS indicó que los actores se encuentran incluidos en el RUV, por el hecho victimizante del homicidio de Rodrigo Alberto Serna Duque, en cuanto a la petición presentada por Teresa de Jesús Serna Duque, María Cecilia Serna Duque, Luis Carlos Serna Duque, Luz María Serna Duque, Clara Rosa Serna Duque, Gladys de Jesús Serna Duque y Uriel Fernando

Serna Duque, fue contestada de fondo mediante comunicación emitida bajo el código lex 7163020, enviada a los correos electrónicos teresernaduque@hotmail.com; mceillaserna1907@gmail.com; luzmariasd04@gmail.com; orne115@hotmail.com; ornellaruizs@gmail.com; mariaf.2309@outlook.es; ufserna@gmail.com; ufserna@hotmail.com.

Señaló que, frente a la indemnización administrativa reclamada, la UARIV está realizando las verificaciones correspondientes en los diferentes sistemas de información a fin de establecer de manera definitiva si les asiste o no el derecho a recibir la medida y, aclaró que el procedimiento se encuentra contemplado en la Resolución 01049 de 15 de marzo de 2019, el cual contempla cuatro fases, a saber: a) Fase de solicitud de indemnización administrativa. b) Fase de análisis de la solicitud. c) Fase de respuesta de fondo a la solicitud. d) Fase de entrega de la medida de indemnización.

Afirmó que la UARIV se encuentra realizando las verificaciones correspondientes en los diferentes sistemas de información a fin de establecer si a los señores Teresa de Jesús, María Cecilia, Luis Carlos, Luz María, Clara Rosa, Gladys de Jesús y Uriel Fernando Serna Duque, les asiste el derecho o no a recibir la medida. Una vez concluido el trámite anterior, la Entidad le estará informando a los accionantes el resultado a través de acto administrativo debidamente motivado.

Manifestó que, con respecto a la fecha cierta de entrega, advierte que, de ser procedente la medida, pero no acreditarse alguna situación de urgencia manifiesta o de extrema vulnerabilidad de las

previstas en el artículo 4 de la Resolución No. 01049 del 15 de marzo de 2019, y el artículo 1 de la Resolución 582 de 2021 (Edad de 68 años, o enfermedad huérfana, ruinosa, catastrófica o de alto costo o discapacidad), el orden de otorgamiento o pago de la indemnización estará sujeto al resultado de la aplicación del Método Técnico de Priorización, el cual permite a la UARIV generar el orden más apropiado para entregar la indemnización administrativa de acuerdo con la disponibilidad presupuestal destinada para tal fin, el cual se aplica anualmente y será respecto a la totalidad de víctimas que al finalizar el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior cuenten con decisión de reconocimiento de indemnización administrativa a su favor.

Expresó que, frente a la solicitud de inclusión en ruta prioritaria, indica que no se acreditaron los criterios de priorización establecidos en la Resolución 01049 de 2019 en su artículo 4 y en la Resolución 582 de 2021 artículo 1, razón por la cual no pueden ser incluidos en dicha ruta, de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a la igualdad que le asiste a las demás víctimas del conflicto que sí acrediten una circunstancia de vulnerabilidad manifiesta o las personas que se encuentran en igualdad de condiciones que las que presenta los accionantes, por lo que teniendo en cuenta que Teresa de Jesús Serna Duque, María Cecilia Serna Duque, Luis Carlos Serna Duque, Luz María Serna Duque, Clara Rosa Serna Duque, Gladys de Jesús Serna Duque y Uriel Fernando Serna Duque manifiestan que les asiste una discapacidad, la entidad los invita a que documenten dicha circunstancia ante la Unidad para que sea tomada en cuenta aportando la documentación que procede para cada situación.

Aseguró que se les informó que en caso de no contar con los certificados, es válido como soporte de discapacidad la Epicrisis o el resumen de historia clínica expedida por la EPS, que dé cuenta expresa de los datos personales de la víctima, el diagnóstico o los diagnósticos médicos, la discapacidad y su categoría.

Expuso que si bien es cierto las víctimas acuden a la acción de tutela en aras de lograr la protección de derechos fundamentales presuntamente amenazados por la Unidad para las Víctimas, quedó demostrado que dicha Entidad, dentro del término de traslado de la acción, no incurrió en la vulneración alegada, toda vez que se configura la carencia de objeto, al haberse dado la respuesta a los actores de manera clara, precisa y congruente con lo solicitado y se resolvió de fondo la petición.

Solicita denegar las pretensiones de los accionantes Luis Carlos Serna Duque, Teresa de Jesús Serna Duque, María Cecilia Serna Duque, Clara Rosa Serna Duque, Gladys de Jesús Serna Duque y Uriel Fernando Serna Duque, en razón a que la Unidad para las Víctimas, acreditó que ha realizado, dentro del marco de sus competencias, todas las gestiones necesarias para cumplir los mandatos legales y constitucionales, evitando que se vulneren o pongan en riesgo sus derechos fundamentales.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juzgado de Primera instancia consideró que ya se obtuvo una respuesta de fondo y clara de cara a lo peticionado, en tanto la Unidad indicó que les dio respuesta a los señores Luis Carlos Serna Duque, Teresa de Jesús Serna Duque, María Cecilia Serna Duque,

Clara Rosa Serna Duque, Gladys de Jesús Serna Duque y Uriel Fernando Serna Duque informándole que:

“La UARIV se encuentra realizando las verificaciones correspondientes en los diferentes sistemas de información a fin de establecer si a los señores TERESA DE JESÚS SERNA DUQUE, MARIA CECILIA SERNA DUQUE, LUIS CARLOS SERNA DUQUE, LUZ MARIA SERNA DUQUE, CLARA ROSA SERNA DUQUE, GLADYS DE JESÚS SERNA DUQUE y URIEL FERNANDO SERNA DUQUE, les asiste el derecho o no a recibir la medida. Una vez concluido el trámite anterior, la Entidad le estará informando a los accionantes el resultado a través de acto administrativo debidamente motivado.

Con respecto a la fecha cierta de entrega, advierte que, de ser procedente la medida, pero no acreditarse alguna situación de urgencia manifiesta o de extrema vulnerabilidad de las previstas en el artículo 4 de la Resolución No. 01049 del 15 de marzo de 2019, y primero de la Resolución 582 de 2021 (Edad de 68 años, o enfermedad huérfana, ruinoso, catastrófica o de alto costo o discapacidad)⁴, el orden de otorgamiento o pago de la indemnización estará sujeto al resultado de la aplicación del Método Técnico de Priorización, el cual permite a la UARIV generar el orden más apropiado para entregar la indemnización administrativa de acuerdo con la disponibilidad presupuestal destinada para tal fin, el cual se aplica anualmente y será respecto a la totalidad de víctimas que al finalizar el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior cuenten con decisión de reconocimiento de indemnización administrativa a su favor.

Frente a la solicitud de inclusión en ruta prioritaria indica que no se acreditó los criterios de priorización, establecidos en la Resolución 01049 de 2019 en su artículo 4 y en la Resolución 582 de 2021 artículo 1, razón por la cual no puede ser incluido en dicha ruta, de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a la igualdad que le asiste a las demás víctimas del conflicto que si acrediten una circunstancia de vulnerabilidad manifiesta o las personas que se encuentran en igualdad de condiciones que las suyas.

Que los criterios de priorización establecidas en el artículo 4 de la Resolución 1049 de 2019 y primero de la Resolución 582 de 2021, esto son: i) tener más de 68 años de edad, o, ii) tener enfermedad huérfana, de tipo ruinoso, catastrófico o de alto costo definidas como tales por el Ministerio de Salud y Protección Social, o iii) tener discapacidad que se certifique bajo los criterios, condiciones e instrumentos pertinentes y conducentes que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social o la Superintendencia Nacional de salud.

Teniendo en cuenta que TERESA DE JESÚS SERNA DUQUE, MARIA CECILIA SERNA DUQUE, LUIS CARLOS SERNA DUQUE, LUZ MARIA SERNA DUQUE, CLARA ROSA SERNA DUQUE, GLADYS DE JESÚS SERNA DUQUE y URIEL FERNANDO SERNA DUQUE manifiesta que le asiste una discapacidad, los invita a que documente dicha circunstancia ante la Unidad para que sea tenida en cuenta aportando la documentación...”

En consecuencia, declaró carencia actual de objeto la acción de

tutela interpuesta contra la entidad accionada, por hecho superado.

LA IMPUGNACIÓN

Los accionantes impugnaron el fallo indicando que por cuanto no fueron consideradas circunstancias especiales de los tutelantes como son la avanzada edad que los hace personas de especial protección de acuerdo a la jurisprudencia colombiana y a los tratados internacionales, así como tampoco fue considerado el estado de salud de Luis Carlos Serna Duque, Teresa de Jesús Serna Duque y Gladys de Jesús Serna Duque, quienes sufren de enfermedad Renal, la cual, es una enfermedad crónica y los cuales no tienen acceso a pensión alguna en el presente al igual que María Cecilia Serna Duque y Luz María Serna Duque, que son madres solteras, con una hija de 20 años que se encuentra cursando estudios superiores en la actualidad, por lo que no tiene apoyo económico de parte de ella.

Consideraron que el despacho no hizo un análisis del proceso a la luz de la jurisprudencia actual, por cuanto consideraron que la respuesta dada por el ente accionado fue insuficiente en oposición a la petición realizada, ya que en la respuesta dada no se determina una fecha cierta de respuesta para acceder a la indemnización, porque, si bien hay una petición del 2022, no evidenció el despacho que desde el año 2012, están en la espera de la indemnización, y el fallo de tutela es cómplice de la negligencia del accionado que podría esperar otros 10 años para dar la respuesta a la petición inicial de indemnización.

Adicionó que en sus condiciones de víctimas y el derecho a la

medida de indemnización administrativa por el hecho victimizante descrito en la tutela no ha sido satisfecho a pesar de llevar más de 10 años en la búsqueda de un resarcimiento. Y se suma el hecho de que, por la tramitología impuesta por la Unidad de Víctimas, hace ilusoria una reparación a la que, se reitera, tienen derecho, pues ésta no ha sido clara en los resultados obtenidos en la práctica del Método Técnico de Priorización ni cómo ha sido inaplicado para éste caso concreto.

Afirmaron que si bien es cierto se debe cumplir con el trámite administrativo respectivo, también lo es que las víctimas necesitan de la atención y respuestas oportunas y concretas por parte de la Entidad, para que ésta dé cabal cumplimiento a los objetivos por los cuales fue creada y no mantener en zozobra a las víctimas frente a la indemnización perseguida, situación que se suma a los dolorosos hechos que tuvieron que sufrir.

Aseguró que si el Juzgado Penal del Circuito tenía dudas de las circunstancias que los rodean y de la falta de respuesta de la entidad accionada, debió decretar pruebas de acuerdo a las facultades oficiosas que da la ley, para no fallar atendiendo a una respuesta estándar que usa la accionada, carente de toda precisión e inconulta de las realidades de los tutelantes.

CONSIDERACIONES

La Sala advierte que el problema jurídico propuesto se contrae en determinar si la entidad accionada ha vulnerado o no los derechos invocados por los accionantes Luis Carlos Serna Duque, Teresa de Jesús Serna Duque, María Cecilia Serna Duque, Clara Rosa Serna

Duque, Gladys de Jesús Serna Duque y Uriel Fernando Serna Duque, teniendo en cuenta que los actores aduce ha solicitado se le informe la fecha aproximada para hacer efectiva la materialización de la entrega de la indemnización y se ingrese a la ruta de priorización, toda vez que afirman que la respuesta brindada por la entidad no es una respuesta clara, precisa y de fondo.

La Constitución Política, en su artículo 23 consagra que *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”*.

Frente a las características esenciales del derecho de petición, ha sido abundante y reiterativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al considerar que el núcleo esencial de este derecho reside en la resolución pronta y oportuna de la solicitud.

En este sentido, esa Corporación ha manifestado:

“(i) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, garantizando a su vez otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión; (ii) el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión; (iii) **la petición debe ser resuelta de fondo, de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado**; (iv) la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible; (v) la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita; (vi) este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, y en algunos casos a los particulares; (vii) el silencio administrativo negativo, entendido como un mecanismo para agotar la vía gubernativa y acceder a la vía judicial, no satisface el derecho fundamental de petición pues su objeto es distinto. Por el contrario, el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de

petición; (viii) el derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa; (ix) la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea, no la exonera del deber de responder; y (x) ante la presentación de una petición, la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado”.¹

De lo anterior, se destaca que el derecho de petición exige, por parte de las autoridades competentes, una decisión de fondo a lo requerido por el ciudadano, lo cual implica la prohibición de respuestas evasivas o abstractas, sin querer decir con ello que la respuesta deba ser favorable. La respuesta de fondo implica un estudio sustentado del requerimiento del peticionario, acorde con las competencias de la autoridad frente a la que ha sido presentada la petición.

De suerte que la administración tiene que responder las solicitudes respetuosas elevadas por los asociados, sin que para el efecto interese la persona, como tampoco la dependencia que recibió la petición, porque las autoridades deben coordinar lo relacionado con la recepción de peticiones y la oportuna y congruente respuesta de las mismas, facilitando así la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política administrativa y cultural de la nación, como lo disponen los artículos 2º, 23 y 209 constitucionales.

Es por ello que, sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado en diferentes oportunidades que sobre las autoridades públicas recae un deber de orientación, cuyos fundamentos constitucionales residen en el principio de solidaridad (artículo 1º Superior) y en la razón misma de la existencia del Estado, consagrada en el artículo primero de la Constitución Política, que no es otra que servir a las

¹ Sentencia T- 249 de 2001.

personas que residen en territorio colombiano.

En el caso en estudio, se advierte que los señores Luis Carlos Serna Duque, Teresa de Jesús Serna Duque, María Cecilia Serna Duque, Clara Rosa Serna Duque, Gladys de Jesús Serna Duque y Uriel Fernando Serna Duque aducen que solicitaron el pago de la indemnización administrativa, se les diera una fecha exacta y se le ingresara a la ruta de priorización a sabiendas que tres de ellos sufre de enfermedad renal y otra tiene discapacidad, además de una espera de más de 10 años.

El Juez de primera instancia declaró improcedente el amparo por hecho superado, en tanto la lesión al derecho de petición ha cesado, pues se obtuvo una respuesta de fondo y clara a lo solicitado, esto es, la situación que originó la acción ya desapareció, por lo que se presentó un hecho superado que tornaba improcedente la acción de tutela.

Los señores Luis Carlos Serna Duque, Teresa de Jesús Serna Duque, María Cecilia Serna Duque, Clara Rosa Serna Duque, Gladys de Jesús Serna Duque y Uriel Fernando Serna Duque en el escrito de impugnación, informaron que la respuesta emitida por parte de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas no es una respuesta de clara, precisa y de fondo porque, si bien le informaron sobre el procedimiento a realizar, no le indicaron la fecha probable del pago, ni mucho menos los ingresaron a la ruta de priorización sin tener en cuenta que sufren de enfermedad renal y tiene discapacidad, pero sobre eso no le dieron nada, por lo que continúa la vulneración de sus derechos fundamentales

Revisada la actuación se advierte que el pago de la indemnización administrativa depende que inicialmente sean aceptadas las solicitudes de dicho pago para así lograr entrar a definir su reconocimiento y pago, por lo que no es posible ordenar el pago inmediato de la indemnización administrativa por medio de la acción constitucional, además de los elementos aportados por los accionantes no se puede evidencia que se haya realizado alguna petición anterior a la suministrada en los anexos y pues ello es competencia de la entidad accionada, además tampoco se evidenció que hubiesen aportado los documentos necesarios para que fueran incluidos en la ruta de priorización por la de la entidad.

No obstante, sí es del resorte del trámite constitucional, verificar que la entidad brinde una respuesta clara, de fondo y acorde con lo solicitado, situación que se pudo constatar toda vez que los señores Luis Carlos Serna Duque, Teresa de Jesús Serna Duque, María Cecilia Serna Duque, Clara Rosa Serna Duque, Gladys de Jesús Serna Duque y Uriel Fernando Serna Duque tuvieron conocimiento de la respuesta de la Entidad, la cual se advierte es congruente con lo solicitado, es una respuesta de fondo a lo pedido, pues debido a las dificultades de índole administrativo, es claro que no es posible el pago de forma inmediata y es razonable realizar las correspondientes verificaciones sobre los sistemas de información, de cara al análisis de los criterios de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad contenidos en los artículos 4 de la Resolución 1049 de 2019 y primero de la Resolución 582 de 26 de abril de 2021.

Así las cosas, la Sala no observa vulneración de ningún derecho constitucional fundamental, porque la entidad dio respuesta de fondo a su petición de indemnización administrativa.

Por lo anterior, se confirmará el fallo de primera instancia, por lo anteriormente expuesto.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada

Firmado Por:

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

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De 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: **d87819a7c930c1c4e2eeda494a3072cf92c607e8c5db4fee71c4179641779a3d**

Documento generado en 10/02/2023 10:27:05 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

Medellín, diez (10) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 024

PROCESO	:	05045 31 04 001 2022 00021 (2023-0176-1)
ASUNTO	:	CONSULTA DESACATO
INCIDENTANTE:	:	JAVIER FRANCISCO NORIEGA SALAS
INCIDENTADA :	:	NUEVA EPS
PROVIDENCIA :	:	CONFIRMA Y DECRETA NULIDAD SANCIÓN

VISTOS

La Sala resuelve la consulta de la decisión emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó– Antioquia-, el 06 de febrero de 2023, en la que resolvió sancionar por desacato a la orden contenida en la sentencia de tutela del 09 de mayo de 2022 al Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ y al Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, como Presidente, Gerente Regional Noroccidente y Vicepresidente de Salud de la NUEVA EPS.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de tutela del 09 de mayo de 2022, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó– Antioquia- y confirmada en lo que respecta a la Nueva EPS y a Expobananas por el Tribunal Superior de Antioquia el 17 de junio de 2022, donde se resolvió

amparar los derechos fundamentales invocados por el señor JAVIER FRANCISCO NORIEGA SALAS y como consecuencia de ello, ordenó:

“...2° Se ordena a los representantes Legales de la ARL Positiva Compañía de Seguros, para que adelante las gestiones pertinentes para que se lleve a cabo consulta por fisiatría a favor del accionante; de la Nueva EPS, para que se realice a este, valoración por especialista en columna por enfermedad degenerativa de tronco; y de Espobananas, para que autorice valoración del accionante por el médico laboral de la empresa, para recomendaciones por enfermedad degenerativa de tronco; dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la la notificación de esta decisión. Las entidades accionadas deben garantizar al accionante la continuidad de la prestación del servicio de salud a favor del accionante según lo dispongan los médicos tratantes...”

“...“SE REVOCA parcialmente el numeral segundo del fallo en lo que respecta a la orden impartida a la ARL Positiva con respecto a consulta por fisiatría por estar frente a un hecho superado como se analizó en la parte considerativa y en lo demás referente al fallo impugnado se CONFIRMA por lo indicado en la parte motiva de esta providencia...”

Debido al incumplimiento en el fallo de tutela, el accionante presentó incidente de desacato ante el juzgado que profirió la decisión, el cual ordenó requerir previo a abrir el trámite incidental con auto de sustanciación No. 325 del 19 de diciembre de 2022, en contra del Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, Presidente, el Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRIA DIEZ Gerente Regional Noroccidente y el Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de salud y superior jerárquico del gerente de la NUEVA EPS, además de requerir al Dr. JOHN EDILSON SIERRA HOLGUÍN, Representante legal de la Sociedad Expobananas S.A.S, para que se cumpla con el fallo de tutela, remitiéndose notificación el 19 de diciembre de 2022 al correo que tiene la entidad habilitado para tal efecto, esto es, secretaria.general@nuevaeps.com.co y sociedadexpobananas@gmail.com.

Como no se tuvo respuesta por parte de las entidades, la Oficina Judicial mediante auto de sustanciación No. 005 del 13 de enero de 2023 ordenó abrir el trámite respectivo en contra del Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, Presidente, el Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRIA DIEZ Gerente Regional Noroccidente y el Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de salud y superior jerárquico del gerente de la NUEVA EPS, además de requerir al Dr. JOHN EDILSON SIERRA HOLGUÍN, Representante legal de la Sociedad Expobananas S.A.S, remitiéndose notificación en la misma fecha al correo secretaria.general@nuevaeps.com.co y sociedadexpobananas@gmail.com.

El 18 de enero de 2023, la Nueva EPS respondió que la entidad se encuentra en revisión del caso con el área encargada para determinar las presuntas demoras en el trámite de validación, en caso se encuentre en curso alguna solicitud anterior; aclara que los documentos y/u órdenes se encuentran siendo revisados a fin de que cumplan las políticas para su procesamiento, en ese sentido, una vez el área encargada emita el concepto lo estarán remitiendo al Despacho por medio de respuesta complementaria junto con los respectivos soportes.

Además indicó que en consulta de primera vez por especialista en ortopedia y traumatología: el 27 de abril de 2022 se autoriza consulta por ortopedia para la clínica Chinita (rad 213510664), se requieren soportes de prestación para definir la continuidad de tratamiento de las enfermedades de origen común, el 29 de abril de 2022 se envía solicitud de cita a Clínica Chinita, y el 06 de mayo de 2022 el usuario Noriega Salas se encuentra en estado suspendido, debe estar activo

para que la IPS le preste los servicios. Por lo que la EPS está desplegando las acciones positivas necesarias para que se materialice lo dispuesto por el despacho y lo ordenado por los especialistas tratantes con ocasión a la patología actual del usuario.

Expuso que a la fecha se revisó nuevamente el sistema integral de nueva EPS y se evidencia que el usuario aún continúa en estado suspendido. Debido a lo cual solicitó no continuar con el trámite incidental, desvincular al doctor José Fernando Cardona Uribe, en su calidad de presidente de la Nueva EPS, e instar al usuario a normalizar su afiliación con Nueva EPS con el fin de dar continuidad al cumplimiento de la sentencia de tutela.

El 25 de enero de la presente anualidad, la Sociedad Expobananas S.A.S. respondió que el 19 de mayo de 2022 se realizó por parte del Centro de Neurarehabilitación San Gabriel IPS el examen de valoración por médico laboral conforme a lo ordenado por el Despacho en sentencia de tutela; y que para la fecha el señor Noriega Salas está laborando cumpliendo las recomendaciones y/o restricciones dadas por el médico especialista. De ahí, que solicitó que se deniegue el desacato ya que la empresa cumplió con lo ordenado en el fallo de tutela.

LA DECISIÓN CONSULTADA

Mediante auto del 06 de febrero de 2023, se resolvió el incidente de desacato, imponiendo sanción de tres (03) días de arresto y multa

equivalente a tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes, del Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, Presidente, el Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRIA DIEZ Gerente Regional Noroccidente y el Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de salud y superior jerárquico del gerente de la NUEVA EPS, y absteniéndose de sancionar al Dr. JOHN EDILSON SIERRA HOLGUÍN, Representante legal de la Sociedad Expobananas S.A.S., por cumplimiento de lo ordenado dentro del fallo con lo que respecta a dicha entidad, notificándole lo resuelto el 07 de febrero de 2023 al correo secretaria.general@nuevaeps.com.co y sociedadexpobananas@gmail.com siendo remitido el expediente a esta Sala a efectos de desatar la consulta.

El despacho procedió a realizar llamada telefónica con el fin de verificar si la Entidad accionada ya había cumplido con lo ordenado en el fallo de tutela. Al comunicarse con el abonado celular 3107616430, perteneciente al señor Javier Francisco Noriega Salas, donde contesta una máquina indicando que el número no se encuentra disponible.

CONSIDERACIONES

Resulta oportuno recordar que la jurisprudencia ha precisado que el incidente de desacato no tiene como única o principal finalidad la imposición de una sanción, pues lo que sustancialmente interesa es que la orden de proteger derechos fundamentales del demandante se cumpla, sin perjuicio, obviamente, de que en ocasiones el incumplimiento del fallo comporte sancionar al funcionario renuente.

Entendido el alcance de la decisión que asume el juez constitucional, como la manifestación clara y expresa frente a la protección inmediata de derechos fundamentales, resulta razonable señalar que, al producirse una decisión sancionatoria originada por el incumplimiento de tal orden y ser sometida al grado de jurisdicción llamado consulta, el objeto se encuentra centrado a determinar si en verdad existió incumplimiento, en los términos y condiciones señalados en la sentencia correspondiente, lo que de suyo no se erige como un medio de impugnación, de ahí que en el incidente de desacato no queda otra alternativa que confrontar la perentoria orden constitucional con los actos de cumplimiento y la disposición del accionado para proceder en tal sentido, aclarando eso sí, que *“en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia”*¹.

En efecto, en punto del cumplimiento de las órdenes impartidas en los fallos de tutela se diferencian dos situaciones así: La primera, el incumplimiento, que puede ser producto de diversos factores de índole logística, administrativa, presupuestal, fuerza mayor, otros; la segunda, el desacato, que evidencia una actitud consciente del funcionario a quien le fue dada la orden encaminada a proteger los derechos fundamentales del actor, en el sentido de sustraerse arbitraria y caprichosamente a proceder de conformidad con lo dispuesto, *“como si*

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

*se tratase de asumir una posición de rebeldía frente a la decisión de la autoridad judicial*².

Igualmente, se ha puntualizado que *“en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia”*³.

Ahora, en el presente caso el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó– Antioquia-, consistió en ordenar a la NUEVA EPS que:

“...2° Se ordena a los representantes Legales de la ARL Positiva Compañía de Seguros, para que adelante las gestiones pertinentes para que se lleve a cabo consulta por fisioterapia a favor del accionante; de la Nueva EPS, para que se realice a este, valoración por especialista en columna por enfermedad degenerativa de tronco; y de Espobananas, para que autorice valoración del accionante por el médico laboral de la empresa, para recomendaciones por enfermedad degenerativa de tronco; dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la la notificación de esta decisión. Las entidades accionadas deben garantizar al accionante la continuidad de la prestación del servicio de salud a favor del accionante según lo dispongan los médicos tratantes...”

Con la decisión de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior de Antioquia:

“...“SE REVOCA parcialmente el numeral segundo del fallo en lo que respecta a la orden impartida a la ARL Positiva con respecto a consulta por fisioterapia por estar frente a un hecho superado como se analizó en la parte considerativa y en lo demás referente al fallo impugnado se CONFIRMA por lo indicado en la parte motiva de esta providencia...”

La entidad accionada si bien se pronunció frente a la apertura del incidente donde el Representante Legal Regional de la NUEVA EPS, indicó que se encuentra en revisión del caso con el área encargada para determinar las presuntas demoras en el trámite de validación,

² CSJ, Sala Penal. Providencia del 12 de noviembre de 2003, Radicado 15116.

³ CSJ, Sala Penal. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

además de indicar que el accionante se encuentra en estado suspendido y para poder continuar con el tratamiento debe organizar dicha situación.

Pero una vez se consulta la página de ADRES, se puede verificar que el accionante aparece en calidad de cotizante ante la Nueva EPS y su estado es activo, por lo que no se tiene ninguna claridad que situación es la que se está refiriendo la Entidad accionada cuando indica que el accionante se encuentra suspendido y por lo cual no pueden continuar con la prestación del servicio.

La entidad accionada si bien se le notificó la sanción impuesta al Presidente, al Gerente Regional Noroccidente y al Vicepresidente de Salud de la NUEVA EPS, no se pronunciaron respecto a la sanción, pero si lo hicieron en la apertura del incidente de desacato, donde solicitaron no continuar con el trámite del mismo porque se encontraban en la verificación de los documentos aportados por el accionante para lograr realizar el cumplimiento además de indicar que el usuario se encontraba suspendido y se debía actualizar la información para poder continuar con la prestación de servicios.

Significa entonces que el Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, Presidente, el Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRIA DIEZ Gerente Regional Noroccidente y el Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de salud y superior jerárquico del gerente de la NUEVA EPS, están en desacato a la orden judicial y se han sustraído sin causa alguna del cumplimiento de la decisión, conducta que puede estimarse dolosa, dado que fue notificado de cada una de las actuaciones dentro de este trámite y hasta el momento no ha

presentado una explicación razonable que indique la imposibilidad de la entidad accionada de dar cumplimiento al fallo de tutela en su totalidad, debiéndose resaltar también que la orden impartida por el Juez de tutela, data del 09 de mayo de 2022, concluyéndose que tuvo bastante tiempo la accionada para dar trámite a una actuación que le es propia.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia 75786 del 11 de septiembre de 2014⁴, al resolver una consulta de incidente de desacato expuso:

“Indudablemente, la orden impartida en sede de tutela es de obligatorio acatamiento por la autoridad llamada a cumplirla, por tanto, debe hacerlo dentro del término perentorio establecido en el fallo respectivo. Si no ocurre así, además de continuar vulnerando el derecho o derechos fundamentales objeto de amparo, se desconoce la providencia mediante la cual se protegieron dichas garantías.

En torno de dicha situación y de conformidad con los principios de eficacia y efectividad, el ordenamiento jurídico radicó en cabeza del juez constitucional las facultades necesarias para obtener el cumplimiento material de la orden respectiva y sancionar por desacato al funcionario que la ha incumplido injustificadamente.

En salvaguarda de la inmediatez que debe existir entre la vulneración o amenaza del derecho constitucional prohiado y la efectividad del amparo aplicado por la jurisdicción de tutela, el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 prevé:

Cumplimiento del fallo. *Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.*

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia”.

⁴ ATP5450-2014. M.P. María del Rosario González Muñoz

Por su parte, el artículo 52 del mismo plexo normativo consagra el instituto jurídico conocido como *desacato*, el cual opera cuando, ...“*La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar*”.

Así las cosas, es evidente que la ley ofrece dos vías que, aunque diferentes, son complementarias y están orientadas a obtener el restablecimiento del derecho conculcado o la respuesta ante su amenaza. De esta manera, la persona que estima incumplido el fallo respectivo, puede solicitar a la autoridad judicial que lo profirió, cualquiera de estas opciones o las dos.

Ante ello, el juez constitucional debe proceder en su orden -según se desprende de la interpretación del artículo 27 del decreto en cita- a ejecutar los procedimientos respectivos para obtener el cumplimiento de la orden de tutela, pues su competencia se mantiene hasta cuando sea completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

Por ello, la Corte Constitucional, en la sentencia de tutela T-939 del 2005 y en el auto No. 122, del 5 de abril del 2006, precisó lo siguiente:

El marco reglamentario de la acción de tutela consagra entonces, un conjunto de facultades y –también- el punto cardinal conforme al cual podemos derivar un conducto regular desde donde el juez podrá determinar si es necesario, como última ratio, el inicio del incidente de desacato. Por supuesto, conforme a lo anterior encontramos que dentro de las obligaciones del juez de primera instancia se encuentra, en primera medida, verificar el cumplimiento del fallo y luego sí, podrá evaluar la necesidad de evacuar los demás recursos consignados en el artículo 27 y, en caso de considerarlo necesario, acudir al desacato. Ahora bien, dentro de este último evento es necesario tener en cuenta, que su trámite no puede desconocer las garantías inherentes al debido proceso y el derecho de defensa, es decir, la brevedad del mismo no puede ser óbice para menguar derechos fundamentales. Sería contradictorio y lesivo de la propia Carta que los mecanismos que sirven de apoyo para asegurar la realización de una tutela, constituyeran medios para vulnerar los derechos fundamentales de aquellos que deben cumplir la orden de amparo constitucional. (Subrayas propias)”.

La Corte Constitucional, respecto al mismo tema, ha sostenido que el objeto principal del incidente de desacato no es la sanción en sí

misma, sino persuadir al responsable para que cumpla la orden constitucional⁵:

“(…) El objeto del incidente de desacato, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir de la resolución de un recurso de amparo constitucional. Por tal motivo, la finalidad del mencionado incidente no es la imposición de una sanción en sí misma sino una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia.

En el presente caso, al constatar la carencia de pruebas suficientes en el plenario, que den cuenta del cumplimiento al fallo de tutela, puede afirmarse sin lugar a dudas que se está desconociendo la orden constitucional emitida el 09 de mayo de 2022, y no hay justificación válida para no haberla acatado, lo que implica que la sanción por desacato proferida el 06 de febrero de 2023 deba ser confirmada, respecto del el Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, Presidente y el Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de salud y superior jerárquico del gerente de la NUEVA EPS, dado que subsisten los motivos que dieron lugar a su proferimiento y si bien no se pudo confirmar con el incidentista, la entidad tampoco acreditó que ya hubiese dado cumplimiento con la orden dada en la tutela.

Por esta razón, dado que el Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, Presidente y el Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de salud y superior jerárquico del gerente de la NUEVA EPS no allegaron pruebas que justifiquen válidamente el incumplimiento al fallo de tutela, ni mucho menos han acreditado el cumplimiento en su totalidad, puede hablarse de una conducta dolosa encaminada a sustraerse de manera deliberada de cumplir la decisión,

⁵ Sentencia T-421 de 2003

por lo que no le queda más a esta Judicatura que confirmar la sanción impuesta respecto de ellos.

No obstante, teniendo en cuenta que la sanción debe ser proporcional al daño causado, se modificará el sitio donde debe cumplir la sanción impuesta de tres (3) días de arresto, los cuales se deberán cumplir en su domicilio.

Una vez notificada la presente decisión, remítanse las diligencias al Juzgado de origen para que realice las actuaciones tendientes al cumplimiento de la orden dada en el fallo de tutela y para que se haga efectiva la respectiva sanción.

De otro lado, es de anotar que la entidad, informó que el Gerente Regional, Doctor Fernando Adolfo Echavarría Díez ya no pertenece a la entidad desde el 01 de febrero de 2023 y que en dicha fecha asumió el cargo la Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA y el precedente jurisprudencial establecido por la H. Corte Constitucional en la materia, entre otras, en Sentencia T-766 de 1998: “(...) la responsabilidad de quien ha dado lugar a ese incumplimiento debe ser deducida en concreto, en cabeza de la persona a quien está dirigido el mandato judicial, lo que significa que ésta debe gozar de la oportunidad de defenderse dentro del incidente y estar rodeada de todas las garantías procesales”.

Si bien la persona que conforme la información brindada por la entidad, debe cumplir sin demora la orden dada en la sentencia de tutela objeto de este trámite, es la señora Adriana Patricia Jaramillo Herrera, también es cierto que el trámite de desacato puede dirigirse

contra la persona directamente obligada y contra el superior jerárquico conforme lo establece el artículo 27 del decreto 2591 de 1991.

Consecuente con lo anterior, en lo que tiene que ver con el directamente obligado a cumplir, es claro que, para deducírsele responsabilidad, tiene que conocer la existencia de la acción de tutela y su incumplimiento.

Sin embargo, en el presente caso se observa en el expediente que el requerimiento previo, la apertura y la sanción, fue dirigido al Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ Gerente Regional Noroccidente de la NUEVA EPS, y debió ser corregida la notificación ya que desde el 01 de febrero de 2023 no pertenece a la entidad y que en su lugar asumió el cargo la Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA, pero no se realizó el requerimiento previo al inicio del trámite incidental a dicha funcionaria, con lo cual no se cumple con lo establecido en el trámite incidental, ya que la Gerente Regional Noroccidental no se realizó ningún requerimiento para que indicara el motivo por el cual no había dado cumplimiento al fallo de tutela proferido.

Por lo anterior, la Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA no fue efectivamente requerida, motivo por el cual no queda de otra que declarar la nulidad de lo actuado respecto de ella.

Así las cosas, y como quiera que a través del incidente de desacato de lo que se trata es de establecer una responsabilidad “personalísima” o subjetiva, es decir, la acción está dirigida contra una persona natural determinada, pues no en vano ha sostenido la doctrina, al referirse a la naturaleza del incidente desacato:

“..., se trata de un asunto de naturaleza estrictamente disciplinario que, por las connotaciones punitivas de las sanciones consagradas por la ley (multa y restricción de la libertad personal a través del arresto, artículo 52 del Decreto 2591) para el evento del desacato, está incorporado a la lógica del derecho penal disciplinario para el cual — y a favor de las garantías constitucionales de las personas pasibles de la acción disciplinante— no cabe ninguna duda sobre la garantía del derecho fundamental del debido proceso que entre otros tantos, tiene entre sus elementos más sensibles el derecho a probar, esto es, a participar de todos los modos posibles en la construcción de la verdad que le importa a la averiguación disciplinaria y el derecho a impugnar las decisiones que agravien los intereses del perseguido disciplinariamente. (...)”⁶.

En ese orden de ideas, lo procedente es declarar la nulidad del presente trámite incidental que se siguió en disfavor del Gerente Regional Noroccidente, debido a que ya no pertenece a la entidad y por consiguiente se debe hacer el requerimiento a la actual Gerente Regional de la Nueva EPS, esto es, a la Dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA, advirtiéndosele al Juzgado que el incidente de desacato se debe iniciar contra el directamente responsable del cumplimiento o contra el obligado, en el cual se identifique claramente la persona obligada, a fin de proceder a la constatación de la responsabilidad subjetiva respectiva.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión objeto de consulta, por la cual se sancionó por desacato al doctor JOSÉ FERNANDO CARDONA

⁶ Consejo Superior de la Judicatura.- Modulo “La Acción de tutela”. Págs. 153-154.

URIBE, Presidente y el Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de salud y superior jerárquico del gerente de la NUEVA EPS pero con la siguiente **MODIFICACIÓN**: la sanción será de arresto por tres (3) días será cumplida en su domicilio, por incumplimiento al fallo de tutela proferido el 19 de mayo de 2022.

SEGUNDO: Declarar la **NULIDAD** de lo actuado en el presente trámite incidental frente al Gerente Regional Noroccidental de la NUEVA EPS; ya que, a partir del 01 de febrero de 2023, el Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ y asumió el cargo la dra. ADRIANA PATRICIA JARAMILLO HERRERA.

TERCERO: Una vez notificada la presente decisión, remítanse las diligencias al Juzgado de origen⁷ para que realice las actuaciones tendientes al cumplimiento de la orden dada en el fallo de tutela y para que se haga efectiva la respectiva sanción.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

⁷ Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó– Antioquia-

Firmado Por:

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

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

**Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De 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: **81120027c79c7e050238156992adce38ae764b0588437e613114eddc06166980**

Documento generado en 10/02/2023 04:03:43 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

CUI 05000 22 04000 2023 00036 (2023-0112-2)
Accionante DANIEL ALEJANDRO HIGUITA CORREA
Accionados Juzgado Séptimo Penal del Circuito
Especializado de Antioquia
Asunto Tutela de Primera Instancia
Decisión Concede
Acta N° 040 febrero 10 de 2023

Medellín, febrero diez (10) de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resuelve la Sala la acción de tutela propuesta por DANIEL ALEJANDRO HIGUITA CORREA, por intermedio de apoderada judicial, en contra del Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia y la Fiscalía 106 Especializada contra Derechos Humanos, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató la demandante¹ que, en contra de su prohijado, ante el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, se adelantó la actuación penal con CUI 11001600009920220007800, misma que finalizó con el proferimiento de sentencia condenatoria en razón del preacuerdo celebrado con la fiscalía.

¹ Folios 2 a 12, expediente digital de tutela.

Que durante la actuación adelantada en ese asunto se le vulneraron los derechos fundamentales durante todo el proceso, esto es, desde la audiencia de imputación hasta el juicio adelantado ante el juez de conocimiento.

Señaló igualmente que su defendido era padre cabeza de familia, que se encontraba con alteraciones psiquiátricas (surgidas luego de los hechos objeto de juzgamiento) y que para el momento de las audiencias de conocimiento se encontraba en tratamiento psiquiátrico debiendo ingerir narcóticos que menguaban sus capacidades para tomar decisiones, aspectos que a su consideración no fueron abordados o tenidos en cuenta por la Juez de instancia al momento de adoptarse las decisiones dentro del caso.

Que la pena fue acordada entre la fiscalía y la defensa en 24 meses de prisión, sin embargo, cuando se expusieron los términos en audiencia pública la Fiscalía, contrario a lo acordado, indicó que la pena no había sido pactada y por lo tanto dejó dicha decisión en manos de la Juez de conocimiento.

Para finalizar señaló que la Juez de conocimiento se abrogó calidades que no le competían al ordenar la pérdida del empleo del señor DANIEL ALEJANDRO HIGUITA CORREA, sin atender lo dispuesto en la Ley 836 de 2003.

ANTECEDENTES PROCESALES

Mediante auto adiado el 27 de enero de 2023², la Dra. Nancy Ávila de Miranda dispuso asumir la demanda de tutela y solicitar al juzgado accionado información sobre los sujetos procesales que hicieron parte de la actuación, por lo que se les corrió traslado del escrito tutelar para que pudieran ejercer efectivamente sus derechos de defensa y contradicción.

El 02 de febrero hogaño³, la Magistrada Nancy Ávila de Miranda se declaró impedida para conocer de la actuación ya que de manera previa había fallado

² Folios 005, ibídem.

³ Folio 011 ibídem.

una tutela propuesta por el mismo afectado en razón a los mismos hechos, ordenando la remisión al Despacho siguiente en turno.

El 3 de febrero de 2023, se aceptó el impedimento de la Dra. Nancy Ávila de Miranda y se asumió conocimiento de la actuación.

RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

El 30 de enero hogaño⁴, la titular del Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, al descorrer el traslado de la demanda de tutela expuso de manera clara lo ocurrido al interior del proceso penal seguido en contra del señor DANIEL ALEJANDRO HIGUITA CORREA.

Resaltó que el afectado estuvo acompañado de su abogado defensor durante todas las audiencias, que fue debidamente asesorado por este y que al momento de aceptar los cargos la Juez que atendió la diligencia preguntó de manera concreta a la defensa si los términos expuestos por la fiscalía correspondían a la celebración del preacuerdo a lo que respondió que sí. También indagó si la pena iba ser objeto de pacto entre las partes, indicándose por estos que quedaba a consideración de la judicatura, y finalmente mencionó la Juez que al procesado se le había puesto de presente sus derechos y las consecuencias de la aceptación de cargos, en lo cual se mantuvo firme pese a conocer que no existía posibilidad del reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni de la prisión domiciliaria, debido a la entidad del delito por el que se procedía.

Por último, indicó que la sentencia condenatoria fue notificada a las partes e intervinientes y no interpusieron el recurso de apelación.

Por su parte, el 30 de enero que avanza⁵, la Fiscal 106 Especializada, Dra. Eliana Quintanilla Roldán, señaló que las aseveraciones lanzadas por la

⁴ Folios 009, ibídem.

⁵ Folios 142 a 144, ibídem.

apoderada en el escrito de tutela eran falsas, además, que la acción constitucional propuesta no tenía vocación de prosperidad, primero porque la sentencia condenatoria ya se encontraba debidamente ejecutoriada y, segundo, porque la misma tutela había sido resuelta bajo el radicado 050002204000202200538, negándose las pretensiones del accionante por no encontrarse violaciones a sus derechos fundamentales.

Agregó que sobre las afecciones psiquiátricas del señor DANIEL ALEJANDRO HIGUITA CORREA y sus tratamientos, no fueron objeto de discusión ni pronunciamiento por el defensor en las audiencias preliminares ni a lo largo de las etapas adelantadas ante la juez de conocimiento.

En cuanto a la supuesta disparidad entre lo negociado por la defensa con la Fiscalía y lo propuesto por la última en audiencia de conocimiento indicó que nunca se acordó la prisión domiciliaria y que únicamente se había pactado una rebaja de hasta el 50 % en razón al reconocimiento de la complicidad, sin embargo, se aclaró que la tasación de la pena iba a ser objeto de imposición por la Juez de conocimiento.

Finalmente resaltó que la situación médica o laboral del señor DANIEL ALEJANDRO HIGUITA CORREA no fue objeto de discusión o pronunciamiento por parte de la defensa durante las audiencias preliminares ni de conocimiento de allí que no pueda alegarse tal situación en el escenario de tutela y respecto a la legalidad de la negociación señala que no hubo oposición alguna por parte de la defensa, respecto a los términos ni tampoco respecto de la sentencia proferida ya que al momento de notificársele la decisión en estrados no interpuso recurso alguno.

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.

En el presente asunto, corresponde a la Sala, de manera preliminar, establecer si debe declararse improcedente la acción de tutela, por duplicidad de demandas de tutela. Seguidamente, y en caso de ser viable, se abordará el análisis de fondo.

Se acude de manera temeraria la acción de tutela cuando quien la propone acude a los jueces en más de una oportunidad, con el fin de exponer un mismo asunto y con iguales pretensiones y, además, cuando se interpone sin motivo expresamente justificado.

el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 sobre la temeridad consagra:

“Actuación temeraria. Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.”

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia T-001-2016, a su turno, señaló que los presupuestos para analizar la concurrencia de esta figura son: (i) identidad de partes, (ii) similitud de objeto, (iii) correspondencia de causa petendi e (iv) inexistencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción.

Así, el juez constitucional deberá declarar improcedente la acción, cuando halle que la cuestión bajo estudio es idéntica en su contenido mínimo a un asunto que ya ha sido resuelta o cuyo decisión está pendiente, y corresponderá prestar atención minuciosamente a las argumentaciones de las acciones que se confrontan, pues habrá temeridad en el evento en que mediante maniobras argumentales encaminadas a encubrir la identidad entre ellas. Así lo expuso la máxima Corporación de la Jurisdicción Constitucional:

(...) si el juez de amparo detecta que el caso jurídico que se le presenta, en su contenido mínimo (pretensión, motivación y partes) guarda identidad con otro pendiente de fallo o ya fallado, debe declarar improcedente la acción. Aunque, no sólo esto, sino además si llegase a determinar que por medio de la interposición de la tutela se persiguen fines fraudulentos, deberá entonces tomar las medidas sancionatorias que para estos casos dispone el ordenamiento jurídico³.

Ahora bien, en el presente caso se evidencia que previo al trámite de la presente acción de tutela ya se había resuelto otra propuesta directamente por el señor DANIEL ALEJANDRO HIGUERA CORREA e identificada con el CUI 0500022400020220035800 y No. interno 2022-1797-6, misma que fue declarada improcedente, por lo que se hace necesario analizar si estamos frente una tutela temeraria.

Revisado el contenido de la aludida acción constitucional se observa que en las dos acciones de tutela la gran mayoría de los cargos expuestos en las demandas tienen igual identidad de objeto, partes y causa petendi a la incoada previamente; pues se tiene que las acciones identifican las mismas partes, estas son el demandante DANIEL ALEJANDRO HIGUITA CORREA y la Fiscalía 104 Especializada de Derechos Humanos y el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia; también, guardan identidad de hechos objeto de reproche constitucional, en tanto en ambos escritos el demandante busca cuestionar las actuaciones desplegadas por estas autoridades judiciales en el trámite del proceso cuestionado, especialmente, durante la celebración y trámite del preacuerdo que dio lugar a la sentencia de condena en contra del actor como autor del delito de perfidia. Se destaca que en la acción de tutela que ocupa la atención de la Sala se incluyó una situación adicional, la cual hace referencia a que el juzgado accionado en la sentencia y como pena accesoria impuso al condenado la pérdida del empleo, sin contar competencia para ello; cuestión identificada como un defecto orgánico y con fundamento en la cual solicitan decretar el amparo constitucional.

En todo caso, debe mencionarse que el actor DANIEL ALEJANDRO HIGUITA CORREA se encuentra en una situación de indefensión dada su condición de salud mental y el errado asesoramiento de su abogada, quien no manifestó razón alguna del por qué presentaba esta segunda tutela. Su propósito no es otro que la necesidad extrema de defender sus derechos fundamentales.

Por lo anterior, se desvanece la ocurrencia de una conducta dolosa o de mala fe por parte del actor que ponga en evidencia el abuso del derecho en la presentación del amparo que origina el presente trámite. Así, no hay lugar a la declaratoria de temeridad en el caso que se examina.

Definido lo anterior, tenemos que, conforme lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la facultad para instaurar acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, a condición de que no exista otro medio de defensa judicial, solo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

Conviene además precisar que la jurisprudencia constitucional ha expresado que este mecanismo, cuando se propone contra decisiones judiciales, se vuelve excepcional, pues lejos está de convertirlo en una tercera instancia a la cual se pueda acudir con el propósito de arrasar con los efectos de una decisión judicial, excepto que se cumpla una de las causales de procedibilidad genéricas o específicas que la jurisprudencia ha venido desarrollando.

De acuerdo con la Sentencia C-590 de 2005 constituyen aquellos los siguientes:

- a. *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones*
- b. *Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.*
- c. *Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.*
- d. *Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.*
- e. *Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible*
- f. *Que no se trate de sentencias de tutela⁶. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación...”*

De otra parte, los requisitos de carácter específico han sido reiterados en pacífica jurisprudencia a partir de la sentencia C-590/05. Estos son:

- (i) defecto orgánico. Se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia para ello;
- (ii) defecto procedimental absoluto, el cual ocurre cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido;
- (iii) defecto fáctico. Ocurre cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión;

⁶ Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

- (iv) defecto material o sustantivo. Se presenta cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión;
- (v) error inducido 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;
- (vi) decisión sin motivación, el cual 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;
- (vii) desconocimiento del precedente cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance y
- (viii) violación directa de la Constitución.

Entonces, a partir de la Sentencia C-590 de 2005 la acción de tutela instaurada en contra de una providencia emitida por un juez se autoriza, solamente, cuando se presenta al menos unos de los defectos generales y específicos antes mencionados.

En el presente asunto el ciudadano DANIEL ALEJANDRO HIGUERA CORREA acude a la acción de tutela para que se le protejan sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, entre otros, conculcados durante el trámite del asunto penal identificado con Código Único de Identificación 11001600009920220007800, adelantado por la Fiscalía 104 Especializada de Derechos Humanos y el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el cual culminó con la emisión de una sentencia de condena anticipada -preacuerdo- en contra de DANIEL ALEJANDRO HIGUERA CORREA como autor del delito de perfidia agravada, imponiéndole consecuentemente, entre otras, una pena 43 meses 6 días de prisión, una multa de 52,96 s.m.l.m.v. y la accesoria de pérdida del empleo.

De los hechos expuestos como fundamento de la acción de tutela se destacan:

Que cuando DANIEL ALEJANDRO HIGUERA CORREA fue citado el 21 de junio de 2022 a la audiencia de imputación en el proceso antes mencionado, la diligencia tuvo que ser aplazada, en tanto se hallaba hospitalizado por psiquiatría debido a que presentaba estrés postraumático con pérdida de memoria y le estaban suministrando los medicamentos quetiapin, sertralina y clobazepan; diagnóstico y tratamiento que persistieron durante todo el trámite del proceso.

Que, en efecto, posterior a esa diligencia preliminar, la defensa material y técnica con la delegada de la Fiscalía General de la Nación celebraron un preacuerdo cuyo trámite fue asignado al Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia. De la misma manera se destaca que durante la vista pública adiada de 26 de septiembre de 2022, presidida por mencionado juzgado, la Vista Fiscal verbalmente hizo la presentación del preacuerdo y la defensa material y técnica reiteraron su aceptación; además, que a partir del minuto 10:57 el juzgado verificó la renuncia del procesado a los derechos de guardar silencio y del juicio oral, mediante interrogatorio personal efectuado al procesado, quien asistía virtualmente, en estricto acatamiento a lo señalado en el artículo 131 de la Ley 906 de 2004.

El 3 de noviembre de 2022, se continuó con el trámite de la diligencia, con la asistencia del procesado y su defensor, la fiscalía, el representante del ministerio público y el apoderado de la víctima. En primer lugar, el juzgado mediante providencia interlocutoria impartió aprobación al preacuerdo, la cual cobró ejecutoria, dado que las partes no interpusieron en contra de la misma los recursos que contra ella procedían. En segundo término, se adelantó la audiencia de individualización de pena, conforme con el artículo 447 de la Ley 906 de 2004; y, en tercer lugar, el juzgado profirió la sentencia, la cual notificó a las partes e intervinientes e indicándoles que contra la misma procedía el recurso de apelación en el efecto suspensivo.

Sobre este último acto procesal que involucra la publicidad y notificación de la providencia se destaca: (i) el juzgado no hizo lectura de la de condena, (ii) previo a ello preguntó a la fiscalía e intervinientes si exigían su lectura de manera íntegra a lo cual manifestaron que no. Lo propio no hizo con el procesado, en tanto no le indagó sobre ese particular; (iii) de la revisión registrada en audio se evidencia, durante esa vista pública no se hizo entrega a las partes e intervinientes del proveído en PDF, por un medio electrónico ni de otra manera; (iv) seguidamente, la juez oralmente explicó como se había llevado a cabo la tasación de la pena; (v) inmediatamente de leer la parte resolutive de la sentencia informó a las partes e intervinientes que contra la sentencia procedía el recurso de apelación, en el efecto suspensivo, y (v) para ello se dirigió a los participantes legitimados para incoarlos, pero nuevamente excluyó al procesado, ya que no le preguntó si él iba a interponer el susodicho recurso.

La resolutive de la sentencia expresa:

“Condenar a DANIEL ALEJANDRO HIGUITA CORREA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 74.381.538, a la pena principal de CUARENTA Y TRES (43) MESES Y SEIS (6) DÍAS DE PRISIÓN, que descontará en el establecimiento penitenciario que le designe el INPEC y, multa de CINCUENTA Y DOS COMA CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE (52,497) SMLMV, como AUTOR del delito de PERFIDIA (Art. 143 del CP), CON CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PUNIBILIDAD (ART. 58 # 6 DEL CP). Se condena a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la pena corporal y a la pérdida del empleo público que actualmente ostenta, dentro del Ejército Nacional. Se le niega la suspensión de la ejecución de la pena, así como la sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria, por expresa prohibición legal del Art. 68 A del C.P. Se dispone Librar Orden de Captura en disfavor del condenado.”

En punto del análisis de los requisitos de procedencia general que caracteriza la acción de tutela contra providencias judiciales, para el Tribunal no cabe duda que el asunto ostenta relevancia constitucional, pues involucra aspectos del debido proceso que, de no ser corregidos, permitirían la permanencia en

el tiempo de una situación contraria a los derechos fundamentales que le asisten al actor como persona procesada penalmente.

De igual forma, a pesar de que contra la providencia cuestionada la defensa técnica no interpuso el recurso de apelación que contra la misma procedía, a esa misma conclusión no puede arribar la Sala respecto del procesado, ya que, sin que se le indagara si era necesario para él la lectura de la sentencia en el acto público correspondiente con el fin de ejercer de manera adecuada la defensa material, como tampoco se le permitiera leer el texto de la misma, se dio por notificado en estrados.

Algo más, el juzgado no le indagó al procesado, tal cual lo hizo con la fiscalía y los intervinientes, si él, en ejercicio del derecho a la defensa material, iba a interponer el recurso de apelación que contra la sentencia de condena proferida en su contra procedía.

Así, no es cierto, como lo sostiene el juzgado accionado, que la tutela es improcedente por subsidiariedad, en tanto el defensor no agotó el medio de defensa con el que contaba para atacar la sentencia que aquí se cuestiona, pues al procesado no fue notificado y tampoco se le permitió interponer el recurso de apelación, tal cual lo autorizan los artículos 29 de la Constitución Nacional y 8 y 130 de la Ley 906 de 2004.

Sobre la cuestión, en la Sentencia T-654 de 1998 la Corte Constitucional, específicamente, al analizar la tutela de un ciudadano que alegó quebrantado su derecho al debido proceso por ausencia de notificaciones, estudió el escenario excepcional de procedencia cuando la tutela es el único mecanismo de defensa para la protección de un derecho fundamental gravemente vulnerado, a condición de que se demuestre que el actor no pudo utilizar los mecanismos ordinarios de defensa por encontrarse en una situación que se lo impedía por completo.

Aquí el criterio de procedibilidad analizado cede ante la demostración notoria de que la omisión advertida no puede ser imputable al demandante, porque el daño que se originaría de no proceder el amparo constitucional sería de suma gravedad⁷, dado que el actor no cuenta ahora con otros medios de defensa judicial y que precisamente el impedimento de interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia en forma oportuna es consecuencia del yerro en la debida notificación por parte del juez penal.

Continuando con el análisis respecto de los presupuestos de carácter general, verifica el tribunal que el actor acudió en un término razonable a la presente herramienta constitucional, teniendo en cuenta que la decisión censurada data del 3 de noviembre de 2022, por lo que se cumple con el de inmediatez.

Superados los requisitos de carácter general, corresponde a la Sala verificar si se configura alguno de los presupuestos de carácter específico atrás descritos, a efecto de establecer la procedencia del amparo invocado.

Sobre el defecto procedimental absoluto la jurisprudencia constitucional ha sostenido insistentemente que se presenta cuando el funcionario judicial desconoce las formas propias de cada juicio, es decir, cuando:

«se aparta por completo del procedimiento establecido legalmente para el trámite de un asunto específico, ya sea porque: i) se ciñe a un trámite completamente ajeno al pertinente -desvía el cauce del asunto-, o ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso»⁸. (Negrillas de la Sala).

Teniendo en cuenta el asunto debatido y la necesidad de resolver apropiadamente la cuestión planteada, se torna necesario precisar sobre la unidad de defensa. Sobre este particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 26 de octubre de 2011, Rad. 37659 indicó:

⁷ Sentencia T- 181 de 2019.

⁸ Sentencia T-398 de 2017.

«Claramente los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, advierten cómo **la defensa material y técnica, esto es, la que adelantan particularmente el procesado y su abogado, constituyen un todo que se retroalimenta de lo favorable que individualmente cada uno realiza**, aunque, para favorecer la dinámica de la pretensión común, es factible que se desarrolle de manera separada, o mejor, se faculta que por vías diferentes el procesado y su representante para el proceso penal hagan solicitudes independientes o de manera autónoma estén habilitados para interponer recursos.

Esa articulación no obsta para que, en determinados eventos, deba preferirse, dada la naturaleza de la intervención o sus efectos, el criterio de uno u otro, como sucede, para citar apenas un ejemplo puntual, en los eventos de allanamiento a cargos, donde prima la voluntad del imputado o acusado.

Al respecto ha señalado la Sala:⁹

“Encuentra la Corte que el Tribunal mal interpreta lo dicho por la Corporación, como quiera que si bien la jurisprudencia ha sostenido que el procesado y su defensor son sujetos procesales independientes y, como tales, tienen poder de postulación separado y que, en consecuencia, como normal general, aquél está obligado a sustentar el recurso por él interpuesto y, así mismo, que si ambos recurren el desistimiento del defensor no se hace extensivo a la impugnación formulada por el procesado, también ha señalado que para la sustentación éste no está atado, indefectiblemente, a la asesoría o coadyuvancia del representante judicial. “El procesado está, por disposición de la ley, obligado a sustentar el recurso por él interpuesto, y la ley no lo ata indefectiblemente a depender para ella de la asesoría o coadyuvancia de su representante judicial” (auto de julio 7/99 Rdo 15.956).

En otros términos, que el recurso puede ser sustentado directamente por el procesado, por el defensor, o por ambos, lo que, por lo demás, corresponde a la esencia y razón de ser del contrato de mandato que se celebra, precisamente, para que el mandatario o apoderado actúe en nombre, representación y por cuanta del mandante o procesado”

Con relación a la **unidad inseparable entre el procesado y el defensor para ejercer el derecho fundamental a la defensa**, se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T. 1137 de 2004:

“No obstante esta Corte consideró que **el imputado y su defensor integran “una parte única articulada que desarrolla una actividad que se encamina a estructurar una defensa conjunta**, con el fin de contrarrestar la acción punitiva estatal, haciendo uso del derecho de solicitar la práctica de pruebas, de contradecir las que se le opondan, de presentar alegatos, proponer incidentes e impugnar las decisiones que juzgue contraria a sus intereses, con las excepciones que prevé la ley procesal”.

(...)

“Una de las formas de garantizar el debido proceso y, concretamente, el derecho de defensa del procesado es la contenida en el artículo 29 de la Carta, que le

⁹ Tutela 12.825 del 21 de enero de 2003, Recurso de Queja 20.777 del 27 de mayo de 2003.

permite al sindicado la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento. **Cuando el sindicado está presente en el proceso penal, el derecho de defensa comprende la actividad concurrente de ambos sujetos procesales -el procesado y su defensor-, quienes gozan de amplias facultades para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva, solicitar pruebas, controvertir las que se alleguen, presentar alegaciones, interponer recursos, etc.** El ejercicio de tales atribuciones no es, sin embargo, plenamente coincidente para ambos sujetos, pues en relación con algunas actuaciones, como la indagatoria, la confesión o la terminación anticipada del proceso, sólo el procesado puede ejercer en forma directa su derecho, aunque asistido por su defensor; en otras oportunidades prevalecen los criterios del defensor sobre los del procesado, esto sucede cuando existen peticiones contradictorias entre ambos sujetos procesales (art. 137 C.P.); y en relación con la sustentación del recurso de casación, la facultad del defensor es exclusiva (ibidem)".

Esa perspectiva general de lo que como unidad representan el procesado y su defensor, conserva plena vigencia en sede de la sistemática acusatoria dispuesta por la **Ley 906 de 2004**, aunque, desde luego, con algunas variaciones sobre aspectos procedimentales puntuales, que en nada desdibujan la esencia de la figura.

Respecto de la defensa material, cabe decir, de ninguna manera la Constitución Política o la ley hacen depender ella de la intervención técnica de un defensor, sea este público o de confianza, pues, una somera revisión de las normas atinentes al caso, permite apreciar que **para el imputado o acusado existe una amplia gama de posibilidades de postulación e impugnación que, como se vio, se articulan o complementan la actividad del profesional del derecho encargado de asistirlo.**

Así, desde el mismo diseño constitucional se otorgan como derechos inherentes al sindicado los de (artículo 29 de la Carta Política): "...presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho".

En desarrollo de ello, como facultades propias del imputado o acusado, sin requerir la mediación del defensor, el artículo 8° de la Ley 906 de 2004, reseña, entre otras. "... j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas; k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediatez de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario, aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto de debate".

A su turno, el artículo 130 de la Ley 906 de 2004, en cuanto atribuciones propias del imputado, reseña:

"Además de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y que forman parte del Bloque de Constitucionalidad, de la Constitución Política y de la ley, en especial de los previstos en el art. 8° de este código, el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resultan compatibles con su condición. En todo caso, de mediar conflicto entre las

peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquella.”

Queda claro, entonces, que el imputado o acusado no solo conforma con su abogado una unidad defensiva, sino que posee bastante autonomía, en lo que al aspecto material compete, para hacer valer individualmente sus derechos.»

Precisado lo anterior, para la Sala resulta palmario que en el proceso penal que cursó en el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia en contra de DANIEL ALEJANDRO HIGUERA CORREA, por el delito de perfidia, se impartió un trámite errado a la audiencia de lectura de sentencia, más exactamente, respecto de la notificación en estrados, pues, como atrás se mencionó, a pesar de que el procesado participaba de ese acto público virtualmente, no lo enteró del contenido de la sentencia, en tanto no se hizo lectura de la misma, yerro no convalidado, pues al procesado no se le preguntó si requería de esa lectura con el fin de ejercer adecuadamente el derecho a la defensa material; además, porque no le permitió al procesado DANIEL ALEJANDRO HIGUERA CORREA interponer el recurso de apelación, lo cual ocurrió porque el juzgado no le preguntó, como sí lo hizo con la fiscalía y los intervinientes, si interpondría el recurso de apelación.

Como consecuencia de lo anterior, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia vició la actuación demandada y de ella se evidencia la estructuración de una vía de hecho por defecto procedimental, que lesionó el debido proceso y el derecho de defensa del prenombrado sentenciado.

Efectivamente, el juzgado accionado olvidó el principio de unidad de defensa y las posibilidades materiales que tenía el procesado de ser notificado de la sentencia y de ejercer su derecho a la doble instancia en el trámite penal, olvidando que la bancada defensiva «es un sujeto procesal dual, pues se compone de la arista material, que ejerce personalmente el procesado, y la asistida o letrada, que cumple el abogado titulado e inscrito designado para ese efecto¹⁰»

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal SP2648 de 2014.

Yerros que conllevaron a la afectación negativa de las garantías fundamentales del sentenciado, en particular, la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa material y el de debido proceso que lo contiene.

En consecuencia, la Sala tutelaré el derecho al debido proceso de DANIEL ALEJANDRO HIGUERA CORREA y, en consecuencia, ordenará dejar sin efectos la actuación adelantada dentro del proceso penal con Código Único de Identificación 11001600009920220007800, a partir del trámite impartido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia a la lectura de sentencia condenatoria del tres se noviembre de 2022.

Así mismo, ordenará al mencionado juzgado, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles contadas a partir de la notificación del presente fallo, nuevamente, convoque a las partes e intervinientes a la lectura de la sentencia.

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. - TUTELAR el derecho al debido proceso de DANIEL ALEJANDRO HIGUERA CORREA.

SEGUNDO. - DEJAR sin efectos la actuación adelantada dentro del proceso penal con Código Único de Identificación 11001600009920220007800, a partir del trámite impartido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Antioquia a la lectura de sentencia condenatoria del tres se noviembre de 2022

CUARTO. - ORDENAR al mencionado juzgado, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles contadas a partir de la notificación del presente fallo,

nuevamente, convoque a las partes e intervinientes a la lectura de la sentencia.

QUINTO. - NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO. - REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELA 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: **058fdf77012e688e533a2032c0d496c956789197491cc4d312c939499bc7cb99**

Documento generado en 10/02/2023 03:48:35 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, nueve (09) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2023-0116-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00037
Accionante : Villanira de Jesús Ruiz Guerrero
Accionado : Fiscal 117 Seccional de Apartadó
Decisión : Deniega, hecho superado

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 033

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve la ciudadana VILLANIRA DE JESÚS RUIZ GUERRERO, a través de apoderado judicial contra la FISCAL 117 SECCIONAL DE APARTADÓ, en procura de la protección de su garantía fundamental de Petición.

ANTECEDENTES

El apoderado de la señora VILLANIRA DE JESÚS RUIZ GUERRERO, manifestó que el 01 de diciembre de 2022 radicó ante la FISCAL 117 SECCIONAL DE APARTADÓ, derecho de petición solicitando se expida a su cargo, copia a color del expediente identificado con el Radicado 050456000324202200119 en el cual funge como víctima por el delito de homicidio de su hermano

N° Interno : 2023-0116-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00037
Accionante : Villanira de Jesús Ruiz Guerrero
Accionado : Fiscal 117 Seccional de Apartadó
Decisión : Deniega, hecho superado

Guillermo de Jesús Ruiz Guerrero, sin embargo, al momento de la interposición de la acción de tutela no había recibido respuesta.

En esa oportunidad también requirió constancia del estado actual de la investigación y que, se reconociera la condición de víctima de su representada y a la Sociedad Legalgroup Especialistas en Derecho S.A.S., la capacidad jurídica necesaria para ejercer representación judicial en procura de los derechos e intereses de la promotora.

De ahí que pretenda por esta vía, se le ordene al despacho en cuestión resolver la solicitud presentada en los términos antes aludidos.

Dentro del término otorgado por la Judicatura, el **FISCAL 117 SECCIONAL DE APARTADÓ EN APOYO**¹, señaló que por error humano no había advertido la radicación de la solicitud en su correo institucional, pero que una vez conoció de la acción de tutela procedió a rastrearla y a brindarle respuesta al solicitante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según se desprende de las pretensiones señaladas en el escrito de amparo constitucional y de los respectivos anexos, lo que pretende la promotora es que el **FISCAL 117 SECCIONAL DE APARTADÓ** brinde respuesta a la petición radicada desde el 01 de diciembre de 2022, a través de la cual solicitó el reconocimiento de su condición de víctima y a la

¹ Archivo N° 013 expediente digital

N° Interno : 2023-0116-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00037
Accionante : Villanira de Jesús Ruiz Guerrero
Accionado : Fiscal 117 Seccional de Apartadó
Decisión : Deniega, hecho superado

Sociedad Legalgroup Especialistas en Derecho S.A.S., la capacidad jurídica necesaria para ejercer su representación judicial.

También, que se expida a su cargo copia a color del expediente Radicado bajo el SPOA 050456000324202200119 y constancia del estado actual de esa investigación.

Sin embargo, esa solicitud se satisfizo durante el trámite constitucional, pues el fiscal de apoyo a cargo del Despacho accionado indicó que el 09 de febrero de 2023 resolvió la pretensión del accionante.

Ciertamente de los anexos se puede evidenciar que en esa fecha, la accionada remitió al correo electrónico: notificaciones@legalgroup.com.co oficio dirigido al apoderado judicial de la promotora, en el cual le informó que la investigación se encuentra en indagación preliminar y que de conformidad con la Sentencia C – 052 de 2012, la condición de víctima debe ser reconocida por un Juez de la República en el escenario procesal habilitado para ello.

También se le indicó que el proceso queda a disposición, para que proceda a expedir a color las copias que requiera. De esa comunicación se acusó recibido a las 10:54 a. m. de la misma fecha.

De esta manera, al quedar satisfecha la pretensión del actor, es claro que en relación con sus garantías fundamentales

N° Interno : 2023-0116-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00037
Accionante : Villanira de Jesús Ruiz Guerrero
Accionado : Fiscal 117 Seccional de Apartadó
Decisión : Deniega, hecho superado

presuntamente vulneradas, se ha configurado la carencia actual de objeto de protección por hecho superado.

Según la interpretación que le ha otorgado la H. Corte Constitucional al artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, el hecho superado ocurre cuando ***“entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que por razones ajenas a la intervención del juez constitucional, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario”***².

La presente acción de tutela fue radicada el 27 de enero de 2023³ y el 09 de febrero del 2023, **el FISCAL 117 SECCIONAL DE APARTADÓ EN APOYO**, resolvió su solicitud a través de comunicación electrónica de esa misma data. Es decir, en el marco de la acción constitucional se satisfizo la pretensión de la accionante, evitando así cualquier vulneración de sus derechos.

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

En mérito de lo brevemente expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en

² Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 2017.

³ Archivo N° 001 del expediente digital.

N° Interno : 2023-0116-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00037
Accionante : Villanira de Jesús Ruiz Guerrero
Accionado : Fiscal 117 Seccional de Apartadó
Decisión : Deniega, hecho superado

nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR LA TUTELA solicitada por la ciudadana VILLANIRA DE JESÚS RUIZ GUERRERO, a través de apoderado judicial al constatarse la configuración de un supuesto de hecho superado, de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

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: **379abe160f7ea5914c726d5dad18f1c7113acb549e1a6ba159e39d9451099884**

Documento generado en 10/02/2023 02:11:14 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, nueve (09) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2023-0105-4
Sentencia de Tutela - 2ª instancia.
Radicado : 05045310400120220029700
Accionante : Carlos Alberto Céspedes Martínez
Accionada : Juzgado Primero Promiscuo Municipal
Apartadó y otros
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 34

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 negó el amparo solicitado por el señor CARLOS ALBERTO CÉSPEDES MARTÍNEZ; diligencias en las que figura como demandado el JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL APARTADÓ, EL JUZGADO PRIMERO CIVIL CIRCUITO DE APARTADÓ, LA EPS MEDIMAS, EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA OFICINA COBRO COACTIVO Y EL INCIDENTISTA CARLOS MARIANO COHEN ESPITIA.

ANTECEDENTES

Aduce el accionante que funge como apoderado

Nº Interno : 2022-1877-4
Radicado : 05045310400120220026700
Accionante : Óber Enrique González Yepes
Accionada : Nueva EPS y otros.
Decisión : Confirma

judicial de la EPS Medimás y el 15 de junio de 2022 fue sancionado por parte del JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL APARTADÓ, dentro del trámite de incidente de desacato que interpuso el señor CARLOS MARIANO COHEN ESPITIA.

El 01 de agosto de 2022 solicitó la inaplicación de la sanción por cumplimiento integral a la sentencia que originó el trámite incidental, pero el despacho no ha resuelto el requerimiento, situación que atenta contra sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y el habeas data.

Pide que, por medio de un fallo de tutela se ordene al Juzgado se proceda a resolver su solicitud, inaplicando la sanción como lo solicitara en memorial del 01 de agosto de 2022, en el cual se probó que había dado cumplimiento al fallo que originó el trámite incidental.

Seguidamente, el Juez de instancia negó el amparo constitucional al haberse configurado carencia actual de objeto por hecho superado, pues mediante auto No 1477 del 01 de noviembre de 2022 el Juzgado accionado había resuelto inaplicar la sanción de desacato impuesta al advertir el acatamiento de la orden constitucional.

El señor CARLOS MARIANO COHEN ESPITIA *-quien fungió como incidentante-* manifestó su disenso por vía de impugnación, indicando que la decisión mediante la cual se dispuso inaplicar la sanción de desacato incumple el mandato legal de

garantizar el pleno goce los derechos que ya le habían sido amparados.

Aseguró que, MEDIMAS EPS está desviando su responsabilidad, puesto que tiene pleno conocimiento de los hechos ocurridos, y de su responsabilidad en los pagos de las incapacidades que reclama.

No resulta justo que la accionada con mentiras haya desvirtuado su responsabilidad y que, no se hayan tenido en cuenta los argumentos señalados por él en el incidente de desacato.

Solicita el pago de las incapacidades inferiores a 180 días.

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.

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

Del caso concreto

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

*“La respuesta de fondo hace referencia al deber que tienen las autoridades y los particulares de responder materialmente a las peticiones realizadas. Según esta Corte, para que no se vulnere el derecho fundamental de petición, la respuesta debe observar las siguientes condiciones: a) **claridad**, esto es que la misma sea inteligible y que contenga argumentos de fácil comprensión; b) **precisión**, de manera que la respuesta atienda directamente a lo solicitado por el ciudadano y que se excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas; c) **congruencia**, que hace referencia a que la respuesta esté conforme con lo solicitado; y por último, d) **consecuencia en relación con el trámite dentro del cual la solicitud es presentada**, «de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”².*

*“Ahora bien, este Tribunal ha aclarado que **la resolución de la solicitud no implica otorgar lo pedido por el interesado**, en tanto, existe una diferencia entre el derecho de petición y el derecho a obtener lo pedido. En efecto, la sentencia C-510 de 2004 indicó que «**el derecho de petición se ejerce y agota en la solicitud y la respuesta**. No se decide propiamente sobre él [materia de la petición], en cambio si se decide por ejemplo sobre el reconocimiento o no del derecho subjetivo invocado ante la administración para la adjudicación de un baldío, el registro de una marca, o el pago de una obligación a cargo de la administración».³*

De manera tal que, una cosa es el deber al que se encuentran sometidas las entidades administrativas de dar

² Cita de la Corte Constitucional Sentencia T-610 de 2008.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2017.

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

Adicionalmente, cuando las peticiones se tramitan ante autoridades judiciales, debe analizarse la posible vulneración del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, pues, el alto tribunal constitucional ha mencionado que:

Este derecho, tiene relación directa con el derecho de petición (artículo 23 C.P.), toda vez que esta garantía fundamental refiere a la posibilidad de las personas de elevar peticiones respetuosas ante las autoridades, las cuales deben ser resueltas de manera pronta y oportuna. Al respecto, debe entenderse que dentro de autoridades también se encuentran inmersos los jueces, quienes están obligados a resolver las solicitudes de los peticionarios, en los términos que prescriben la Ley y la Constitución para tal efecto.

No obstante, es de señalar que cuando una persona presenta peticiones frente a los jueces de la República, y su objeto recae sobre los procesos que este funcionario judicial adelanta, el alcance del derecho de petición se encuentra limitado por las formas propias del proceso respectivo. Razón por la cual, aquellas peticiones que refieran a aspectos propios de la Litis están sujetas a los términos y las etapas procesales previstos para el efecto, de manera tal que nos encontramos en presencia del derecho al acceso a la administración de justicia.⁴

Descendiendo al caso en concreto, se encuentra que, mediante fallo de tutela del 11 de enero de 2019, se ordenó a la EPS MEDIMÁS brindarle información al señor Carlos Mariano Cohen Espitia sobre el pago de las incapacidades generadas desde

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-267 de 2017.

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

el 17 de septiembre de 2018 hasta el 07 de octubre de 2018 y del 16 de octubre de 2018 al 15 de noviembre de esa misma anualidad.

Al advertir el incumplimiento del fallo de tutela, mediante auto interlocutorio del 31 de mayo de 2022 el despacho fallador esto es, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Apartadó sancionó con arresto y multa al representante legal de la accionada. Dicha amonestación fue confirmada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Apartadó el 23 de ese mismo mes.

El 01 de agosto de 2022 el incidentado remitió memorial argumentando que ya había procedido a dar cumplimiento al fallo de tutela y, conforme con ello solicitó ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Apartadó la inaplicación de la sanción impuesta.

El 12 de diciembre de 2022 el representante legal de la EPS Medimás solicitó por medio de la presente acción de tutela el amparo de su derecho fundamental de petición y debido proceso pues no había recibido un pronunciamiento de fondo frente a la solicitud elevada meses atrás.

El juzgado accionado informó que, atendiendo a los elementos obrantes en la actuación, mediante auto del 01 de noviembre de 2022 procedió a brindar respuesta al representante legal de la EPS, en la cual resolvió inaplicar la sanción impuesta.

Sus dichos fueron constatados con los elementos aportados, de los cuales se desprende que la solicitud incoada por

Nº Interno : 2022-1877-4
Radicado : 05045310400120220026700
Accionante : Óber Enrique González Yepes
Accionada : Nueva EPS y otros.
Decisión : Confirma

el Representante legal de Medimás desde el mes de agosto de 2022, fue contestada en el marco de la acción de tutela.

Independientemente si el pronunciamiento brindado resultó favorable para el señor Cohen Espitia, lo cierto es que obra un pronunciamiento de fondo y, conforme con esa contestación, acertó el Juzgado de primera instancia al declarar carencia actual de objeto por hecho superado, pues en el marco de la acción constitucional, se satisfizo la pretensión del accionante terminando así cualquier vulneración de sus derechos.

Ahora bien, pretende el impugnante COHEN ESPITIA que la Sala ordene el pago de unas “incapacidades inferiores a 180 días” sin embargo, esa es una pretensión que no puede atenderse en el presente trámite en razón al principio de congruencia.

La Corte Constitucional ha entendido esa figura *“como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso al no responder lo que en él se pidió, debatió, o probó”*⁵

En materia de tutela, a diferencia que lo que ocurre en trámites ordinarios de otras ramas del derecho, el alto tribunal también ha considerado que el juez no se encuentra limitado por el principio de congruencia, como quiera que, dada la naturaleza del amparo constitucional y sobre la base de los principios procesales que rigen esta actuación, a aquél le corresponde determinar con certeza cuál o cuáles son los derechos fundamentales que pueden

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-714 de 2013.

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

ser objeto de vulneración o de amenaza, con la finalidad de garantizar su efectiva protección.

Sin embargo, ha dejado en claro que esa potestad que tiene para fallar de manera extra y ultra petita no es absoluta, sino que se encuentra limitada por los hechos efectivamente narrados, las pruebas aportadas, recaudadas y valoradas, y en las demás las circunstancias relevantes que se hayan invocado en el trámite de tutela.

Teniendo en cuenta esos parámetros brindados por el órgano de cierre, es dable predicar que la exigencia del apelante no se encuentra llamada a prosperar por cuanto, como viene de verse, el pago de subsidios de incapacidades no fue un asunto debatido en el presente trámite constitucional, no constituyó uno de los pilares de la solicitud ni tampoco de los elementos de prueba recopilados.

Finalmente solo queda por señalar, que si el impugnante considera que la EPS Medimás se encuentra incurriendo en alguna vulneración a sus derechos fundamentales y que ya ha agotado todos los mecanismos que se encuentren a su alcance para terminar con esa trasgresión, lo procedente es que acuda ante el juez constitucional exponiendo su situación y aportando los elementos de prueba que estime necesarios, pero no puede pretender que el juez de segunda instancia se pronuncie sobre esos aspectos que no fueron ventilados en el presente asunto.

Nº Interno : 2022-1877-4
Radicado : 05045310400120220026700
Accionante : Óber Enrique González Yepes
Accionada : Nueva EPS y otros.
Decisión : Confirma

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

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

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: **b2333dbd6cbed6c9cfe8dba6be815c5cda12ab969603f0cdec84a4f0c750cb45**

Documento generado en 10/02/2023 02:11:30 PM

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

RADICADO: 05000-22-04-000-2022-00592 (N.I. 2022-2015-5)

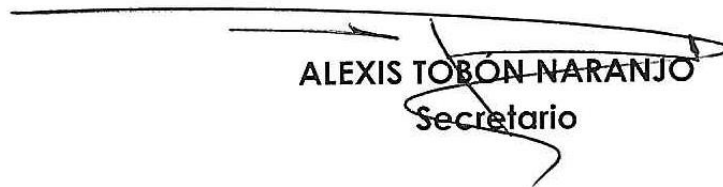
ACCIONANTE: JHONATAN STIVEN ARDILA LEÓN

ACCIONADO: JUZGADO 2° DE E.P.M.S. DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA Y OTROS

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado RENÉ MOLONA CÁRDENAS expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionante interpone recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹; quien fue notificado personalmente mediante exhorto remitido al Centro Penitenciario donde se encuentra detenido, mismo que fue regresado el pasado 25 de enero².

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día 26 de enero de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 30 de enero de 2023.

Medellín, febrero tres (03) de 2023.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivo 27-28

² Archivo 25-26

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, febrero seis (06) de dos mil veintitrés.

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

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
MAGISTRADO

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **2d839d0edadfa0c8d4c54101e18e8811f111a961b337b6b7439433eb1e4ec57d**

Documento generado en 10/02/2023 09:08:52 AM

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

Tutela primera instancia

Accionante: Aroldo Sacristan Mahecha (mediante apoderado)
Accionado: Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00064
(2023-0205-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, diez de febrero de dos mil veintitrés

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionados	Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros
Radicado	05000-22-04-000-2022-00064 (2023-0205-5)
Decisión	Inadmite tutela por falta de poder

El abogado Lusvin Javier Suarez Muñoz manifestó actuar como apoderado de Aroldo Sacristán Mahecha. **NO SE ADMITE** su postulación dado que no aportó el poder especial y específico para la presentación de esta acción constitucional. Si bien, se adjuntó un poder para representar los intereses del afectado dentro de una causa penal, éste no convalida la legitimación por activa para realizar la defensa de los derechos fundamentales en este escenario. El poder que se adjunta no especifica que el apoderado puede actuar en representación del accionante en este trámite constitucional.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en decisiones como el Auto adiado el 13 de junio de 2017, bajo radicado 92423, adujo lo siguiente:

*“2. En el asunto objeto de examen, la libelista manifiesta actuar como defensora de confianza de ***. Sin embargo, revisado cuidadosamente el libelo y sus anexos se observa que no acreditó su calidad de profesional del derecho y, además, **tampoco acompañó el poder especial para actuar, toda vez que el conferido por el presunto afectado dentro del proceso penal no convalida su legitimidad en la acción constitucional.***

Tutela primera instancia

Accionante: Santiago Alonso Agudelo Márquez (mediante apoderado)
Accionado: Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otros
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00577
(2022-1916-5)

2.1. Luego, la sola circunstancia de anunciar derechos fundamentales presuntamente vulnerados no es más que una simple invocación, la cual de manera alguna la habilita -per se- para acudir por vía de tutela a obtener la protección de los intereses de *****, quien es en últimas el titular de aquéllos."

Por lo tanto, **SE INADMITE** otorgando el plazo de **TRES (03) DÍAS** a partir de la comunicación de este auto, a fin de que allegue el poder especial.

COMUNÍQUESE 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: **68d9aaad7be3e518e9970dde87ea95ac19d813eed89dfa9f72252ac90603c87e**

Documento generado en 10/02/2023 09:03:26 AM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA MIXTA

Medellín, diez (10) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 10

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	Edith María Barandica Urrea
Accionado	Aero Jurado y Constructora Maquinarias y Agregados S.A.S. y Gobernación del Chocó
Radicado	05-045-40-03-001-2023-00128 (N.I.: 2023-0192-5)
Decisión	Asigna competencia

ASUNTO

La Sala decide la colisión de competencias planteada entre el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo Antioquia y el Juzgado Primero Civil Municipal de Apartadó Antioquia, para conocer de la acción presentada por Edith María Barandica Urrea en contra de la empresa Aero Jurado y Constructora Maquinarias y Agregados S.A.S. y la Gobernación del Chocó.

ANTECEDENTES

Edith María Barandica Urrea domiciliada en el municipio de Turbo Antioquia presentó acción de tutela ante los jueces de esa municipalidad, en contra de la empresa Aero Jurado y Constructora Maquinarias y Agregados S.A.S. y la Gobernación del Chocó - Quibdó por la presunta vulneración al derecho fundamental de petición.

El conocimiento de la acción le correspondió por reparto al Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo Antioquia. Esta oficina estableció que la accionante reside en el municipio de Apartadó, exactamente en el barrio Serranía según el informe de secretaría elaborado por el oficial mayor del despacho. Por tanto, dispuso remitir la acción a los juzgados municipales de Apartadó Antioquia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º numeral 2 del Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, artículo 1º del Decreto 333 del 6 de abril de 2021, que alude a la competencia en acciones de tutela por el factor territorial.

La solicitud le fue repartida, entonces, al Juzgado Primero Civil Municipal de Apartadó Antioquia, quien, a su vez, no aceptó las razones ofrecidas por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo Antioquia. Adujo que *“la accionante Edith María Barandica Urrea en comunicación telefónica, manifestó que su domicilio y residencia se encuentra en el municipio de Turbo, más concretamente en el barrio Buenos Aires, Calle 105 con Carrera 13, y que la dirección que reposa en el acápite de notificaciones de la tutela, correspondiente a la ciudad de Cartagena, fue un error mecanográfico al transcribirla (...) se estableció de igual manera, que el domicilio de la parte accionada Constructora Maquinarias y Agregados S.A.S., lo es el municipio de Turbo Antioquia”*.

En consecuencia, declaró la falta de competencia de acuerdo con el artículo 1° del decreto 333 de 2021, y promovió conflicto negativo remitiendo las diligencias a este Tribunal para decidir el asunto.

CONSIDERACIONES

El conflicto debe ser resuelta por Sala Mixta quien tiene competencia para desatar la colisión entre dos jueces de municipios diferentes con diferente especialidad que se encuentran dentro de este mismo Distrito Judicial, así estén actuando como jueces constitucionales, por cuanto formalmente no dejan de tener distinta especialidad, según lo dispuesto en el artículo 18 inciso 2° de la Ley 270 de 1996.

Así pudiera estimarse que los jueces promiscuos para el efecto podrían ser considerados de la especialidad penal -de la jurisdicción ordinaria- el otro despacho involucrado pertenece a la jurisdicción civil. En todo caso, la celeridad propia de la acción impone resolver de inmediato la colisión propuesta.

Conforme al artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 333 de 2021, *"para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivara la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos"*.

Son entonces dos los factores en los que se radica la competencia desde el punto de vista territorial: (i) el sitio donde se presenta la omisión o se realiza la acción a la que se le atribuye afectar derechos fundamentales y (ii) el lugar donde se padecen los efectos, pues así lo dispone la norma citada. Y esto, esencialmente, concuerda de manera adecuada con un sistema de protección de derechos fundamentales,

en la medida en que brinda mayores opciones a los afectados para acudir al juez constitucional.

Por tanto, la accionante podía acudir al municipio de Turbo Antioquia que es donde se presenta la omisión de la empresa y el lugar donde se padecen los efectos, ya que tanto la accionante como una de las accionadas (empresa Aero Jurado y Constructora Maquinarias y Agregados S.A.S.) tienen su domicilio en el municipio de Turbo Antioquia.

Desde luego que, en virtud de lo anterior, la Sala estima que en el presente caso, tanto los jueces municipales de Turbo Antioquia como los jueces municipales de Chocó Quibdó podrían ser competentes por los factores objetivo y territorial para adelantar la acción, lo anterior debido a que la otra accionada es la Gobernación de Chocó – Quibdó. Sin embargo, como la solicitante acudió ante los Jueces de Turbo Antioquia, es este el municipio donde se radica la competencia, pues es en ese lugar donde tiene su domicilio y donde se producen los efectos de la eventual omisión vulneradora de derechos fundamentales.

En consecuencia, le corresponde al Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo Antioquia conocer la pretensión de amparo constitucional invocada por la accionante.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA** en Sala Mixta,

RESUELVE

PRIMERO: Asignar el conocimiento de la presente solicitud de tutela al Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Turbo Antioquia, a quien se le enviarán las diligencias.

SEGUNDO: Por Secretaría infórmese de esta decisión a la accionante y al Juzgado Primero Civil Municipal de Apartadó Antioquia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado
(Sala penal)

WILMAR JOSÉ FUENTES CEPEDA

Magistrado
(Sala civil familia)


WILLIAM ENRIQUE SANTA MARÍN
Magistrado
(Sala laboral)

Firmado Por:

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

Wilmar Jose Fuentes Cepeda
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De 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: **24227bef133bd316d3b90d6ebb79c4f91486167d752a84ae8d21871c98168a23**

Documento generado en 10/02/2023 03:45:21 PM

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

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

RADICADO: 05 376 6000 339 2020 00039

NI: 2022-1606

PROCESADO: VICTOR ALFONSO OSORIO MARULADA

DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO AGRAVADO en concurso con ACTO SEXUAL
ABUSIVO AGRAVADO

DECISION: MODIFICA SENTENICA CONDENATORIA

Proyecto discutido y aprobado mediante acta 16 de febrero 2 del 2023

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

Medellín, febrero desde dos mil veintitrés

1. Objeto del pronunciamiento

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del pasado 28 de septiembre del 2022, emitida por el Juzgado Penal del Circuito de la Ceja.

2. Hechos.

En la audiencia de formulación de imputación celebrada el pasado 3 de septiembre del 2020 se indicó:

“Que al parecer venía realizando actos que involucraban la sexualidad y formación sexual de la niña MVOR para efectos se acompaña como elementos el informes del psicólogo y el médico que atendieron a la niña el día 3 de febrero del 2020, donde la niña fue muy clara en indica niña de 10 años de edad, el 10 de noviembre del 2019, es decir el año pasado cuando su tío VICTOR ALFOSO OSORIO MARULANDA quien vive en la vereda la Palmera un

día que la mamá la envió a comprar unas cosas a la tienda, el tío le mostró un muñequito la empujó para adentro de la pieza, la tira de la cama y luego la violó, la empujó le quito los calzones le quitó la camisa , le toco los senos, le puso el pene en la vagina e indica que le entró el pene en la vagina, se informa que no presenta sangrado posterior, dice que boto una baba que esa baba le quedó en la vagina y en el piso de la pieza, que eso pasó cuando bajaba a la tienda y que la mandaban una vez a la semana. Al hacerle el examen sexológico en el hospital de la Unión se observa un himen con bordes blanquecinos no hemorrágicas, se observa desfloración que compromete al himen hasta el borde interno a las 2 y a las 5 del reloj, ano lineal sin alteraciones, sin fisuras, no se realizó tacto rectal y no tiene edemas o limitaciones a la movilidad, el hecho es que, al revisar a la niña, le encontró desfloración laceración a las 2 y a las 5 de las manecillas del reloj.

Posteriormente ante solicitud del Juez para que informe por una sola vez el nombre de la menor que rindió la entrevista para tener claridad, lo menciona y procede a dar lectura a una entrevista rendida por a menor e indica que la entrevista fue realizada el 24 de Julio del 2020 y señala:

“ que ha sido tocada en las partes íntimas, que ella ya le ha contado al comisario dice que la violaron, que fui un día a donde mi tía pasado por donde mi tía que la quiero mucho el me cogió por la fuerza por la fuerza y me arrastro me tapo la boca para que no gritara, el me volvió la boca, yo le dije que iba a gritar y me tocó las piernas, cuando la niña me dice que me violó , se refiere a la penetración por vía vaginal por parte de su tío VICTOR ALFONSO RODRIGUEZ MARULANDA, es por eso que se le inicia una investigación por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, pues la niña solo tiene diez años en este momento...

Remató su intervención señalando que el delito era el de acceso carnal abusivo agravado visto el parentesco del procesado (tío) con la menor ofendida.

Ya la audiencia de acusación realizada el pasado 18 de diciembre la Fiscalía indicó:

“Mediante entrevista efectuada en la Comisaria de Familia de la Unión el día 3 de enero del 2020, por la señora MARIA RUBIELA GUZMAN GARZON vecina de la niña M.V.O.R. de 10 años de edad, residente en la Vereda La Palmera del Municipio de la Unión, informa el evento se acceso sexual con menor de edad que sufrió la niña M.V.O.R. por parte de su tío

paterno cuando la niña fue a comprar bombones a la tienda de su tío VICTOR ALFONSO ubicada cerca a la escuela de la Vereda La Palmera de la Unión. En ese momento que la niña fue a comprar los bombones su tío VICTOR ALFONSO aprovecha para entrarla a una habitación contigua a la tienda y allí la accedió vaginalmente. Que la niña fue a contarle a sus padres y éstos lo único que dijeron fue “que verraquera” pero que no lo denunciaban porque tenían a la mamá muy enferma y con esta noticia podía agravar o morir. Acorde con el reconocimiento médico legal la niña refiere que aproximadamente en el mes de noviembre de 2019, fue abusada sexualmente cuando iba a la tienda del lugar donde ella reside que allí el señor le ofrecía dulces le hacía quitar la ropa y le tocaba todo el cuerpo, que esto ocurrió muchas veces hasta que fue entrada que le conto a sus familiares, pero no le creyeron. Al examen físico se observa desfloración con laceraciones que comprometen el himen hasta el borde interno a las 2 y a las 5 del reloj mayor de 15 días, no presenta otras lesiones relata múltiples eventos de abuso sexual con penetración por parte de un familiar donde la familia conocía la ocurrencia de los eventos. Adicionalmente el día 24 de junio de 2020, se realiza entrevista forense a la niña M.V.O.R. y al minuto 12:38 informa que ella cuando iba a visitar a una tía, pasaba por donde su tío y é la cogió a la fuerza, le tapó la boca y le toco las partes íntimas, aclarando al minuto 14:46 que la penetro con el pene por el trasero y también por la vagina. Amplia al minuto 15.30 que con el pene le hacía duro, y a la niña le dolía. Señala como responsable al tío VICTOR ALFONSO. Que ocurrió en múltiples ocasiones, pero antes era por encima de la ropa, en la vagina desde que tenía 7 años aproximadamente (minuto 23.33) y le advertía que ojo con decir algo. Que siempre que ella pasaba por allí, el tío la cogía de la cintura y la entraba a la casa y ocurría lo que ha contado.”

Acto seguido se refiere a lo ocurrido en la audiencia de formulación de imputación y señala que procede en este acto a adicionar la imputación así:

“La conducta por la que es llamado a responder penalmente el señor VICTOR ALFONSO OSORIO MARULANDA encuentra su adecuación típica, antijurídica y culpable en el Código penal, libro segundo – parte especial, de los delitos en particular, TITULO IV DE LOS DELITOS CONTRA LLIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUAL, capítulo segundo de Los Actos Sexuales Abusivos Artículo 208 Bajo la denominación de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS modificado por el artículo. 4 de la ley 1236 de 2008, sancionado con pena de 12 a 20 años de prisión. AGRAVADO por el parentesco en segundo grado de consanguinidad en calidad de tío paterno Art. 211 # 5 del C.P. en consecuencia la pena se aumenta de una tercera parte a la mitad quedando de 16 a 30 años de prisión. ADICION A LA IMPUTACION. Teniendo en cuenta que la niña informa que desde los 7 años venía siendo víctima de tocamientos por parte del tío, se hace necesario adicionar la conducta del Artículo

209 Bajo la denominación de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS modificado por EL ART. 5 de la ley 1236 de 2008, sancionado con pena de 9 a 13 años de prisión en concurso homogéneo y sucesivo.

3. Sentencia de Primer Instancia.

En la sentencia de primera instancia, se hace un recuento de la prueba aportada en el juicio y lo estipulado analizaron por separados las dos conductas enrostradas al acusado iniciando con el análisis del delito de acceso carnal abusivo agravado, después de referirse a los elementos de dicho tipo penal y al verbo rector, se indica que la conducta de acceder carnalmente a una menor de 14 años de edad, se encuentra debidamente acreditada con el dicho de la menor M.V.O.R., considerando que la firmeza descriptiva del relato de la niña no lleva a duda alguna sobre lo ocurrido, pese a la lamentable re victimización de la que fue objeto al recibírsele su testimonio en varias sesiones de audiencia y mantenerse encendida la cámara del procesado lo que indudablemente causó incomodidad a la menor al rendir su testimonio .

Resaltó diversos apartes de la versión de la menor, en los que narró no solo los hechos vividos el 10 de noviembre del 2019, cuando fue accedida carnalmente por su tío cuando fue a comprar unos bombones a la tienda, sino los diversos eventos que en el pasado se presentaron desde cuando ella tenía siete años de edad y fue tocada en la vagina por su consanguíneo.

Indicó que la versión de la menor aparece corroborada con la pericia médica que da cuenta de la existencia de desfloración de su himen, que es compatible con su narración de acceso carnal, y con lo apreciado por la psicóloga que valoró a la menor y encontró afectación en la niña por lo ocurrido. Igualmente resaltó que la ti de esta MARIA TERESA OSORIO MARULADA, traída como testigo por la defensa, puso de presente que al ir a la entrega de notas de la niña fue enterrada que esta mediante dibujos había puesto de presente que había sido tocada. Igualmente relató el dicho de MARIA IRENE RUIZ quien se encargó

posteriormente del cuidado de la menor puso de presenté la hostilidad de la niña frente al tío, y que fue amenazada por toda la familia para que cambiara su relato sobre lo sucedido.

En cuanto al punible de acto sexual abusivo, resaltó que la versión de la menor también fue clara en lo ocurrido, pero advirtió que, vista la falta de precisión de la acusación sobre el número de eventos, solo era posible condenar manteniéndose fiel a la congruencia por el mínimo de reatos esto es 2 que pueden configurar un concurso que fue lo anunciado por la Fiscalía al adicionar la acusación.

Al dar respuesta a los alegatos de la defensa, señaló que no existen inconsistencias en el relato de la menor, que la prueba médica corrobora la existencia de un acceso carnal, pues demuestra que en efecto si hubo penetración al presentarse desfloración y que eso confirma lo afirmado por la niña al declarar en el juicio.

Impuso en consecuencia después de tasar la pena para el delito más grave-acceso carne abusivo agravado, visto el parentesco de la menor con el procesado- en 16 años, una final de 18 años por el concurso con los delitos de acto sexual abusivo agravado y negó cualquier beneficio o subrogado en atención a las prohibiciones legales.

4. Motivos de la apelación.

La defensa del procesado solicita la revocatoria de la sentencia condenatoria de primera instancia por las razones que pueden resumirse así:

1. Existe evidentes contradicciones en el dicho de la menor sobre la forma como ocurrieron los hechos, su narración es confusa sobre los momentos en que los mismos supuestamente se presentaron. Igualmente en declaraciones anteriores la menor presentó versiones encontradas sobre la forma como ocurrieron los hechos llama la atención sobre las versiones, rendidas el 27 de abril y el 11 de junio de 2021,

mencionó que había sido abusada por el ano, sin embargo la pericia medica indica que su ano se encuentra normal al momento del examen como lo menciona el médico CARLOS ANDRES MARULANDA GARCIA, de otra parte la profesora YULIETH que hizo los dibujos con la niña y que evidencio posibles tocamientos le pregunto a esta si había sido penetrada por su tío y ella enfáticamente afirmó que no. Resalta que en la entrevista recibida por el servidor del C.T.I. ALBEIRO FLOREZ CARDONA, cuyos apartes se expusieron en el juicio, la menor le contó a dicho servidor que el procesado se quitaba la ropa, pero a ella no, lo que desmiente el dicho de la menor en el juicio cundo indica que a ella también le quitaba la ropa su ti cuando la accedía.

2. Llama la atención que se dice que los hechos se presentaron desde que la menor tenía siete años de edad, y la madre de esta al declaró indica que se presentaron en casa de la abuela, precisando que la abuela había fallecido un año antes de su declaración que rindió el 13 de octubre del 2021, agrega que este documentado que la madre del procesado falleció el 5 de marzo del 2020, cuando la niña tenía 10 años. Según el testimonio de MARIA ESPERANZA Y ERASMO OSORIO MARULANDA, a doña Amparo, la mamá, la llevaron el día de madres de 2019 a la casa de la hija BEATRIZ para celebrarle el día de madres y por la enfermedad, ya se quedó allí donde Beatriz. Para el día de madres de 2019, la niña tenía 09 años. Por estos testimonios rendidos por los tíos de M.V.O.R el 25 de octubre de 2021, sobre estas fechas, es imposible que VICTOR hubiera abusado de la niña desde que ella tenía siete -7 años de vida. Resalta igualmente que lo narrado por ISMENIA RUIZ no concuerda con lo que la menor dice, por lo tanto, el dicho de la menor resulta contradictorio.
3. Según se desprende de lo consignado por el médico Julián Andrés Mejía, en la historia clínica de la atención a M.V.O.R donde se consignó: "...LA PACIENTE EXPRESA UNA SERIE DE HECHOS ABUSIVOS QUE HAN TENIDO LUGAR A LO LARGO DE SU HISTORIA VITAL Y QUE NUNCA FUERON ATENDIDOS, LOS CUALES

ACAECIERON PRESUNTAMENTE CON DIFERENTES PERSONAS INCLUSO MIEMBROS DE SU GRUPO FAMILIAR...Tal afirmación genera duda insalvable sobre quien es el autor de los abusos de la menor pues queda en evidencia que la niña ha sido abusada por varias personas.

4. La supuesta enemistad y actitud hostil de los familiar de la menor no tiene relación con los hecho que aquí se investigan sino a múltiples denuncias que se han cruzado entre los diversos miembros de la familia que han quedado solo en esto pue no se han adelantado las correspondientes investigaciones como se probó en el juicio no puede entonces concluirse como se consigna en el fallo que existió una actitud que buscara influir en la menor por parre de sus familiar, de otra aparte como es común en este tipo de eventos unos familiar toman partidos por alguna de las partes involucradas y por eso no se puede deducir responsabilidad penal.

5. Para resolver se considera

Procede la Sala a ocuparse de los planteamientos de la defensa con los que busca se revoque la sentencia condenatoria emitida en contra de VICTOR ALFONSO OSORIO MARULANDA.

Lo primero que debe advertirse es que aquí se presenta una incongruencia entre los hechos narrados en la imputación, y los contemplados en la acusación, los cuales además fueron presentados con evidente falta de técnica, desconociendo reiterados y amplios pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en relación a la presentación de los hechos jurídicamente relevantes¹, lo que generó que pese a que se

¹ en efecto en la Sentencia SP3168 del 2017, con ponencia de la Magistrada PATRICIA SALAZAR CUELLAR, se indica:

“«Es frecuente que en la imputación y/o en la acusación la Fiscalía entremezcle los hechos que

llamaba inicialmente a responder a OSORIO MARULANDA por unos hechos ocurridos el día 10 de noviembre del 2019, en el que accedió a la menor M.V.O.R por vía vaginal y la tocó en varias partes de su cuerpo, como se indicó en la formulación de imputación, luego se le agregaron otra serie de hechos que venían presentados desde que la menor tenía siete años de edad, con la adición que se hizo en la acusación, y visto que la menor al rendir declaración ponía en evidencia otros eventos diversos como era un acceso por vía anal, se terminó pidiendo condena por otros más s y haciendo referencia en el fallo de primera instancia de hechos y conductas que inicialmente no habían sido contemplados ni en la

encajan en la descripción normativa, con los datos a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, e incluso con el contenido de los medios de prueba. De hecho, es común ver acusaciones en las que se transcriben las denuncias, los informes ejecutivos presentados por los investigadores, entre otros. También suele suceder que en el acápite de “hechos jurídicamente relevantes” sólo se relacionen “hechos indicadores”, o se haga una relación deshilvanada de estos y del contenido de los medios de prueba. Estas prácticas inadecuadas generan un impacto negativo para la administración de justicia, según se indicará más adelante. [...] Sí, como suele suceder, en la imputación y/o la acusación la Fiscalía se limita a exponer los medios de prueba del hecho jurídicamente relevante, o los medios de prueba de los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, equivale a que hiciera el siguiente planteamiento: “lo acuso de que María asegura haberlo visto salir corriendo del lugar de los hechos, y de que un policía judicial dice que le encontró un arma, etcétera”. Lo anterior no implica que los datos o “hechos indicadores” carezcan de importancia. Lo que se quiere resaltar es la responsabilidad que tiene la fiscalía general de la Nación de precisar cuáles son los hechos que pueden subsumirse en el respectivo modelo normativo, lo que implica definir las circunstancias de tiempo y lugar, la conducta (acción u omisión) que se le endilga al procesado; los elementos estructurales del tipo penal, etcétera. Tampoco debe entenderse que las evidencias y, en general, la información que sirve de respaldo a la hipótesis de la Fiscalía sea irrelevantes. Lo que resulta inadmisibles es que se confundan los hechos jurídicamente relevantes con la información que sirve de sustento a la respectiva hipótesis [...]. [...] Errores como los descritos en páginas precedentes no sólo desconocen lo dispuesto en los artículos 288 y 337, en el sentido de que los hechos jurídicamente relevantes deben expresarse de manera sucinta y clara, sino que además generan situaciones que afectan severamente la celeridad y eficacia de la justicia. Lo anterior sucede en eventos como los siguientes: (i) se relacionen de forma deshilvanada “hechos indicadores” y/o el contenido de los medios de prueba, pero no se estructura una hipótesis completa de hechos jurídicamente relevantes; (ii) la falta de claridad en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía, impide delimitar el tema de prueba; (iii) en la audiencia de acusación se le proporciona información al Juez, que sólo debería conocer en el juicio oral, con apego al debido proceso probatorio; (iv) las audiencias de imputación y acusación se extienden innecesariamente, y suelen tornarse farragosas; (v) la falta de claridad de la imputación y la acusación puede privar al procesado de la posibilidad de ejercer adecuadamente su defensa; (vi) las omisiones en la imputación o la acusación puede generar impunidad, como cuando se dejan de relacionar hechos jurídicamente relevantes a pesar de que los mismos pueden ser demostrados (elementos estructurales del tipo penal, circunstancias de mayor punibilidad, etcétera)».

imputación, ni en la acusación pese a la adición que en la audiencia de acusación hiciera la representante de la Fiscalía que concurrió a dicho acto procesal, la cual como se ha dicho desbordó el núcleo fáctico inicial de la imputación.

La jurisprudencia de la Sala Penal ha sido clara que si se pretende adicionar el núcleo fáctico de la imputación, esto es agregar nuevos hechos, no resulta posible hacerlo en la acusación, sino que es indispensable reformular la imputación, por lo que no resulta posible como ocurrió en el presente caso que simplemente la Fiscalía a la hora de presentar la acusación diga que la adiciona la imputación, y proceda a incluir nuevos hechos, como ocurre con la referencia que hace a los supuestos actos sexuales de los que fue víctima M.V.O.R. desde el momento en que tenía 7 años de edad, o muchos menos que ya en los alegatos de conclusión cuando se avizora otros hechos se termine entonces incluyendo en el pedido de condena conductas como las de un presunto acceso por vía anal, que M.V.O.R. reporta al declarar en el juicio padeció, sin que tal evento en momento alguno se contemplara desde la formulación de imputación.

Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisa que la acusación, tiene un referente claro la imputación, y debe tener pena consonancia fáctica no siendo posible agregar nuevos hechos o premisas fácticas en el acto de la acusación tal y como lo resalta la sentencia del Magistrado EUGENIO FERNANDEZ CARLIER, del pasado 14 octubre del 2020 radicación 55440 al indicar lo siguiente

“La Corte de tiempo atrás ha insistido en los requisitos objetivos mínimos con que debe contar la Fiscalía al momento de formular tanto la imputación, como la acusación, así como la coherencia que en ese sentido se debe mantener a lo largo del diligenciamiento. En principio, para que a través del juez de control de garantías le comunique a una persona la calidad de imputada al estar siendo investigada por su posible participación en una conducta punible, el artículo 288 de la Ley 906 de 2004 tiene como exigencias el expresar oralmente la concreta individualización, identificación y ubicación del imputado, así como hacer una «relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes.

Aunque en ese estadio no es necesario descubrir los elementos materiales probatorios ni la evidencia física, sí debe el representante del ente investigador ofrecerle al juez de control de garantías elementos de juicio tendientes a acreditar la índole penal del comportamiento y la relación del imputado con el mismo, a fin de que pueda inferir razonablemente la autoría o participación en el delito que se investiga, tal y como lo dispone el artículo 287 de la normativa en comento. Por ello, se ha enfatizado en que la formulación de imputación ha de ser fáctica y jurídica, fase embrionaria ubicada en los terrenos de posibilidad, que luego, en virtud del principio de progresividad, permitirá allegar elementos materiales probatorios y evidencia con miras a sustentar la formulación de acusación con un grado de probabilidad de verdad, momento culminante de la investigación que la reviste de un halo definitivo delimitando así el marco factual y jurídico dentro del cual habrá de surtirse el debate oral. Bajo esa perspectiva, la formulación de imputación se constituye en un condicionante fáctico de la acusación — o del allanamiento o del preacuerdo—, sin que los hechos puedan ser modificados, estableciéndose así una correspondencia desde la arista factual, lo cual implica respetar el núcleo de los hechos, sin que ello signifique la existencia de un nexos necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.

Esa precisión que debe tener la Fiscalía desde la formulación de imputación de informar al imputado de los hechos y circunstancias, con las consecuencias jurídicas que aparejan, habilita el ejercicio pleno de derecho de defensa a fin de planear la estrategia tendiente a morigerar el poder punitivo estatal, al punto que le permite optar de manera libre, consciente y voluntaria por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o controvirtiendo las que se aducen en su contra. Pero cuando surgen nuevas aristas fácticas que conllevan la configuración de otras hipótesis delictivas será necesario ampliar la formulación de imputación o incluso practicar otra diligencia de esa índole a fin de no sorprender al inculcado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que, si bien el Fiscal puede corregir la acusación, no está facultado para alterar el aspecto fáctico. El límite, entonces, son los hechos registrados en la imputación, sin que se puedan considerar supuestos fácticos no incluidos en ella, máxime cuando tal modificación agrava la situación jurídica del inculcado. Esto significa que tales modificaciones serán posibles si se adelanta una audiencia de garantías adicional a la imputación para tales efectos y se realiza antes de la presentación del susodicho escrito.”

En ese orden de ideas, solo era posible adelantar el juicio que desembocó en la sentencia que ahora nos ocupa por los hechos ocurridos el día 10 de noviembre del 2019, que fue el único evento contemplado desde la imputación y luego reiterado en la acusación, pues incluir otros eventos como finalmente ocurrió es dar al traste con la congruencia fáctica de la imputación inicial, y como la Fiscalía no utilizó los mecanismos que ha definido la jurisprudencia para los eventos en que debe accionar nuevos hechos jurídicamente relevantes, se impone entonces la revocatoria de la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con el concurso de delitos de acto sexual abusivo, que fueron agregados en la acusación, pues los mismos van más allá de los incluidos en el núcleo de la imputación fáctica original y la Fiscalía no utilizó el camino previsto en la sentencia de la Sala Penal antes citada de concurrir ante el Juez de Control de Garantías para incluir tales hechos, por lo que el único camino que queda frente a tal situación, es como se viene anunciando revocar la sentencia condenatoria en este punto y disponer la respectiva compulsas de copias para que como es debido se le dé el trámite que corresponde frente a tales hechos adicionados.

Hechas estas precisiones nos ocuparemos entonces única y exclusivamente del evento de acceso carnal abusivo ocurrido el día 10 de noviembre del 2019, respecto del cual si bien es cierto como se aprecia en la acusación, anti técnica fue la Fiscalía al dar lectura a partes de entrevistas y reconocimientos médicos para presentar los hechos jurídicamente relevantes, es el único evento que en efecto se mantiene desde la imputación, y resulta claro que se está poniendo de presente un acceso carnal por vía vaginal ocurrido cuando la menor sale de su casa” *a comprar bombones a la tienda de su tío VICTOR ALFONSO ubicada cerca a la escuela de la Vereda La Palmera de la Unión. En ese momento que la niña fue a comprar los bombones su tío VICTOR ALFONSO aprovecha para entrarla a una habitación contigua a la tienda y allí la accedió vaginalmente”.*

Adentrándonos ya en si en efecto la prueba aportada en el juicio permite demostrar el precisado evento de acceso carnal abusivo, lo primero que debemos advertir es que contrario a lo planteado por el recurrente la narración que hizo M.V.O.R., quién para el

momento de los hechos contaba con 10 años, y declara dos años después de lo ocurrido en el juicio oral, aparece claro, coherente en tiempo y espacio y evidencia como aprovechándose de su corta edad el procesado logra que ella ingrese a una habitación contigua a una tienda que posee y allí la accede carnalmente.

Se debe tener en cuenta igualmente la forma cómo debe valorarse el testimonio de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales; para lo cual la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“Una adecuada valoración del testimonio exige al funcionario tener en cuenta los principios de la sana crítica y para ello habrá de apreciar lo percibido por el declarante, su estado de sanidad y los sentidos por los cuales tuvo la percepción, así como las circunstancias de tiempo y modo de la captación y su personalidad.

Cuando dentro de un proceso una misma persona rinde varias versiones, la regla de experiencia enseña que bien pueden no coincidir en estricto sentido unas y otras. Es más, una perfecta coincidencia podría conducir a tener el testimonio como preparado o aleccionado. Las posibles contradicciones en que haya incurrido no son suficientes para restarle todo mérito, pues “en tales eventos el sentenciador goza de la facultad para determinar, con sujeción a los parámetros de la sana crítica, si son verosímiles en parte, o que todas son increíbles o que alguna o algunas de ellas tienen aptitud para revelar la verdad de lo acontecido”². Por manera que, si el declarante converge en los aspectos esenciales, el juzgador no podrá descartar sus dichos”³

Ahora bien, la defensa señala que la versión de la menor es confusa, contradictoria intrínsecamente con lo que narra inicialmente, con lo que narró previamente en otra entrevista y con lo narrado a terceros.

Al respecto debe advertir la Sala que como ya se indicó no se pueden considerar otros eventos de supuestos abusos sexuales como los ocurridos desde que la menor tiene siete años de edad, por ende las elucubraciones que hace la defensa sobre la fecha de muerte de

² Sentencia de casación del 11 de octubre de 2001, radicado 16.471.

³ Sentencia de Casación del 5 de noviembre del 2008 Magistrado Ponente Augusto J. Ibáñez. Radicado 30305

la abuela de la menor y el supuesto abuso a los siete años, para considerar que las fechas mencionadas resultan imposibles pues la abuela de esta falleció en el año 2020 como lo reportan MARIA ESPERANZA Y ERASMO OSORIO MARULANDA, no afectan en nada la credibilidad del dicho de la menor sobre el evento de acceso carnal que nos ocupa que ocurre es en el año 2019 cuando ella tiene 10 años de edad, de otra parte debe advertirse que las supuestas incongruencias que advierte el togado ofensor surgen no del dicho de la menor sobre las fechas de los hechos, sino sobre la mención que hace la señora ISMENIA DE JESU RUIZ, que valga decir no es testigo presencial de lo acontecido, pues ella lo que informa al declarar es de lo que se enteró con posterioridad al hecho por narración de la menor poniendo en evidencia no solo el hecho que se investiga sino otros más ocurridos desde que la niña tenía 7 años de edad, que como ya indicé, no hacen parte de la imputación inicial, y por lo mismo sobre estos es que ya se anunció se revoca la sentencia de primera instancia, al haberse incluido indebidamente en la acusación.

Ahora bien, el señor defensor en sus alegatos de apelación, trae a colación varios apartes de versiones anteriores de la menor que rindió en entrevistas previas como la decepcionada por el servidor del C.T.I. ALBEIRO FLOREZ CARDONA o lo que se consignó en la historia clínica de atención y reconocimiento médico por parte del médico JULIAN ANDRES MEJIA, sin embargo, nunca en el interrogatorio de la menor se utilizaron dichas declaraciones previas para confrontar sus dichos e impugnarle credibilidad, por lo que imposible ahora resulta entrar a considerar presuntas contradicciones con versiones anteriores, sin estas previamente no fueron puestas en evidencia durante el interrogatorio a la menor.

Al Respecto en sentencia con el radicado 51914 de 01 de julio de 2020, M.P. GERSON CHAVERRA CASTRO), señaló:

“6. Pese al restringido margen del reproche, como se dijo orientado a evidenciar que la sentencia falseó la prueba sustento de la condena, dadas las vicisitudes probatorias que determinaron la solución de este caso, lo primero que se impone precisar, tomando como referente necesario la depurada técnica que la jurisprudencia ha decantado sobre este particular (Sentencias No. 25.738 de 2006, No. 26411 de 2007, No. 44950 de 2017, No. 43651 de 2018, No. 48959 de 2018 y No.49509 de 2019, entre otras), es el tema relacionado con las

reglas orientadas a regular la incorporación y valoración de declaraciones anteriores al juicio, cuando quiera que, como sucede en este caso, el testigo de cargo se retracta o cambia su versión.

A este respecto, dentro del modelo judicial en materia penal adoptado en la Ley 906 de 2004, como bien se sabe, la sentencia solamente puede fundarse en pruebas aportadas en desarrollo del debate oral, esto es, aquellas practicadas y controvertidas en presencia del juez. De esta especie participan tanto las pruebas directas, como el uso de declaraciones anteriores dirigidas a refrescar memoria (Art. 392 d.) o impugnar credibilidad (Art. 393 b.), los cuales se constituyen en instrumentos que dinamizan tanto el interrogatorio como la impugnación de credibilidad del relato de un testigo.

Pero excepcionalmente se admiten declaraciones anteriores como medios de prueba, en las hipótesis de prueba anticipada (Art. 284 id.), prueba de referencia (Art. 438 id.) y en el supuesto de declaraciones anteriores inconsistentes con aquello que el testigo declara dentro del juicio (Art. 347 id.); esto es, cuando modifica su versión original, caso en el cual debe ser valorado como medio de prueba siempre y cuando el testigo se haya retractado o cambiado su versión y esté disponible para ser contrainterrogado.

7. En efecto, así sintetiza la Corte su pensamiento sobre esta materia en la referida decisión 43651 de 2018:

*En ese escenario, la Sala ha señalado que no puede confundirse la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación, con la incorporación de una declaración anterior al juicio oral **como medio de prueba**. En el primer evento, la finalidad de la parte adversa (la que no solicitó la práctica de la prueba testimonial⁴), es mostrar que existen contradicciones que le restan verosimilitud al relato o credibilidad al testigo. En el segundo, la parte que solicitó la práctica de la prueba y que se enfrenta a la situación de que éste cambió su versión, pretende que la versión anterior ingrese como **medio de prueba**, para que el juez la valore como tal al momento de decidir sobre la responsabilidad penal.*

*En forma resumida, de acuerdo con lo establecido por la Corte, la admisibilidad de las declaraciones anteriores **como medio de prueba**, está sujeta principalmente a dos requisitos: i) que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en juicio, y ii) que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de ejercer el contrainterrogatorio.*

En cuanto a las razones que fundamentan, en tales condiciones, el empleo de las declaraciones previas como prueba, precisa la Corte lo siguiente:

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

⁴ Ello sin que pueda descartarse la posibilidad de que la parte que presenta al testigo se vea compelida a impugnar su credibilidad. [lo] cual puede suceder, por ejemplo, si durante el interrogatorio el fiscal o el defensor se percatan de que han sido engañados por el testigo.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral “no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes”. Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de conainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.

La anterior interpretación permite desarrollar lo establecido en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (norma rectora), que establece que “la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y a la necesidad de lograr eficacia en el ejercicio de la justicia”, bajo la idea de la prevalencia del derecho sustancial.

De esta manera se logra un punto de equilibrio adecuado entre los derechos del procesado (puede ejercer a cabalidad los derechos de confrontación y contradicción) y las necesidades de la administración de justicia frente al fenómeno recurrente de la retractación de testigos, que ha sido enfrentado de manera semejante en otros ordenamientos jurídicos, inclusive en aquellos que tienen una amplia trayectoria en la sistemática procesal acusatoria, según se señaló párrafos atrás.⁵”

*Así las cosas, la posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral está supeditada a que el testigo: i) se haya retractado o cambiado la versión; ii) esté **disponible**⁶ en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación, si no está disponible para el conainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia⁷; iii) por otra parte, que la declaración se incorpore mediante lectura; iv) por solicitud de la respectiva parte⁸, para que pueda ser valorada por el juez. En tales condiciones, el sentenciador contará con las dos versiones⁹, que le permitirán con mayor criterio adoptar la determinación correspondiente”.*

Como quiera que en momento alguno se le impugnó credibilidad a la menor o se utilizaran tales declaraciones previas para refrescar memoria, y no resulta posible ahora esta instancia, entrar entonces hacer un ejercicio de confrontación con la declaración previas,

⁵ Ib. Sentencia citada

⁶ La disponibilidad del testigo no puede asociarse únicamente a su presencia física en el juicio oral. Así, por ejemplo, no puede hablarse de un testigo disponible para el conainterrogatorio cuando, a pesar de estar presente en el juicio oral, se niega a contestar las preguntas, incluso frente a las amonestaciones que le haga el juez.

⁷ Sentencia citada Rad. 44950

⁸ No puede ser por iniciativa del juez. Esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

⁹ La rendida por fuera del juicio oral y la que el testigo entrega en ese escenario

cuando lo cierto es que la mismas nunca se usó para tal fin en desarrollo del interrogatorio a la M. V. O. R.

Debe aquí resaltarse igualmente que la declaración que rindió la joven M.V.O.R. fue indebidamente manejada por el juez que en ese momento presidía el juicio, y evidente es que el re victimizó a la menor, no solo exponiéndola a su agresor, pues a pesar de los ruegos de quienes intervenían en la audiencia no permitió que se apagara la cámara del acusado y la menor, aunque el juicio era virtual declaró pudiendo ver el rostro de este, sino que además su deposición se prolongó indebidamente en el tiempo, debió recibir en varias sesiones porque el Juez no podía conectarse a la audiencia virtual, no se tuvo en cuenta las observaciones del Comisario de Familia sobre la incomodidad de la menor, el largo tiempo que pasaba y que esta debía comer, tornado la judicatura dicha declaración en un evento totalmente desagradable para la testigo lo que se evidenció en la reacción de la menor frente a las preguntas que una y otra vez se hacían, sumado esto a los múltiples eventos previos en que la menor tuvo una y otra vez relatar lo vivido, y al desorden que generó la indebida acusación de la Fiscalía donde se mezclaron los hechos del año 2010 con los ocurridos años anteriores.

Sin embargo y pese a esto la narración de la menor sobre el evento del año 2010 en el que fue accedida carnalmente por vía vaginal es claro y completo y resulta el mismo ser más creíble con la pericia médica que da cuenta de un desgarró en su himen, pues si no fuera cierto que ella había sido accedida por vía vaginal, las estigmas halladas en el himen de esta que denotaba una desfloración antigua no se presentarían, por lo tanto los hallazgos médicos si hacen más creíble el dicho de la menor debiendo advertirse que si bien es cierto no se reportó lesión alguna en su ano como lo mencionó el médico CARLOS ANDRES MARULANDA GARCIA, en primer lugar y pese a que ella si mencionó que también había sido accedida por vía anal por su tío cuando declaro en el juicio, no por esto se puede dudar de la veracidad de su dicho pues en primer lugar tal hipótesis de acceso carnal no se estaba juzgando pues no fue contemplado ni en la imputación ni en la acusación y de otra parte

aunque tal ausencia de lesiones en el ano, podría ser tomado como razón para dudar del dicho de la menor en el juicio sobre el acceso al que fue sometida por su tío, no se puede dejar de lado que el acceso carnal por vía anal puede no dejar rastros en el ano, dada la naturaleza del musculo de dicha parte del cuerpo y del paso del tiempo, como ampliamente lo refiere la doctrina médica¹⁰, por lo mismo este no puede ser un motivo para dudar de la credibilidad del dicho de la menor.

Ahora que el médico JULIAN ANDRES MEJIA, hubiere anotado en la historia de atención que la menor era abusada sexualmente por varios parientes, que la niña le informara a su profesora YUIED MILDRES FRANCO, que otras personas también habían abusado de ella no implica que exista una duda sobre quien es el autor del hecho ocurrido el día 10 de noviembre del 2019, que es el que sin dubitación alguna la menor al declarar señala ejecutó su ti cuando ella paso por la tienda de este, por lo mismo otros eventos de abuso sexual que pudiera sufrir la menor no generan el manto de duda sobre la credibilidad del dicho de la menor como lo pretende pregonar la defensa.

Por último debe advertirse que al juicio comparecieron varios familiares de la menor, que pusieron en evidencia el abandono de esta por parte de su progenitora, el comportamiento errático de la niña, y el conocimiento que cada uno de ellos tuvo de los hechos y sus apreciaciones sobre si en palabra de ellos, en efecto su consanguíneo OSORIO MARULANDA en efecto había “violado o no a la menor”, apreciaciones que igualmente hicieron en el juicio varios vecinos como la señora MARIA RUBIELA GUZMAN, quien fue la persona que denunció he hecho, todos estos deponentes, no presenciaron los hechos, expusieron sus opiniones personales sobre la culpabilidad o no del acusado, por lo que en este punto sus dichos no arrojan ninguna información útil, sin embargo si ponen de presente las

¹⁰ Al respecto el profesor CESAR AGUSTUO ANGEL en su obra Medicina Legal-edición 2010 refiere: “el acceso carnal por vía anal, puede no dejar rastros en el ano, vista la naturaleza de musculo liso anular, cuyo tejido puede recuperarse fácilmente”

condiciones de desprotección de la niña, y que el procesado si tenía una tienda, aspectos estos que permiten concluir que los hechos si pudieron presentarse como la menor narra, visto el lugar donde ella residía y el lugar donde el procesado atendía un pequeño negocio de tienda.

En este orden de ideas, si resulta procedente entrar a confirmar la sentencia de primera instancia en lo que respecta a la condena por el delito de acceso carnal abusivo.

Ahora bien, comoquiera que aquí se revoca la condena por el delito de acto sexual abusivo agravado en concurso, visto lo ocurrido con la imputación y la acusación referenciado párrafos atrás imperiosos es entrar a readecuar la pena impuesta.

Al revisar la sentencia de primera instancia, se encuentra que por el acceso carnal abusivo agravado se impuso una pena de 16 años y se incrementó en 2 más por el concurso con acto sexual abusivo, revocada la condena por el último delito, evidente es que la pena debe quedar entonces en 16 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Pese a la reducción de la pena, no hay lugar a conceder beneficio o subrogado alguno visto el quantum de la misma y las prohibiciones legales previstas en el Código de la Infancia y la adolescencia vista que se trata de un delito sexual contra una menor de edad.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE

PRIMERO: Modificar la sentencia materia de impugnación emitida por el Juzgado Penal del

Circuito de La Ceja del pasado 28 de septiembre del año anterior en contra de VICTOR ALFONSO OSORIO MARUNLADA, en el sentido de revocar la condena por el concurso de delitos de acto sexual abusivo agravado. Respecto a tales conductas se compulsan copias para que se adelante como es debido la respectiva investigación.

SEGUNDO: Se confirma la condena por el delito de acceso carnal abusivo agravado, en consecuencia, la pena que debe descontar VICTOR ALFONSO OSORIO MARULADA se readequa a 16 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En todo lo demás se mantiene la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Contra lo aquí resuelto procede el recurso extraordinario de casación que debe interponerse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **be746d4da894725a571eb4b3e098b06e84ce998700690462eb0f1e2d1c5ebdd7**

Documento generado en 02/02/2023 04:10:40 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, diez (10) de febrero dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta No. 07 del 31 de enero de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Valoración probatoria – hechos jurídicamente relevantes – congruencia – prueba de referencia
Radicado	05-615-60-00295-2011-00034 (N.I. TSA 2022-1682-5)
Decisión	Revoca

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la defensa de WALTER ANDRÉS AGUDELO en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia.

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

HECHOS

En la acusación, la fiscalía delimitó los hechos de la siguiente manera:

“Se inicia la presente atendiendo a denuncia de fecha 07 de enero de 2011, formulada por la señora ERIKA YAMILE ARENAS ARENAS, en contra del señor WALTER AGUDELO VALENCIA, por cuanto habría abusado de su hija S.C.M.A. de 09 años de edad para entonces. El abuso consistió en tocamientos de sus senos y vagina con la mano del procesado, y rozarle la vagina con el pene. Los hechos ocurren el día 14 de agosto de 2010, en el sector Gualanday del municipio, de Rionegro, lugar a donde el procesado lleva a la menor con la excusa de que lo acompañara a cuidar unos cerdos.”¹

LA SENTENCIA

El 19 de agosto del año 2022 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, de conformidad con el sentido de fallo anunciado, profirió sentencia condenatoria en contra de WALTER ANDRÉS AGUDELO al declararlo penalmente responsable, como autor, del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, artículos 209 y 211-5 del C.P., en consecuencia, le impuso la pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Para soportar su decisión, partió de una premisa fáctica similar a la de la acusación y adujo esencialmente que:

S.C.M.A. compareció a juicio sin evidenciar ánimo indebido en el señalamiento al procesado o elementos que le restaran credibilidad, así dio cuenta directa de los hechos jurídicamente relevantes, siendo consistente con sus versiones anteriores, las que no se valoran como pruebas de referencia sino como medios para establecer la credibilidad de la testigo.

¹ Así se consignó en el escrito de acusación y se ratificó en la correspondiente audiencia, archivos “01EscritoAcusación” y “07FormulacionAcusacion”, récord 00:04:34 a 00:08:29. Importa precisar que en la audiencia de acusación la fiscalía realizó una lectura prácticamente textual del escrito de acusación y precisó que los apellidos del procesado fueron los que dio la denunciante.

La madre de la víctima, pese a no recordar fechas exactas, corroboró que el día de los hechos, un sábado en el que la menor tenía sesión de catequesis, aquella estuvo perdida un tiempo con el procesado.

Aunque las testigos de cargo, especialmente S.C., su madre y su tía, intentaron restar relevancia a los actos abusivos, de sus declaraciones se concluye que el delito existió y que WALTER ANDRÉS aprovechó su cercanía con la niña para llevarla hasta el lugar donde le tocó sus partes íntimas.

IMPUGNACIÓN

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

- Se vulneró el principio de congruencia pues no se demostró la agravante propuesta en la acusación, es decir, que el procesado fuese padre de la víctima. Sin embargo, en juicio se varió la causal agravante y se condenó por una diferente.
- El testimonio de S.C.M.A., única prueba directa del abuso, no fue debidamente corroborado. Esta manifestó que en lugar de los hechos estaban presentes otras personas, sin embargo, no gritó, ni dio detalles sobre las marraneras, de modo que no se demostró que el acusado tuviera la oportunidad para ejecutar el abuso en condiciones de clandestinidad. Además, era necesario que hallara corroboración en los testimonios de Erika Yamile Arenas Arenas y Claudia Janeth Mejía Muñoz, su madre y tía respectivamente, lo que no sucedió.

- Conforme a la declaración de S.C., no hubo violencia, elemento necesario para la tipificación de los delitos sexuales, pues la actuación del sujeto agente tiene que ser idónea para subyugar la voluntad de la víctima.
- El testimonio del psicólogo Carlos Mario Zuluaga Chica es prueba de referencia inadmisibile.
- El médico César Orlando Vásquez Castaño informó que el cuerpo de la menor no presenta huellas de violencia sexual.

No hubo pronunciamiento por parte de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación y anticipa que la sentencia de primera instancia será revocada. A fin de sustentar debidamente tal anuncio primero se analizarán los conceptos de estándar de prueba necesario para condenar, los hechos jurídicamente relevantes y la congruencia, temás inescindibles a las objeciones de la apelante, luego, nos centraremos en la valoración probatoria.

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

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

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

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

Dentro del razonamiento probatorio que utiliza como criterio la libre convicción, la confirmación de una hipótesis continua requiriendo de una evaluación rigurosa de las premisas que la sustentan. La doctrina explica sobre esta última afirmación: *“si valorar es evaluar la veracidad de las hipótesis sobre hechos controvertidos a la luz de las pruebas disponibles, y teniendo en cuenta que estas hipótesis podrán aceptarse como verdaderas, cuando su **grado de probabilidad sea suficiente**, los criterios (positivos) de valoración indican cuándo una hipótesis ha alcanzado un grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos.”*³

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

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

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

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

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

La poca atención que se brinda a la determinación de tal premisa fáctica se traduce en serios inconvenientes para el adecuado trámite de los procesos y desde luego, para la controversia probatoria que define la responsabilidad penal.

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

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

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

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

Sobre este tema, no puede olvidarse que más allá de la naturaleza progresiva y dinámica del proceso penal, el marco fáctico propuesto en la imputación debe ser respetado en la acusación, y este a la vez no se puede desbordar al definir la premisa fáctica del fallo, además, **no es posible subsanar los errores de la acusación porque la información omitida pueda inferirse de la imputación o porque la defensa acierte al efectuar su labor de manera activa dentro del proceso.**⁶

A propósito, aunque es posible que en la acusación se realicen algunas aclaraciones a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que no incidan en el cambio de la calificación jurídica,⁷ lo cierto es que el núcleo básico de la hipótesis fáctica precisada desde la imputación debe mantenerse hasta la sentencia pues "*cualquier desarmonía sustancial en el ámbito*

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

⁶ Sobre este punto, véase SP CSJ radicado 52507 del 7 de noviembre de 2018, SP4792-2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Decisión reiterada en radicado 51007 del 5 de junio de 2019, de la misma ponente, y que tiene plena coherencia con decisiones como las de los radicados 47671 del 17 de septiembre de 2019 M.P. Eugenio Fernández Carlier, y 53440 del 2 de octubre de 2019 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁷ Sobre este punto, véase SP CSJ radicado 52507 del 7 de noviembre de 2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

fáctico entre estos estadios -imputación, acusación y sentencia- resulta violatoria del debido proceso".⁸

En esa misma línea, sobre la relación que existe entre el principio de congruencia y el derecho de defensa, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"Se contempla así el principio de congruencia como una garantía del derecho a la defensa porque la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación, asegura que una misma persona sólo pueda ser condenada por hechos y delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción. Tal garantía se manifiesta, entonces, como la necesaria correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia; de manera que, implica una definición del objeto inmutable del proceso penal que tiene, en lo fundamental, una connotación fáctica: los hechos que habilitan la consecuencia jurídico-penal.

(...)

De ahí que, se entienda que constituye una hipótesis de violación al principio de congruencia «Cuando se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.»⁹." ¹⁰

En el precedente acabado de citar la Sala de Casación Penal resaltó, en el caso en particular y en aplicación del principio de congruencia, dos aspectos:

- (I) Aun cuando en la imputación se definió un marco temporal preciso -entre octubre del año 2013 y abril del año 2014-, en la acusación se incrementó tal aspecto, en el límite inferior, pues se

⁸ SP CSJ radicado 59100 del 2 de marzo de 2022, SP566-2022, M.P. Myryam Ávila Roldán.

⁹ SP606-2018, abr. 11, Rad. 47680, que citó, en lo pertinente, la SP, feb. 28/2007, rad. 26087 y la SP, abr. 6/2006, rad. 24668.

¹⁰ SP CSJ radicado 56209 del 28 de octubre de 2020, SP4191-2020, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

sostuvo que los hechos iniciaron desde enero del año 2013. En consecuencia, la Corte estableció que sólo podían ser objeto de condena los hechos ocurridos entre octubre del año 2013 y abril del año 2014.

- (II) El Tribunal, en segunda instancia, condenó por cinco delitos que fueron ejecutados en tres lugares diferentes entre los años 2013 y 2014, sin especificar meses. Al respecto, la Corte precisó que conforme al marco fáctico definido en la hipótesis acusatoria, el acusado solo podía ser eventualmente condenado por tres hechos sucedidos entre octubre del año 2013 y abril del año 2014, y en dos lugares concretos, todos, aspectos que fueron definidos en la acusación. En ese orden, la alta Corporación excluyó de la condena dos de los cinco delitos tenidos en cuenta por el Tribunal.

La anterior referencia es necesaria para evidenciar la importancia que tienen las circunstancias de **tiempo** fijadas en la hipótesis fáctica de la acusación. Véase que desconocerlos implica la afectación del principio de congruencia, del debido proceso y del derecho de defensa.

Adicionalmente, es necesario destacar que las circunstancias de agravación propuestas también deben corresponder con un componente fáctico preciso, así que no basta con la simple enunciación de la causal de agravación al momento de definir la acusación jurídica.¹¹

De modo que, la decisión acerca del cumplimiento del estándar de prueba para condenar depende de la claridad de la propuesta acusatoria. Ya en este nivel al Juez le corresponde determinar si las pruebas practicadas le permiten concluir la responsabilidad del acusado a través de un juicio comparativo de suficiencia. Así que, se reitera, el estándar de prueba es el

¹¹ Sobre este tema en particular, véase entre otras, SP CSJ radicados 56092 del 15 de junio de 2022, SP2130-2022, M.P. Hugo Quintero Bernate; 47911 del 27 de enero de 2021, SP166-2021, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya; 53596 del 12 de agosto de 2020, SP2896-2020, M.P. Patricia Salazar Cuéllar; y 47050 del 10 de junio de 2020, SP1271-2020, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

umbral que debe alcanzar la fiscalía, por medio de las pruebas debatidas, para lograr una sentencia condenatoria. En ese orden, la premisa fáctica de la sentencia no es otra cosa que los hechos que el Juez acepta como probados luego del finalizado el debate oral.¹²

Descendiendo al asunto que nos concita, para evidenciar los errores en que incurrió la fiscalía al momento de fijar los hechos jurídicamente relevantes en los que soportó la acusación y dar más claridad sobre la precariedad de tal hipótesis, se transcribió, en el acápite “hechos” de la presente providencia, el fundamento fáctico que consignó en el escrito y ratificó en la correspondiente audiencia de acusación, los que, como se verá, no puede ser la base de un fallo de condena.

La fiscalía confundió el contenido de los medios de prueba, los hechos indicadores, y los hechos jurídicamente relevantes,¹³ errores que, conforme a lo delimitado por la jurisprudencia,¹⁴ en eventos como el presente son trascendentes, pues la falta de claridad sobre los aspectos determinantes del caso conllevan a una defectuosa labor probatoria y acusatoria.¹⁵ Para ser más precisos sobre los referidos desaciertos, se destaca lo siguiente:

- Se inició con una referencia al contenido de la denuncia, incluso, en la audiencia de acusación la fiscal aseguró que los apellidos del

¹² Sobre el tema, véase radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹³ Sobre la diferenciación de tales conceptos, véase CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹⁴ CSJ SP radicado 45446 del 24 de julio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

¹⁵ “Errores como los descritos en páginas precedentes no sólo desconocen lo dispuesto en los artículos 288 y 337, en el sentido de que los hechos jurídicamente relevantes deben expresarse de manera sucinta y clara, sino que además generan situaciones que afectan severamente la celeridad y eficacia de la justicia. Lo anterior sucede en eventos como los siguientes: (i) se relacionen de forma deshilvanada “hechos indicadores” y/o el contenido de los medios de prueba, pero no se estructura una hipótesis completa de hechos jurídicamente relevantes; (ii) la falta de claridad en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía, impide delimitar el tema de prueba; (iii) en la audiencia de acusación se le proporciona información al Juez, que sólo debería conocer en el juicio oral, con apego al debido proceso probatorio; (iv) las audiencias de imputación y acusación se extienden innecesariamente, y suelen tornarse farragosas; (v) la falta de claridad de la imputación y la acusación puede privar al procesado de la posibilidad de ejercer adecuadamente su defensa; (vi) las omisiones en la imputación o la acusación puede generar impunidad, como cuando se dejan de relacionar hechos jurídicamente relevantes a pesar de que los mismos pueden ser demostrados (elementos estructurales del tipo penal, circunstancias de mayor punibilidad, etcétera)”. CSJ SP, radicado 44599 del 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

procesado obedecían a los datos suministrados por la denunciante. No tuvo en cuenta que de esa manera transmitió el contenido de medios de conocimiento que pretendía presentar posteriormente en juicio.

Además, que la identificación del acusado se limitara a lo dicho por la denunciante dejaba entrever cierta ligereza en la corroboración de los elementos esenciales de la premisa fáctica. Al respecto, resulta pertinente destacar que la única estipulación probatoria fue la plena identidad del procesado, allí se definió que su nombre es WALTER ANDRÉS AGUDELO.¹⁶

- La redacción fue confusa. Se dijo que Erika Yamile Arenas Arenas denunció a WALTER ANDRÉS “*por cuanto habría abusado de su hija*”. Expresión que puede tener varias interpretaciones, como que la víctima era hija del acusado y la denunciante, o exclusivamente de alguno de los dos.

En contraste, al definir la tipificación de la conducta se hizo una alusión a la adecuación jurídica realizada en la imputación, conforme a la cual, se agravaba por el numeral 5 del artículo 211 del C.P. en razón de la “*confianza depositada en el procesado*”.

A propósito, el defensor asegura en la apelación que la causal de agravación de consanguinidad, numeral 5 del artículo 211 del C.P., no se demostró y que se condenó por otra de las hipótesis que permite dicha norma. En efecto, el Juez condenó por la agravante que alude a confianza deposita por la víctima en el autor.

En ese orden, es evidente que se generó una confusión sobre la agravación propuesta. La fiscalía omitió definir con claridad los fundamentos fácticos que la llevaron a agravar la conducta, pues no

¹⁶ Juicio oral del 17 de agosto de 2021, enlace <https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/5018d613-9572-409a-8d1b-e4f3c93a94e6?vcpubtoken=0d751e1a-d6b8-4cef-be40-d60950e6bbc4> (consignado en el acta de la audiencia, archivo “08ActaJuicioOral17082021”), récord 00:58:00 a 00:59:13.

bastaba con la enunciación genérica de una de las hipótesis que permite la aludida causal quinta. En ese orden, no se contaba con el presupuesto necesario para condenar por el delito agravado.

Estas irregularidades evidencian la falta de atención con que la fiscalía, el Juez, e incluso la propia defensa, asumieron el caso, pues bastaba con la simple constatación de los requisitos que impone el numeral 2 del artículo 337 del C.P.P., para darse cuenta de las deficiencias que se proponían en la acusación. Sin embargo, en lo sustancial, la hipótesis fáctica de la acusación fue asumida como premisa fáctica de fallo de condena.

Pese a la necesidad de descartar la agravante propuesta, importa destacar que en este evento las falencias no son las que determinaron la absolución anunciada. A propósito y para mayor claridad de la decisión que se perfila, la tesis acusatoria puede sintetizarse así:

- Aspecto modal: WALTER ANDRÉS AGUDELO tocó con sus manos la vagina y los senos de la menor S.C.M.A., **de 9 años de edad**. Además, le rozó la vagina con el pene.
- Aspecto espacial: en el sector de Gualanday del municipio de Rionegro.
- Aspecto temporal: **el día 14 de agosto del año 2010**.

Lo anterior resulta suficiente para señalar que la acusación contaba con un fundamento fáctico suficiente y que, por consiguiente, eventualmente podría servir de referencia a un fallo condenatorio.

En esas condiciones son claros los límites espaciales, **temporales** y modales de las conductas por la cual se llevó a juicio al acusado, marco que define el objeto de cada prueba y su consecuente valoración. De ello nos ocuparemos a continuación, donde se advertirá la precariedad de la

información incorporada en el debate público en punto de la debida demostración de esta tesis acusatoria, partiendo de un tema transversal para su resolución.

2. De la prueba de referencia

En línea con lo desarrollado en el punto anterior, el inciso segundo del artículo 381 de la ley 906 de 2004 dispone que *“la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia”*, entendiéndose éstas como aquellas admisibles que hacen parte de las excepciones que consagra la Ley. Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia determinó:

“En todo caso, debe tener claro la Fiscalía que la admisión de prueba de referencia, sin posibilidades de ejercer el derecho a la confrontación, no sólo implica la limitación de los derechos del procesado, sino además la obligación de realizar una investigación especialmente meticulosa, bien para hacer frente a la restricción consagrada en el artículo 381 del ordenamiento procesal penal y para brindarle al juez mejores elementos de juicio para decidir sobre un tema de tanta trascendencia para los derechos fundamentales como lo es la responsabilidad penal.

(...)

Lo anterior sin perjuicio de que lo dispuesto en la parte final del varias veces citado artículo 381 sea trasgredido de forma velada, cuando la responsabilidad está basada exclusivamente en prueba de referencia, pero para ocultar esa realidad procesal se enuncian “pruebas” que terminan siendo impertinentes o inconexas con los aspectos factuales determinantes del juicio de responsabilidad. (...).¹⁷

Acerca de la noción de la prueba de referencia, el artículo 437 del ley 906 de 2004 dispone que esta clase de prueba es toda aquella declaración

¹⁷ CSJ SP radicado 43866 del 16 de marzo de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

realizada fuera del juicio oral y que es *“utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”*.

Así mismo, se tiene que la prueba de referencia excepcionalmente es admisible, cuando el que declara *“es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificadas en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código¹⁸”*. Sobre el tema, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁹ se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“De la redacción del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 se colige que son elementos estructurales de la prueba de referencia: (i) debe tratarse de una declaración; (ii) realizada por fuera del juicio oral; (iii) que es utilizada **para probar** o excluir uno o varios elementos del delito u otro de los aspectos referidos en el artículo 375 ídem, de donde se sigue, sin duda, que sólo puede hablarse de prueba de referencia cuando la declaración es utilizada como medio de prueba; (iv) cuando no sea posible practicarla en el juicio, porque de ser ello posible deben seguirse las reglas generales sobre el testimonio.”*

Así que la declaración de los menores de edad víctimas de un abuso sexual pueden catalogarse, según el caso, como prueba de referencia admisible, siendo necesarias la existencia de una declaración anterior al juicio oral, el medio de prueba que lo lleve a conocimiento del Juez, además, tener en cuenta la forma en que se armonizan los derechos de los menores y las garantías del procesado.

¹⁸ Literal e del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

¹⁹ CSJ SP radicado 44056, del 28 de octubre de 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Sobre el tema también véase radicado 43866 del 16 de marzo de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

En este caso, para dar cuenta del dicho de S.C.M.A., la fiscalía la llevó a ella misma al juicio oral, en ese escenario, estuvo disponible para el interrogatorio cruzado, por lo que no hubo solicitud ni decreto de prueba de referencia. Además, como al momento del juicio oral la víctima ya era mayor de edad, no es posible que se incorpore su declaración anterior como prueba de referencia bajo la hipótesis del literal e del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

Adicionalmente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para incorporar este tipo de pruebas, de referencia, debe mediar solicitud y pronunciamiento expresos de las partes y el Juez.²⁰

En contraste, durante todo el proceso, no hubo decreto probatorio que permitiera la incorporación de las declaraciones previas de la víctima a modo de prueba de referencia. Es más, en la sentencia y durante el juicio el Juez advirtió que no se decretaron medios de conocimiento de tal tipo.

Sin embargo, permitió la incorporación de las versiones previas de S.C. asegurando que su valoración era sólo para verificar la consistencia de su relato en diferentes escenarios, pero no para demostrar los hechos jurídicamente relevantes. Frente a esta particularidad es necesario destacar que la posición del Juez no es acertada, pues incluso para tal fin las declaraciones anteriores no pierden su naturaleza de información referencial inadmisibles. Así que no se cuenta con fundamento suficiente para valorar las versiones previas de la víctima.

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

²⁰ Sobre el tema, véase entre otras, SP CSJ radicado 52045 del 20 de mayo de 2020, SP 934-2020, y CSJ radicado 43651 del 7 de febrero de 2018, SP105-2018, ambas M.P. José Francisco Acuña Vizcaya

debe ser excluida de valoración. Bajo estos parámetros se deben analizar todos los medios de conocimiento practicados.

3. De la valoración probatoria

Conforme a los parámetros acabados de definir, se destaca que en el juicio oral se practicaron cinco testimonios, todos de cargo: el de la víctima, dos familiares de suyas -su madre y una tía-, el médico que la valoró y el psicólogo que la entrevistó. Adicionalmente, se estipuló la identificación del acusado. Estas pruebas se evaluarán a continuación para evidenciar que la información aportada por ellas, y que puede ser objeto de valoración, resulta insuficiente para soportar la condena.

a. Del testimonio de S.C.M.A.

En juicio, S.C.M.A.²¹ informó que nació el 25 de febrero del año 2001, que el procesado era novio de una prima suya y residía al lado de su casa. Sobre los comportamientos de WALTER ANDRÉS, manifestó que este la invitó a llevar una comida a unos marranos, ella aceptó y fueron en una bicicleta conducida por el sujeto, una vez en el sitio el hombre le tocó libidinosamente los senos y la vagina, además, le pidió no comentar lo sucedido. Adujo no recordar la fecha de los hechos pero **que fue un sábado, cuando contaba con 10 años de edad**. También narró que al llegar a su casa no informó sobre el abuso, pero su madre la golpeó y la envió a la catequesis que tenía ese día, señala que solo tiempo después reveló lo sucedido a su tía Claudia.

²¹ Juicio oral del 18 de agosto de 2021, enlace <https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/e5c7cfba-97c0-4c2f-9568-c3feb904df01?vcpubtoken=84a3b46d-b15a-4582-b1b7-f65ca27426b0> (consignado en el acta de la audiencia, archivo "09ActaJuicioOral18082021"), récord 00:57:52 a 01:33:03.

El Juez da total relevancia a tal declaración destacando que es consistente y encuentra corroboración en los demás medios de conocimiento practicados. Conclusión reprochada por la defensa.

Pese a lo anterior, hay un punto obviado por el Juez que resulta de total relevancia para la solución final del caso, este elemento es el aspecto temporal de la conducta. A propósito, se debe reiterar que la fiscalía limitó las circunstancias temporales de los hechos jurídicamente relevantes **al día 14 de agosto del año 2010, adicionalmente, precisó que en aquel momento la niña contaba con 9 años de edad.**

En contraste, en juicio la víctima entregó información que no se corresponde con tal fecha: aseguró que el delito se llevó a cabo una sola oportunidad, **cuando tenía 10 años de edad**, dato que, teniendo en cuenta su fecha de nacimiento, nos ubica **después del 25 de febrero de año 2011**. Además, importa precisar que ninguna otra anotación sobre la fecha de los hechos se realizó durante la práctica de la prueba.

En la sentencia de primera instancia, el Juez alude a las fechas que manifestó la niña en juicio, pero ninguna consideración particular realiza en relación a congruencia debida con la premisa fáctica de la acusación. La fiscalía no aclaró tal aspecto durante el interrogatorio cruzado, y las demás partes e intervinientes tampoco se interesaron en hacerlo.

Véase que el aspecto temporal de las conductas expuestas por S.C. desborda el marco fáctico fijado en la acusación pues la testigo nunca se refirió a la fecha propuesta por la fiscalía en su hipótesis del caso.

Entonces, es claro que el testimonio de S.C.A.V., única testigo directa de las conductas, es insuficiente para acreditar este aspecto determinante de los hechos jurídicamente relevantes propuesto por la fiscalía en la acusación, lo que a su vez impide fundamentar la sentencia de condena solo en dicha

prueba. Por eso, a fin de evidenciar la precariedad probatoria que permita adoptar un fallo en tal sentido, se analizará el restante acervo probatorio.

Se aclara, además, que la precariedad probatoria de este definitivo aspecto temporal releva a la Sala de hacer referencia a los otros puntos que fueron objeto de apelación.

b. Los testimonios de las familiares de S.C.M.A.

- Erika Yamile Arenas Arenas,²² madre de S.C., aseguró que no le consta el delito, que conoce los hechos por lo que otros le contaron, especialmente su hija, sin embargo, lo denunció después de enterarse de ellos tras la revelación que la niña hizo a una tía paterna.

Adicionalmente, destacó que había pasado mucho tiempo y deseaba retirar la denuncia, que el procesado era novio de una sobrina suya, y fue su vecino por cerca de dos años, también precisó que en una ocasión, cuando la menor tenía 10 años de edad, se perdió en la mañana de un sábado en compañía de WALTER ANDRÉS, así que cuando volvió al hogar la reprendió físicamente, aduce recordar aquel día porque en ese periodo S.C.M.A. asistía los sábados a unas clases de catequesis para la preparación de la primera comunión.²³

²² Juicio oral del 17 de agosto de 2021, enlace <https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/5018d613-9572-409a-8d1b-e4f3c93a94e6?vcpubtoken=0d751e1a-d6b8-4cef-be40-d60950e6bbc4> (consignado en el acta de la audiencia, archivo "08ActaJuicioOral17082021"), récord 01:15:40 a 02:41:03.

²³ Es importante destacar que el Juez realizó preguntas aclaratorias a la testigo y luego dio la oportunidad a las partes para que realizaran cuestionamientos a las preguntas del Juez, actuación desacertada porque en la practica el resultado fue que abrió un nuevo interrogatorio cruzado, cuando este ya había finalizado, sin embargo, esto no afecta la información que ahora se valora. A pesar de lo anterior, se advierte que en aquel momento, posterior a las preguntas del Juez, la testigo, mediante un refrescamiento de memoria propuesto por la fiscalía, aportó datos que quedaron consignados en la denuncia, en concreto, la fecha de lo hechos, aun así, es determinante reiterar que dicha manifestación se trata de información referencial inadmisibles y que por lo tanto no puede ser valorada ya que la propia Erika Yamile Arenas Arenas sostuvo que los hechos que denunció no le constaban, es decir, en términos del artículo 402 del C.P.P., no eran de su conocimiento personal. Sobre las potestades del Juez para intervenir en los interrogatorios cruzados, véase entre otras, SP CSJ, radicados 58687 del 28 de julio de 2021, SP3221-2021, M.P. Patricia Salázar Cuéllar, 58446 del 27 de abril de 2022, SP1368-2022, M.P. Gerson Chaverra Castro, y 52719 del 16 de marzo de 2022, SP850-2022, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

Evidentemente, en juicio Arenas Arenas no tuvo intención de incriminar al procesado. Aunque ofreció un relato que corrobora algunos aspectos anteriores y posteriores a los hechos, lo que es razonable si se tiene en cuenta que no percibió el delito, no precisó la fecha de ocurrencia del hecho. En ese orden, su versión no sirve para alcanzar el conocimiento necesario para condenar, conforme al principio de congruencia.

- Claudia Janeth Mejía Muñoz,²⁴ tía paterna de S.C., aseguró que su sobrina no le reveló los hechos directamente, aun así, manifiesta que se enteró de ellos cuando la niña los informó a varios familiares estando ella presente, adicionalmente, expuso que acompañó a la denuncia pero no como testigo del delito. También afirmó desconocer al acusado y que no recordaba las fechas de las circunstancias que le constaban.

Claudia Janeth no aportó información suficiente para corroborar la versión de S.C. y lograr una condena. Nótese que solo dio cuenta de su presencia durante el proceso de revelación del abuso y posterior denuncia. Así las cosas, su conocimiento sobre los hechos jurídicamente relevantes es netamente referencial, lo que limita cualquier información que pueda aportar sobre las circunstancias en que estos se desarrollaron. Por lo demás, no se advierte que diera cuenta de datos adicionales que sirvan para superar las falencias sustanciales hasta ahora expuestas.

²⁴ Juicio oral del 3 de marzo de 2022, enlace <https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/49e81c09-fdf0-4d52-b5d0-8d66a604d208?vcpubtoken=a7cd04df-29a9-4dde-8faf-8e080459e1cf> (consignado en el acta de la audiencia, archivo “15ActaJuicioOral30032022”), récord 00:02:35 a 00:47:03.

c. El testimonio de Carlos Mario Zuluaga Chica

El testimonio de Carlos Mario Zuluaga Chica,²⁵ psicólogo investigador del CTI de la fiscalía, es un medio de conocimiento que constituye prueba de referencia y no pericial, así el deponente ostente la calidad de psicólogo. Se resalta que la sola labor investigativa no constituye un dictamen psicológico sino la exposición de cómo se llevó a cabo la entrevista. En efecto, Zuluaga Chica aseguró en el juicio que su labor consistió en practicar una entrevista forense por psicólogo a la víctima.

A su vez, se debe tener en cuenta que el artículo 206A del C.P.P. establece que las entrevistas forenses a niños víctimas de delitos sexuales se deben realizar por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la fiscalía, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes. Actuación que deberá estar acompañada de un informe detallado del investigador, quien deberá rendir testimonio sobre su labor.

En el presente caso, el investigador psicólogo del CTI, Carlos Mario Zuluaga Chica, era la persona competente para entrevistar a la niña y comparecer al juicio a la luz de tal precepto legal; a eso precisamente se limitó su actuación en desarrollo del programa metodológico de la fiscalía, sin que su condición de profesional en psicología implique que su labor deba ser evaluada como pericia. De modo que finalmente lo que se evidenció fue la precariedad de la prueba conforme a los lineamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁶ para efectos de su análisis como prueba pericial.

Además, se debe advertir que las apreciaciones de Carlos Mario Zuluaga Chica sobre algunos aspectos que tocan con la credibilidad del relato de

²⁵ Juicio oral del 18 de agosto de 2021, enlace <https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/e5c7cfba-97c0-4c2f-9568-c3feb904df01?vcpubtoken=84a3b46d-b15a-4582-b1b7-f65ca27426b0> (consignado en el acta de la audiencia, archivo "09ActaJuicioOral18082021"), récord 01:33:10 a 00:37:21.

²⁶ Entre otras, SP CSJ, radicados 58687 del 28 de julio de 2021, SP3221-2021, y 50637 del 11 de julio de 2018, SP2709-2018, en ambas M.P. Patricia Salazar Cuellar.

la niña en la entrevista, pese a la calidad profesional del citado investigador, en estricto sentido no comportan una valoración psicológica, sino un ejercicio valorativo que de igual modo habría de realizar el juzgador, sin necesidad de un aporte profesional exógeno.

Ahora, que el Juez le haya dado trascendencia a tal prueba para sostener que la víctima fue consistente en su relato y señalamiento, implicaría valorar los hechos jurídicamente relevantes expuestos en tal declaración anterior, lo que encajaría en la noción de prueba de referencia. Por lo tanto, lo acertado es no tener en cuenta dicha información.

d. Sobre la valoración médica

La fiscalía presentó en juicio al médico César Orlando Vásquez Castaño,²⁷ quien expuso haber valorado a la menor **en el mes de enero del año 2011 en razón de un posible abuso sexual**, en desarrollo de tal labor realizó la correspondiente anamnesis y examen físico, observando que S.C. no presentaba lesiones en su cuerpo.

Sobre las conclusiones de la labor efectuada por el profesional, no puede olvidarse que es común en este tipo de delitos, actos sexuales, que no se generen lesiones en el cuerpo verificables durante las valoraciones médicas, lo que implica, en no pocas veces, que pericias efectuadas por los galenos resulten de poca relevancia probatoria, como sucede en este caso, pues se debe tener en cuenta que S.C.M.A. manifestó en juicio que el comportamiento de WALTER ANDRÉS se limitó a tocamientos de su vagina y senos, además, que *"la agarró fuerte"*, sin que haya especificado que tales palpaciones tuvieran la capacidad de producir lesiones evidentes en su cuerpo.

²⁷ Juicio oral del 18 de agosto de 2021, enlace <https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/e5c7cfba-97c0-4c2f-9568-c3feb904df01?vcpubtoken=84a3b46d-b15a-4582-b1b7-f65ca27426b0> (consignado en el acta de la audiencia, archivo "09ActaJuicioOral18082021"), récord 00:03:40 a 00:37:21.

Ahora bien, este testimonio tampoco brinda la claridad suficiente sobre el aspecto temporal de la conducta, lo que impide fundamentar la condena en tal medio de conocimiento. Nótese que la víctima expuso que los hechos se llevaron a cabo cuando tenía 10 años de edad, manifestación que no fue controvertida en juicio, mientras tanto, la fiscalía propuso en la acusación que el delito se ejecutó cuando tenía S.C. 9 años de edad, específicamente, el 14 de agosto del año 2010.

A propósito, es claro que la valoración médica se practicó enero de 2011 con ocasión de la denuncia, fecha en la cual la niña tenía 9 años de edad, si se tiene en cuenta que nació el 25 de febrero del año 2001. En ese orden, resulta imposible corroborar la versión de la niña, según la cual, el abuso se llevó a cabo cuando tenía 10 años de edad. En ese orden, el testimonio del galeno y el testimonio de la víctima no sirven para ubicar los hechos en el día que fue propuesto en la acusación.

Lo desarrollado hasta el momento es suficiente para asegurar que la fiscalía no cumplió con lograr, a través de las pruebas practicadas, el conocimiento que demanda el artículo 381 del C.P.P. a fin de condenar. Sin detenerse en esto, el Juez decidió acceder a la petición del ente acusador, lo que no puede ser avalado por esta instancia.

4. Conclusiones

Precisando lo expuesto en esta providencia: la imposibilidad de adoptar un fallo de condena tiene fundamento en que los medios de conocimiento con los que se cuenta para adoptar la sentencia resultan insuficientes a fin de demostrar la hipótesis acusatoria dado que no se demostró con claridad un aspecto determinante de los hechos jurídicamente relevantes, en concreto, la circunstancia temporal.

Se evidencia, entonces, una *disparidad* entre el límite temporal fijado en la acusación -14 de agosto del año 2010- y la información incorporada con las pruebas practicadas en el juicio. Tal *disparidad* no se puede afirmar como un simple *error* de la fiscalía o de la prueba, esto es, del relato de la menor, única prueba directa del abuso, la que no entregó un fecha exacta de la conducta, lo que implica un desbordamiento del marco temporal fijado en la acusación. No es tarea de los jueces, en primera o en segunda instancia, corregir en disfavor de la contraparte los *errores* contenidos en la acusación. Si es que se trató de un *error* en la acusación porque nada de eso se probó, ni se alegó en juicio. Tampoco es tarea de los Juzgadores dilucidar si lo que sucedió fue un *error*, un olvido o una imprecisión por parte de la única testigo de cargo que dio cuenta de este aspecto, sin que se constate en alguna de las pruebas sometidas a interrogatorio cruzado, a qué se debió la protuberante incongruencia.

Una solución diversa implica, de suyo, que el Tribunal se decante en favor de la acusación sin premisas debatidas en juicio que permitan conocer la razón que llevó a la *disparidad* entre lo propuesto en la acusación y lo probado en el juicio.

No se puede confundir la solución planteada en esta ponencia con aquellos otros casos en que la fiscalía propone ámbitos temporales más abiertos, dado que en esos otros eventos la fiscalía cumple su tarea al fijar probatoriamente la imposibilidad de que la prueba de cargo determine un día específico. Es precisamente en la acusación en donde la fiscalía fija ese ámbito y es ese marco delimitado por la fiscalía lo que constituye el punto de referencia para verificar la congruencia entre acusación y sentencia.

Importa resaltar que, aun cuando la fiscalía no lo logró demostrar con suficiencia su hipótesis, ello no implica necesariamente que la conducta no haya existido, sino que se presentan falencias probatorias imposibles de superar sobre circunstancias esenciales del delito -en su componente fáctico-, lo que impiden proferir una sentencia condenatoria. A su vez, no

puede aceptarse una tesis que otorgue claridad sobre la inocencia del acusado, pues las pruebas de cargo tienen contenido incriminatorio pero insuficiente para condenar.

Constatada la deficiente actividad procesal, investigativa y probatoria de la fiscalía, pues no cumplió con la carga que le correspondía, es pertinente citar que la doctrina explica así la obligación del Juez ante tal precariedad:

“En otras palabras, el proceso de prueba puede concluir sin un resultado claro. La necesidad que tiene el Juez de resolver a pesar del resultado estéril queda entonces cubierta por el reconocimiento de la reglas legales de decisión que indican al Juez en cada caso en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. El in dubio pro reo en el proceso penal y, en general las reglas sobre la carga de la prueba constituyen ejemplos de las mismas.”²⁸

Por consiguiente, no podrá ser otra la decisión que la de revocar la sentencia de primera instancia y en consecuencia absolver a WALTER ANDRÉS AGUDELO al no contarse con prueba suficiente para demostrar su responsabilidad penal en los hechos jurídicamente relevantes definidos en la acusación.

Ahora bien, Importa precisar que en su sentencia el Juez dispuso que, como el procesado estaba en libertad, la orden de captura solo se expediría una vez en firme el fallo de primera instancia. En consecuencia, esta Sala se abstendrá de cualquier pronunciamiento sobre la libertad de AGUDELO.

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

²⁸ Gascón Abellán, Marina. Cuestiones probatorias. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado N° 61. 2012. Pág. 75

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia el 19 de agosto de 2022, y en su lugar, absolver a WALTER ANDRÉS AGUDELO por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, de conformidad con los hechos que fueron objeto de la acusación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Salvamento voto

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
Firma Con Salvamento De Voto

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: **be78b4ece93c082be43e02c85b91d5491f30269bab4b47d20e42a9d2b3e475de**

Documento generado en 03/02/2023 08:04:10 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, diez (10) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 08 del tres (03) de febrero del 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Radicado	05 001 60 00000 2020 00217 (N.I. TSA 2022-0135-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto la defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Es competente el Tribunal Superior en atención a lo previsto en el artículo 33 numeral primero del C.P.P. ley 906 de 2004.

HECHOS

La sentencia de primera instancia entendió probados los siguientes:

“De los actos investigativos, se logró establecer la existencia de una organización criminal denominada “Autodefensas Gaitanistas de Colombia” o “Clan del Golfo”, frente Central Turbo, con injerencia particularmente en los municipios de Turbo, Necoclí y San Pedro de Urabá. Que dicha organización se encuentra jerárquicamente organizada, dividida en distintos mandos, con permanencia en el tiempo y distribución de tareas, dedicada a cometer homicidios, desplazamientos forzados, tráfico de estupefacientes y extorsiones, entre otros.

Conforme a la información legalmente obtenida, se pudo establecer que, el hoy procesado¹ hizo parte de dicha sub estructura criminal desde el año 2015 y hasta el 27 de enero de 2020, cuando se produjo su captura, primero como patrullero y luego de segundo comandante de escuadra, cuya función era estar pendiente de su grupo, ejercer control en la zona asignada y cumplir las órdenes de sus superiores.”

LA SENTENCIA

El 18 de enero del año 2022, luego de finalizada la audiencia de juicio oral y de conformidad con el sentido de fallo anunciado, el Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia profirió fallo condenatorio en contra de Luis Miguel Pineda Cuadrado como responsables del delito de concierto para delinquir agravado. En consecuencia, a cada uno, les impuso pena de ciento once (111)

¹ Previamente citó como acusado a LUIS MIGUEL PINEDA CUADRADO (Alias “ZAFIRO”): Es hijo de Gilma e Israel, identificado con la cedula de ciudadanía No. 73.583.229 expedida en Turbo (Ant.), nació el 18 de marzo de 1976 en la ciudad de Cartagena Bolívar, a la fecha cuenta con 45 años de edad.

meses de prisión, y multa de seis mil ciento doce (6112) s.m.l.m.v., le negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, el defensor del condenado interpuso oportunamente el recurso de apelación con la finalidad de obtener la revocatoria de la sentencia y la consecuente absolución de su representado.

Señala que no se opone a que en la sentencia se demostrara la existencia de la organización criminal ni a la pertenencia a ese grupo de una persona con el alias de "Zafiro". Concreta su objeción en que la fiscalía no demostró que la persona a quien le corresponde tal alias sea quien resultó condenada. Esto es, que no se demostró que Luis Miguel Pineda sea alias " Zafiro"

Para sustentar la objeción ofrece esencialmente las siguientes premisas:

Que "desde la audiencia preparatoria se rechazó para la Fiscalía la utilización de bancos de imágenes en el juicio oral y, por tanto, con los testigos directos no pudo practicarse dentro de sus testimonios lo referente al acto investigativo de identificación que regula el artículo 252 de la Ley 906 de 2004".

Que la fiscalía utilizó información contenida en un dispositivo USB acerca de una estructura criminal con cerca de quinientas hojas de vida y fotografías de sus integrantes. Ese dispositivo fue entregado a las autoridades por una fuente anónima de forma que no se pudo

establecer “cuándo, cómo, dónde y por quién fue incorporado su contenido”.

Alega que en estas condiciones, según la ley y la jurisprudencia, esa información sirve solo como criterio orientador para las labores de investigación pero no pueden admitirse como medio probatorio, por constituir información anónima.

Puntualiza que la asignación del nombre a cada una de la fotografías extraídas de esa USB no puede ser utilizada para elaborar álbumes fotográficos, puesto que se desconoce quién realizó esa asignación.

Resalta que una foto sí puede ser usada como documento para efectos de individualización, pero el nombre que trae aparejada la fotografía se hace en general con la información aportada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, labor que no se cumplió en esta ocasión puesto que la identidad asignada a cada fue realizada por fuente anónima.

Reprocha que la sentencia entendió el contenido de la información como cierta y utilizable sin verificación o corroboración alguna.

Recuerda que en juicio se presentaron “tres testigos directos – Jesús Pérez Cuitiva, Franklin Antonio Tordecilla y Eder Hoyos Molina - de conocer a alias “Zafiro” como miembro de la organización criminal a la cual ellos pertenecían; igualmente, los mismos dieron cuenta que dentro de dichas filas se conocían solo con un alias o “chapa”, sin conocimiento del nombre ni mayores datos personales de la persona.”

Sin embargo, advierte que el reconocimiento realizado por estos testigos se hizo utilizando las imágenes de aquella USB de elaboración anónima, por lo que era carga de la fiscalía demostrar que la imagen de alias “Zafiro” corresponde al acusado.

Señala que precisamente los testigos de la policía Judicial Córdoba, Arana y Berrío informaron que los bancos de imágenes se realizaron con las hojas de vida de la USB pero no explicaron “ cómo se verificó o corroboró que dichas imágenes efectivamente correspondieran con las identidades que se le asignaban en aquellas”

Acepta que “Roberto Carlos Berrío da cuenta que se verificó que el número de cédula correspondiera con el nombre”, pero lo considera insuficiente “porque lo que se requería en el asunto bajo estudio era que se determinara sin lugar a dudas que la imagen de la foto correspondiera al acusado Luis Miguel Pineda Cuadrado”

Afirma que como los álbumes fotográficos y el banco de imágenes no se pudieron utilizar en juicio, no se pudo establecer la identificación de alias “Záfiro”

Advierte que ante esta situación la sentencia quiso utilizar datos de identificación obtenidos en los documentos que soportaron la estipulación acerca del nombre e identificación a pesar de que la estipulación se limitó a la “plena identidad del acusado el nombre de Luis Miguel Pineda Cuadrado con cédula 73583229 de Cartagena y nacido el 18/03/1976” . Resalta que según la jurisprudencia ninguno de los datos contenidos en esos documentos en tanto excedan la estipulados puede ser utilizado con fines probatorios.

Agrega que “También debe decirse lo mismo respecto de la descripción física que señalan los testigos, que no tiene ninguna fuente de corroboración, porque del acusado no se acreditó ningún rasgo físico”.

Acepta que lo expresado por Jesús Pérez Cuitiva en cuanto a que Luis Miguel Pineda es casado con Miladis y que ella tiene una hermana de

nombre Francia, coincide con lo informado por el testigo de descargo Edilberto Medellín Gómez. No obstante, estima que tal afirmación no despeja la duda sobre la identidad del procesado dado que en una declaración anterior Pérez refirió que la esposa de Zafiro es Francia y no Miladis.

Señala que lo dicho por Edilberto no se puede tomar aisladamente dado que el testigo también informó que conoce a “Luis Miguel Pineda Cuadrado desde aproximadamente el año 2009 como vecino y amigo de barrio en el corregimiento El Totumo de Necoclí y hasta el año 2015 que salió para Santa Marta a estudiar.”. Por tanto no es posible que Zafiro corresponda a Luis Miguel dado que el Testigo Pérez dijo conocerlo en las filas de las autodefensas desde el año 2012.

Alega que el testigo también dio cuenta que después del año 2015 también supo que el acusado vivía en “El Totumo y luego La Gran Colombia del corregimiento de Mulatos, ambos del municipio de Necoclí.”

Finaliza resaltando una circunstancia temporal. El testigo Jesús Pérez Cuitiva dijo que el último permiso que concedió a “Zafiro” fue en febrero de 2019, de lo que se infiere que hasta esa fecha estuvo bajo su mando. En contra de esta versión destaca que el testigo Galindo Martínez informó que Pineda Cuadrado trabajó para él en la finca Aguas vivas del corregimiento de Mulatos desde agosto de 2018 hasta octubre del mismo año. Afirma que en estas condiciones Zafiro y Pineda no pueden ser la misma persona.

Agrega sobre esta circunstancia que “ el testigo John Robert Galindo Martínez nos informa que Luis Miguel Pineda Cuadrado fue contratado para las labores que se le asignaron porque demostró destreza y práctica en las mismas, las que se adquieren por lo menos con tres meses de práctica, que bien podemos decir no las adquiriría “Zafiro”

como patrullero con arma de fuego en área rural y que coincide con una de las labores que el testigo Edilberto Medellín Gómez sabe que realiza desde que lo conoce desde el año 2009”

Concluye que los testigos de la defensa informaron la verdad de lo que conocieron acerca de Pineda Cuadrado sin que su testimonio fuere desvirtuado.

CONSIDERACIONES

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación. En consonancia con el tema de apelación el problema jurídico a resolver consiste en establecer si la fiscalía probó que la persona que es referida con el alias de Zafiro por varios de los testigos corresponde al acusado Luis Miguel Pineda Cuadrado.

Es cierto que el Juez en audiencia preparatoria rechazó la utilización de álbumes fotográficos y diligencias de reconocimiento en tanto que no fueron descubiertas oportunamente por la fiscalía².

Este dato resulta relevante dado que a pesar de la decisión de rechazo el Juez en la sentencia al evocar los datos aportados por el Testigo Jesús Pérez Cuitiva anotó : “igualmente, lo señaló en diligencia de reconocimiento fotográfico como alias ZAFIRO”.

Además, desde ya se descartará la evaluación ofrecida por el Juez en la acudió a los documentos que sirvieron de soporte a la estipulación acerca de la plena identidad del acusado³. La estipulación consistió

² Audiencia preparatoria del 9 marzo de 2021 registro 1:08:18

³ CSJ Sala Penal radicado 47666 de 2017 :“La estipulación misma, sin más aditamentos, constituye la prueba del hecho, de donde deriva que no hay lugar a anexar elemento alguno para respaldar la estipulación, pero si las partes convienen hacerlo, solo puede apreciarse en el contexto del hecho acordado, pues si refiere aspectos fácticos diversos, estos no pueden valorarse en ningún sentido, pues

en dar por probado los nombres completos y el número de cédula de Pineda Cuadrado⁴. No obstante, de forma incorrecta la sentencia se sirvió de otros datos contenidos en los documentos en que se sustentó la estipulación y que exceden su objeto. Esta advertencia se hace en relación a la afirmación del Juez en el sentido de que esos documentos permiten aclarar por qué razón en la hoja de vida hallada en el dispositivo USB se refiere a una persona de nombre Miriam Gaspar como compañera del acusado a pesar de | | que este y otros testigos mencionaron que el nombre de ella es Miladys.

Tampoco se podrá sustentar, como lo hizo la sentencia, la correspondencia entre alias "Zafiro" y el acusado en el punto de la declaración de FRANKLIN ANTONIO FLOREZ TORDECILLA en que se expresa "lo reconoce en banco de imágenes", por la misma razón de que la utilización de reconocimientos fotográficos fueron rechazados por descubrimiento inoportuno.

Acerca de la consecuencias del rechazo de los bancos de imágenes y las diligencias de reconocimiento es necesario aclarar que si bien los dos declarantes- Pérez Cuitiva y Florez Tordecilla- dieron cuenta de que en ese tipo de diligencias reconocieron la foto de la persona a quien ellos se refieren con Zafiro, el rechazo de esos documentos no permitió conocer las condiciones en que se llevaron a cabo esas diligencias, su conformidad con las normas que las regulan y, lo que es más relevante, si a quien reconocieron en imágenes que les fueron puestas de presente por la policía judicial correspondían a la persona que señalan con ese alias y que, a su vez, ese alias se correspondiera con el acusado Luis Miguel Pineda Cuadrado.

De tal modo que se establecerá a continuación si estos testimonios y el resto de las pruebas llevadas a juicio oral contienen información no

el anexo no constituye prueba alguna, en tanto no ha sido introducido ni controvertido en el juicio (6 de febrero de 2013, radicado 38.975).

⁴ Juicio oral primera sesión del 6 de julio de 2021 registro minuto 7:00

proveniente de los anexos a la estipulación o los documentos que soportaron los reconocimientos fotográficos, que resulte suficiente para dilucidar la objeción planteada por el apelante, esto es, si se probó que alias Zafiro se corresponda con el acusado.

La declaración de Jesús Pérez Cuituva⁵ comandante de contra guerrilla del Clan del Golfo en el Urabá y luego en Dabeiba, desde 2001 hasta el año en que se desmovilizó 2019. Conoció en esa organización a una persona desde el año 2012 con el apodo de zafiro, él era comandante de escuadra. El nombre no le sabe pues se conocen por "chapas". Advierte que supo de él hasta el año 2019 cuando se le dio permiso y no volvió. Por dos años estuvo bajo su mando.

En relación con la correspondencia entre alias de Zafiro y el acusado del testimonio la fiscalía le preguntó :

-Fiscalía : "sabe el nombre de esta persona que conocían como zafiro"

-Testigo : " el nombre si no porque allá no nos llamábamos por los nombres sino que teníamos unas chapas"

Fiscalía: "por qué motivo cuando el Juez le preguntó si tenía parentesco con Luis Miguel Pineda Ud mencionó que no, sabe quién es él"

Testigo: "Zafiro"

Fiscalía: "y por qué lo relaciona con el nombre si me dijo que no sabe el nombre"

Testigo: " Pues porque ya lo había visto en el panfleto"

Fiscalía: " Ud realizó ee Ud rindió alguna declaración dentro de esta investigación"

Testigo "Sí"

Fiscalía : y además de esa declaración Ud realizó reconocimientos fotográficos o en banco de imágenes

Testigo: "Sí"

⁵ Juicio oral primera sesión del 6 de julio de 2021 registro minuto 18:02 en adelante.

Fiscalía: y ud recuerda si allí pudo ver la imagen de esa persona que ud menciona como záfiro

Testigo: "Sí"

A partir de allí la fiscalía le interrogó indistintamente al testigo por esa persona como zafiro o Luis Miguel Pineda al propósito de su labor, vestimenta y armamento.

Puntualmente, la fiscalía intentó usar un reconocimiento fotográfico, con el fin de que se dilucidara el señalamiento que realizó al acusado como zafiro. La defensa se opuso por haber sido rechazado y el Juez ratificó que esa diligencia fue rechazada en audiencia preparatoria.

Más adelante, el testigo dejó saber que para recolectar los datos personales de los integrantes de grupo un "político" militar de la organización tomaba los datos y hacía una hoja de vida la que se le lleva a los altos mandos. Allí se relacionan los datos como "nombre completo, nombre del papá, la mamá, hijos, si tiene esposa, foto de la persona".

Fue en el contrainterrogatorio en que la propia defensa facilitó conocer del testigo otros datos de alias zafiro, que cotejados con otros escuchados en juicio oral relacionan al acusado con el alias "zafiro" y de esta manera concluir de forma razonable que se tratan de la misma persona.

La defensa preguntó acerca de datos que permiten corroborar la versión de la fiscalía sustentada con este testigo que el alias sí se corresponde con el acusado. Recordó el testigo que la compañera de "zafiro" estuvo por espacio de cinco días con " la tropa" refiriéndose al grupo ilegal, entre otros permisos de la misma naturaleza. Informó que esa persona era hermana de otro comandante de la agrupación de apodo Taylor por lo que era cuñado de él. Ante la insistencia del

defensor el testigo recordó que la compañera de “zafiro” se llamaba Miladys. Así la llamaba “zafiro” y los que la conocían. A pesar de que el defensor quiso impugnar la credibilidad del testigo ya que en una declaración anterior informó que “ solo le conozco la mujer que se llama Francia”, el testigo aclaró que Francia efectivamente es hermana de Miladys y que el dato pudo deberse a una error por su parentesco. A partir de esta circunstancias se pudo constatar la consistencia del testigo en relación con el proceso de rememoración del nombre y la forma clara y espontánea en que aclaró la situación expuesta por la defensa.

De tal forma que la pregunta que surge de inmediato es la siguiente: ¿si el señor Luis Miguel Pineda Cuadrado era tan solo un honesto trabajador bananero como lo quiso presentar la defensa por medio de dos testigos, qué razón, prejuicio o interés llevó a que los testigos de cargo conocieran datos tan certeros acerca de su individualización, como el nombre de su compañera o su lugar de origen?

La respuesta probatoriamente establecida es que en realidad Luis Miguel Pineda Cuadrado no es otro que aquel que fue señalado como alias “zafiro”. No se estableció que Jesús Pérez Cuitiiva, se hubiese puesto de acuerdo con el testigo de la defensa Edilberto Medellín Gómez para hacer coincidir el hecho de que la compañera sentimental de Pineda responda al nombre de Miladiys y que a su vez los dos expresaran que esta tiene una hermana de nombre Francia, aspecto que se corresponde tanto en lo expresado por los testigos como en la aclaración hecha por Pérez Cuitiva en relación con su circunstancial imprecisión entre una hermana y la otra. Además, este y otros testigos dieron cuenta de que Miladys es hermana de alias “Tylor” otro comandante de la misma organización criminal.

La única explicación de tan notable coincidencia no puede ser otra de que en realidad alias Zafiro y Luis Miguel Pineda Cuadrado se trata de la misma persona.

Este dato viene a corroborar entonces la información de la hoja de vida que se halló en la USB acerca de la pertenencia de Pineda Cuadrado al Clan del Golfo sí señala que allí se encontraban datos personales, fotografías de personas que pertenecían a esa organización.

El defensor pretende aislar las labores realizadas por la policía judicial y los datos aportados en juicio oral para sostener que la información contenida en la USB no puede ser utilizada probatoriamente, por no conocerse quién la elaboró. Al respecto, se aclara que la información allí contenida no tendría ningún valor probatorio si no se hubiesen realizado otras labores que permitieran dilucidar si su contenido correspondiera a hechos ciertos.

No obstante, la primera instancia evaluó de forma expresa y correcta esa situación:

“[T]ampoco encuentra la Judicatura razones para desacreditar el documento o la información extraída de la memoria USB como lo supone la Defensa, pues de esa misma información dieron cuenta no solo los testigos directos de la Fiscalía, que mencionaron que su información personal era recogida en una hoja de vida por el político de la organización o jefe de compañía y luego era almacenada en un computador y una memoria; sino también los tres investigadores con sus actos de corroboración mencionaron que a través de entrevistas, declaraciones, *reconocimientos en bancos de imágenes*⁶ e inspección a procesos, pudieron verificar la fiabilidad de la información allí contenida y que fue cotejada con la encontrada en la Registraduría

⁶ Los reconocimientos en bancos de imágenes fueron rechazados por el Juez. Aun así, la información, como se viene explicando, fue verificada por otros medios.

Nacional, lo que les permitió judicializar a otros integrantes de la organización criminal, sin dejar de un lado que los datos del dispositivo fueron extraídos bajo estricta legalidad.”

El Juez también valoró el hecho de que : “Dieron cuenta que dicha información fue corroborada en primer lugar, por una interceptación de comunicaciones realizada para finales de 2015 donde dos presuntos integrantes conversaban sobre la pérdida de una memoria USB con información valiosa de la organización.”

De tal forma que la correspondencia entre Luis Miguel Pineda Cuadrado y alias “zafiro”, sí se probó legalmente con la declaración en juicio oral de Jesús Pérez Cuitiva, superior del acusado en la organización criminal, que coincide con lo propuesto por la policía judicial que logró el hallazgo y verificación de una USB con datos de integrantes del Clan de Golfo, datos que fueron sostenidos de igual forma por los testigos de cargo Franklin Antonio Flórez Tordecilla y Eder Hoyos Molina, ex integrantes del mismo grupo ilegal , información finalmente corroborada por datos personales aportados por el testigo de la defensa Edilberto Medellín Gómez.

En estas condiciones las versiones de los testigos de la defensa resultan desvirtuados por el comprobado papel activo del acusado como miembro de la clan del golfo entre los años 2012 y 2019, por lo que las supuestas labores como trabajador bananero, no encuentran fundamento cierto con lo probado en juicio oral, en donde se trajo un presunto jefe de labores- Robert Galindo- que solo dio cuenta de un contrato por tres meses en el año 2018.

Respondidas de esta manera las objeciones de la defensa se confirmará la sentencia en cuanto fue objeto de apelación.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo 2 del acuerdo PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión, se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo a la aceptación del contenido de la sentencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

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

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia condenatoria proferida el 18 de Enero de 2022 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia en contra de Luis Miguel Pineda Cuadrado.

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: **3f756e785d5ccf0936bb6ecee5d8687ee0a29bed31a239c185db0fbd9b0ec33**

Documento generado en 06/02/2023 03:54:30 PM

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