

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 026

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
2023-0189-1	Consulta a desacato	OSCAR DE JESÚS VÉLEZ BOHORQUEZ	NUEVA EPS	Modifica sanción consultada	Febrero 14 de 2023
2023-0197-1	Consulta a desacato	OSCAR DE JESÚS VÉLEZ BOHORQUEZ	NUEVA EPS	Decreta nulidad	Febrero 14 de 2023
2023-0020-2	Tutela 1º instancia	LUIS FERNANDO VÉLEZ RODRÍGUEZ	Juzgado 2º de E.P.M.S. de El Santuario Antioquia y otros	Concede recurso de apelación	Febrero 14 de 2023
2023-0187-2	Auto ley 906	trafico, fabricación o porte de estupefacientes	J.J.H.F.	Declara Preclusión	Febrero 14 de 2023
2023-0039-3	Tutela 2º instancia	Fredy Aldemar Holguín Bran	Caja Promotora de Vivienda Militar y otro	Revoca fallo de 1º instancia	Febrero 14 de 2023
2023-0047-3	Tutela 2º instancia	RAFAEL ENRIQUE NEGRETE NÚÑEZ	ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y OTROS	Confirma fallo de 1º instancia	Febrero 14 de 2023
2023-0077-3	auto ley 906	Utilización ilegal de uniformes e insignias	Elizabeth Arango Henao	Revoca auto de 1º instancia	Febrero 14 de 2023
2023-0108-5	Tutela 1º instancia	Yoiner Andrés Pérez Moya	Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros	Niega por improcedente	Febrero 14 de 2023
2023-0147-3	Tutela 1º instancia	Wilmer Eduardo Higuita Manco	Juzgado 2º de E.P.M.S. de Antioquia y otros	Concede derechos invocados	Febrero 14 de 2023
2023-0016-5	Tutela 2º instancia	Mercy Liliana Carrascal Mena	Comisión Nacional del Servicio Civil y otros	Confirma fallo de 1º instancia	Febrero 14 de 2023
2023-0139-5	Auto ley 906	Acceso Carnal abusivo con menor de 14 años	Deiby Johany Restrepo Vergara	confirma auto de 1º Instancia	Febrero 14 de 2023

2023-0111-5	Auto ley 906	fuga de presos	Gustavo Adolfo Meneses	confirma auto de 1° Instancia	Febrero 14 de 2023
2023-0183-5	Consulta a desacato	Alberto De Jesús Gómez Agudelo	NUEVA EPS	Revoca sanción impuesta	Febrero 14 de 2023
2022-1646-5	Auto ley 906	Acceso Carnal abusivo con menor de 14 años	Juan Guillermo González Ospina	Fija fecha de publicidad de providencia	Febrero 14 de 2023

FIJADO, HOY 15 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, trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 026

PROCESO :	05579 31 04 001 2022 00157 (2023-0189-1)
ASUNTO :	CONSULTA DESACATO
INCIDENTANTE:	OSCAR DE JESÚS VÉLEZ BOHORQUEZ
AFECTADA:	MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ
INCIDENTADA :	NUEVA EPS
PROVIDENCIA :	CONFIRMA Y DECRETA NULIDAD SANCIÓN

V I S T O S

La Sala resuelve la consulta de la decisión emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío– Antioquia-, el 06 de febrero de 2023, en la que resolvió sancionar por desacato a la orden contenida en la sentencia de tutela del 12 de agosto de 2022 al Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ y al Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, como Gerente Regional Noroccidente y Vicepresidente de Salud de la NUEVA EPS.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de tutela del 12 de agosto de 2022, el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío– Antioquia-, donde se resolvió amparar los derechos fundamentales invocados por en favor de la señora MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ y como consecuencia de ello, ordenó:

“...SEGUNDO. ORDENAR a la NUEVA EPS, que AUTORICE y GARANTICE EL SUMINISTRO EFECTIVO, de los medicamentos LOSARTAN 50 MG, METOPROLOL 100 MG., ESOMEPRAZOL 40 MG, LEVOTIROXINA 150 MG., durante el tiempo que así lo requiera, y en las condiciones que disponga el médico tratante, a favor la señora MARIA DEL CARMEN GOMEZ en su ciudad de residencia, a más tardar dentro de los tres (03) días siguientes, contados a partir de la notificación 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 del 18 de enero de 2023, en contra del 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, para que se cumpla con el fallo de tutela, remitiéndose notificación el 18 de enero de 2023 al correo que tiene la entidad habilitado para tal efecto, esto es, secretaria.general@nuevaeps.com.co.

Para lo cual la entidad dio respuesta indicando que el área técnica de salud de NUEVA EPS, se encuentra en el análisis, verificación y gestiones necesarias, con el fin de dar respuesta a la solicitud del accionante, por lo que 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. De ahí que, solicito que, mientras ello se resuelve no debe ser tomado esto como prueba ni indicio alguno de que lo requerido haya sido o esté siendo negado por la entidad.

Como no se tuvo prueba alguna del cumplimiento del fallo y solo se limitaron a decir que se encuentran en verificaciones, la Oficina Judicial mediante auto del 23 de enero de 2023 ordenó abrir el trámite

respectivo en contra del 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, remitiéndose notificación el 25 de enero de 2023 al correo secretaria.general@nuevaeps.com.co.

El 30 de enero de 2023, la Nueva EPS respondió nuevamente 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.

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, al 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, notificándole lo resuelto el 08 de febrero de 2023 al correo secretaria.general@nuevaeps.com.co 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 la auxiliar judicial del Despacho con el abonado celular 3147405264, perteneciente al señor Óscar de Jesús Vélez Bohórquez, donde contestó e indicó que aún no le entregan el medicamento y que el miércoles llevó a su esposa donde el cardiólogo donde le ordenó más medicamento prioritario con el fin de evitarle un paro cardíaco, pero que la EPS no da respuesta alguna.

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 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 Penal del Circuito de Puerto Berrío– Antioquia-, consistió en ordenar a la NUEVA EPS que:

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

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.

“...SEGUNDO. ORDENAR a la NUEVA EPS, que AUTORICE y GARANTICE EL SUMINISTRO EFECTIVO, de los medicamentos LOSARTAN 50 MG, METOPROLOL 100 MG., ESOMEPRAZOL 40 MG, LEVOTIROXINA 150 MG., durante el tiempo que así lo requiera, y en las condiciones que disponga el médico tratante, a favor la señora MARIA DEL CARMEN GOMEZ en su ciudad de residencia, a más tardar dentro de los tres (03) días siguientes, contados a partir de la notificación de esta providencia...”

La entidad accionada si bien se pronunció frente al requerimiento y la apertura del incidente donde la apoderada especial 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 análisis, verificación y gestiones necesarias con el fin de dar respuesta de la solicitud del accionante y que mientras se realizan dichas verificaciones no se tome como prueba o indicio alguno que se sea una negación del servicio.

La entidad accionada si bien se le notificó la sanción impuesta al Gerente Regional Noroccidente y al Vicepresidente de Salud de la NUEVA EPS, no se pronunciaron respecto a la sanción, pero si lo hicieron tanto en el requerimiento y 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 del fallo de tutela.

Significa entonces que 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 12 de agosto 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 proijado 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

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

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”.

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 12 de agosto 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 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, como fue confirmado por el accionante la falta de cumplimiento con la orden dada en la tutela.

Por esta razón, dado que Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de salud y superior jerárquico del gerente de la NUEVA EPS no allegó prueba que justifique válidamente el incumplimiento al fallo de tutela, ni mucho menos ha 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.

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, que en otros trámites realizados en esta Sala, la entidad accionada 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, (información que es adicionada al presente trámite para su conocimiento) 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 del Gerente Regional Noroccidente de la NUEVA EPS. 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 agraven 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,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión objeto de consulta, por la cual se sancionó por desacato al Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de salud y superior jerárquico del gerente de la NUEVA EPS, por incumplimiento al fallo de tutela proferido el 12 de agosto de 2022.

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

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 Penal del Circuito de Puerto Berrío– 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: **da4a197bfd8af81eb6caa36b3f8e7d333c789b9a3bd9811c80981acc2ece6793**

Documento generado en 13/02/2023 05:34:12 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 026

PROCESO :	05579 31 04 001 2022 00119 (2023-0197-1)
ASUNTO :	CONSULTA DESACATO
INCIDENTANTE:	OSCAR DE JESÚS VÉLEZ BOHORQUEZ
AFECTADA:	MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ
INCIDENTADA :	NUEVA EPS Y OTROS
PROVIDENCIA :	DECRETA NULIDAD SANCIÓN

V I S T O S

La Sala resuelve la consulta de la decisión emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío– Antioquia-, el 30 de noviembre de 2022, en la que resolvió sancionar por desacato a la orden contenida en la sentencia de tutela del 1 de julio de 2022 al Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ y al Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, como Gerente Regional Noroccidente y Vicepresidente de Salud de la NUEVA EPS.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de tutela del 1 de julio de 2022, el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío– Antioquia-, resolvió amparar los derechos fundamentales invocados en favor de la señora MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ y como consecuencia de ello, ordenó:

“...ORDENAR a la NUEVA EPS, que AUTORICE y GARANTICE EL SUMINISTRO EFECTIVO, del medicamento APIXABAN 5 MG, durante el tiempo que así lo requiera, y en las condiciones que disponga el médico tratante, a favor la señora MARIA DEL CARMEN GOMEZ en su ciudad de residencia, a más tardar dentro de los tres (03) días siguientes, contados a partir de la notificación 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 del 20 de octubre de 2022, en contra del Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRIA DIEZ Gerente Regional Noroccidente de la NUEVA EPS, para que se cumpla con el fallo de tutela, remitiéndose notificación el 21 de octubre de 2022 al correo que tiene la entidad habilitado para tal efecto, esto es, secretaria.general@nuevaeps.com.co.

Para lo cual la entidad dio respuesta indicando que el área técnica de salud de NUEVA EPS, se encuentra en el análisis, verificación y gestiones necesarias, con el fin de dar respuesta a la solicitud del accionante e informó que el 21 de octubre de 2022 se envió solicitud de entrega a COHAN del medicamento, por lo que solicitó abstenerse de continuar con el trámite incidental teniendo en cuenta que el ÁREA DE SALUD se encuentra realizando las acciones positivas tendientes al cumplimiento de lo ordenado por su despacho.

Como no se tuvo prueba alguna del cumplimiento del fallo y solo se limitaron a decir que se encuentran en verificaciones, la Oficina Judicial mediante auto del 08 de noviembre de 2022 ordenó abrir el trámite respectivo en contra del 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, remitiéndose notificación el 09 de noviembre de 2022 al correo secretaria.general@nuevaeps.com.co.

El 15 de noviembre de 2022, la Nueva EPS respondió nuevamente que la entidad se encuentra en revisión del caso con el área encargada para determinar las presuntas demoras en el trámite de validación, con el fin de dar respuesta a la solicitud del accionante e informó que el 21 de octubre de 2022 se envió solicitud de entrega a COHAN del medicamento, por lo que solicitó abstenerse de continuar con el trámite incidental teniendo en cuenta que el ÁREA DE SALUD se encuentra realizando las acciones positivas tendientes al cumplimiento de lo ordenado por su despacho.

LA DECISIÓN CONSULTADA

Mediante auto del 30 de noviembre de 2022, 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, al 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, notificándole lo resuelto el 08 de febrero de 2023 al correo secretaria.general@nuevaeps.com.co 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 la auxiliar judicial del Despacho con el abonado celular 3147405264, perteneciente al señor Óscar de Jesús Vélez Bohórquez, donde contestó e indicó que aún no le entregan el medicamento completo por parte de la EPS.

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 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 Penal del Circuito de Puerto Berrío– Antioquia-, consistió en ordenar a la NUEVA EPS que:

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

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.

“...ORDENAR a la NUEVA EPS, que AUTORICE y GARANTICE EL SUMINISTRO EFECTIVO, del medicamento APIXABAN 5 MG, durante el tiempo que así lo requiera, y en las condiciones que disponga el médico tratante, a favor la señora MARIA DEL CARMEN GOMEZ en su ciudad de residencia, a más tardar dentro de los tres (03) días siguientes, contados a partir de la notificación de esta providencia...”

La entidad accionada si bien se pronunció frente al requerimiento y la apertura del incidente donde la apoderada especial 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 análisis, verificación y gestiones necesarias con el fin de dar respuesta de la solicitud del accionante y que mientras se realizan dichas verificaciones no se tome como prueba o indicio alguno que se sea una negación del servicio.

De otro lado, es de anotar que la entidad, informó que el Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de Salud de la NUEVA EPS es el superior jerárquico del Gerente Regional, Doctor Fernando Adolfo Echavarría Díez 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, sería inicialmente el Gerente Regional, 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 superior jerárquico de la persona directamente obligada a cumplir, es claro que, para deducírsele responsabilidad, tiene que conocer la existencia de la acción de tutela y su incumplimiento por parte del inferior directamente obligado.

Sin embargo, en el presente caso se observa en el expediente que no se realizó requerimiento previo al superior del responsable, y debió ser dirigido en éste caso al Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de Salud de la NUEVA EPS, pero como se dijo inicialmente no se realizó dicho requerimiento previo al inicio del trámite incidental al Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, con lo cual no se cumple con lo establecido en el inciso 2 del artículo 27 del decreto 2591 de 1991, en donde se ha plasmado dicha obligación de la siguiente manera:

"Si no lo hiciera 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, ordenara 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".

Por lo anterior, el Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME no fue efectivamente requerido, motivo por el cual no queda de otra que declarar la nulidad de lo actuado respecto de él.

En ese orden de ideas, lo procedente es declarar la nulidad del presente trámite incidental que se siguió en disfavor del Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, advirtiéndosele al Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío que el incidente de desacato se debe iniciar contra el directamente responsable del cumplimiento o contra el obligado y frente al superior jerárquico debe existir un requerimiento previo, en el cual se identifique claramente la persona obligada, a fin de proceder a la constatación de la responsabilidad subjetiva respectiva.

De otro lado, es de anotar que la entidad, que en otros trámites realizados en esta Sala, la entidad accionada 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, (información que es adicionada al presente trámite para su conocimiento) 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 también la nulidad de lo actuado respecto del Gerente Regional Noroccidente de la NUEVA EPS.

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 agraven los intereses del perseguido disciplinariamente. (...)”⁴.

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, además de hacer el debido requerimiento previo al Dr. ALBERTO HERNÁN GUERRERO JÁCOME, Vicepresidente de Salud de la NUEVA EPS, 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 mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal en Sede Constitucional,

⁴ Consejo Superior de la Judicatura.- Modulo “La Acción de tutela”. Págs. 153-154.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de lo actuado en el presente trámite incidental, a partir del proferimiento del auto de apertura.

Así mismo, **SE DISPONE** que, por Secretaría de la Sala, se proceda a retornar las diligencias al Despacho de origen para los fines pertinentes.

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: **094c71733346bfe1b6124ec4ff190d58d0fc4b6f8e523ac205f7d1fda473a491**

Documento generado en 13/02/2023 05:34:21 PM

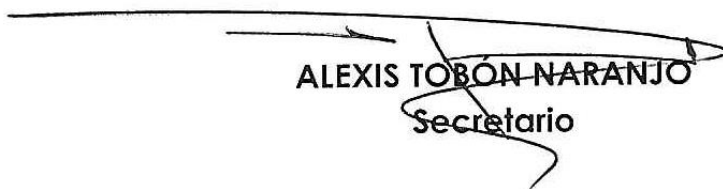
**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento de la H. Magistrada NANCY ÁVILA DE MIRANDA expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionante interpone oportunamente recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹, pues conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8º de la ley 2213 de 2022 se entiende notificado del fallo de tutela el día 03 de febrero de 2023, dado que no acuso recibido de la notificación remitida a su correo electrónico el pasado 01 de febrero.

Dicho recurso es allegado vía correo electrónico por la Secretaria de la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, a donde fue por el accionante a la hora de direccionar el escrito generado desde el correo electrónico angelicaospinacar@gmail.com en el aplicativo dispuesto por la Rama judicial para la recepción de tutelas y hábeas corpus en línea.

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 seis (06) de febrero de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día ocho (08) de febrero de 2023.

Medellín, febrero catorce (14) de 2023.


ALEXIS TOBON NARANJO
Secretario

¹ Archivo 21-22

Radicado: 05 000 22 04 000 2023 00012 (N.I. 2023-0020-2)
Accionante: LUIS FERNANDO VÉLEZ RODRÍGUEZ
Accionado: JUZGADO 2º DE E.P.M.S. DE EL SANTUARIO – ANTIOQUIA y OTRO

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, febrero catorce (14) 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 LUIS FERNANDO VÉLEZ RODRÍGUEZ, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia de la suscrita Magistrada.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

Firmado Por:

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 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: **d7ee53f16819d783696e0d411e57093b98bea1d3a86c042be1f55f0fa7e12c96**

Documento generado en 14/02/2023 04:28:05 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PARA ADOLESCENTES

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Radicado único	05 3106000383 2018 80024
Radicado Corporación	2023-0187-2
Indiciado	J.J.H.F.
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Trámite	Solicitud de preclusión
Decisión	Revoca decisión y decreta preclusión

Medellín, catorce (14) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 015

1. ASUNTO

Por apelación interpuesta y sustentada por la fiscalía 68 local, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida el 07 de febrero de 2023 por la Juez Promiscuo de Familia de Cisneros (Antioquia), mediante la cual negó la preclusión de la investigación deprecada por el delegado del ente investigador a favor del adolescente J.J.H.F², vinculado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

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

² Como medida para proteger la intimidad del joven involucrado en este asunto y en aras de hacer efectivo el principio constitucional que garantiza la salvaguarda de su interés superior, la Sala suprimirá de esta providencia

Si bien es cierto la carpeta digital fue remitida a esta Magistratura el día 08 de febrero de la presente anualidad, al estudio de este proceso se le dio prelación, como quiera que la prescripción del delito que se investiga acaece el día 18 de marzo de 2023.

2. HECHOS

Los hechos que dieron origen a la presente investigación fueron relatados por el delegado del ente investigador, en la audiencia solicitud de preclusión de la siguiente manera:

Este caso se inició con ocasión de un registro de allanamiento realizado por miembros de la policía judicial el día 18 de marzo de 2018, a eso de las 06:05 horas, en el inmueble ubicado en la carrera 50 N° 51 – 16 zona céntrica del municipio de Gómez Plata – Antioquia, donde fue aprehendido el menor J.J.H.F y otro, puesto que en desarrollo de la diligencia se encontró en la habitación número 1 en el cajón de uno de los nocheros 40 bolsas plásticas con cierre hermético vacías, sobre el techo del solar de la vivienda dentro de una media de color gris con rayas rojas una bolsa plástica con cierre hermético contentiva de un vegetal 4 envolturas cilíndricas en papel aluminio con un vegetal con un color y olor característico derivados de la marihuana, 3 bolsas plásticas con sustancia pulverulenta de color blanco y 4 bolsas plásticas con cierre hermético con una sustancia de color beige, ambas con características similares a los derivados de la cocaína, en razón de lo cual aprendieron al menor y a la otra persona de sexo femenino mayor de edad por el presunto delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, conducta que encuadraría en el tipo penal 376 que regula y sanciona el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

y de toda futura publicación de la misma sus nombres. En consecuencia, será llamado en el curso de la misma, S.C.P. (Artículo 33 Ley 1098 de 2006).

Mediante escrito presentado por la Fiscalía el 20 de enero de 2023, se elevó solicitud de preclusión, con base en artículo 332 N° 6 del C. de P. Penal (imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia), desarrollándose la audiencia en la que se sustentó la misma, el día 31 de enero de 2023.

Como argumentos de la solicitud expuso el Fiscal, luego de relacionar los fundamentos fácticos que originaron la noticia criminal, que no cuenta con elementos de juicio para avanzar en la investigación, como quiera que a pesar de librar ordenes de trabajo a policía judicial de infancia y adolescencia desde el 27 de marzo de 2020, para que realizaran entrevistas y verificaciones a las actividades a las que se dedicaba el indiciado, no ha sido posible obtener respuesta, pese a reiterar la solicitud mediante oficios librados entre marzo de 2021 y enero de 2023.

Replicó lo relatado en una entrevista por uno de los moradores en el lugar que fue allanado, así como declaración extrajuicio rendida por la madre de la otra joven que fuera capturada en ese mismo acto.

Resaltó que, según la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, concretamente el rad. 44997 de julio de 2017, independientemente de la cantidad que se porte, se debe acreditar por parte de la fiscalía un elemento adicional en estos comportamientos que permita inferir venta, distribución o cualquier forma de tráfico citando para sustentar su dicho.

En ese orden, al no contar con elementos para estructurar una teoría del caso, solicita se decreta la preclusión y por ende, se archiven las presentes diligencias.

Las demás partes e intervinientes no se opusieron a la solicitud de la Fiscalía.

4. LA DECISIÓN APELADA

La Juez Promiscuo de Familia de Cisneros negó la solicitud, para lo cual argumentó que si bien existe información de que el joven S.C.P., es consumidor, pues así lo señalan los elementos de convicción puestos a disposición por la Fiscalía, tales como la entrevista FPJ-14 rendida por la señora Lilibian del Carmen Salazar señalándose que éste era vendedor de sustancias estupefacientes, por lo que se configura una “duda”.

También adujo que no se observa una indagación integral o exhaustiva por parte del ente acusador como para deducir que ha agotado todas las opciones investigativas que indiquen que en efecto le sería imposible desvirtuar la presunción de inocencia del procesado a efectos de acreditar la causal 6º del artículo 332 del código de procedimiento penal, pues se cuentan con los mismos elementos materiales probatorios que fueron aportados desde los actos urgentes sin que se hayan allegado pesquisas diferentes.

En sus palabras, explicó:

En el caso concreto, el delegado de la fiscalía solicita la preclusión con base al artículo 332 #6 CPP, como sustentación a la solicitud, explicó que a pesar de centrarse con las sustancias alucinógenas halladas en la residencia que se allanó, y con el dictamen pericial de dichas sustancias, es viable que aquellas se hayan obtenido para el consumo personal y no para el expendio. Es así que, con las meras características, de lo hallado en el registro de allanamiento, no es suficiente para inferir que el adolescente implicado era vendedor, pues también se puede inferir, que era consumidor. Por lo tanto, la fiscalía no ha obtenido un elemento material probatorio que infiera que las sustancias alucinógenas incautadas el día del registro de allanamiento, las tenía el adolescente implicado con el ánimo de venta o distribución, elemento subjetivo distinto del dolo que debe demostrar la fiscalía para proceder a judicializar por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, pues de lo contrario dicha conducta se considera atípica. Resalta que la fiscalía no cuenta con videos, vigilancia, o interceptación de comunicaciones, entrevista al supuesto informante que indica que el adolescente implicado se dedicara al micro tráfico o que las sustancias alucinógenas incautadas sean dedicadas a la venta o distribución. La verificación de la fuente no formal, no cuenta con ningún elemento material probatorio, salvo, lo dicho por la señora Liliana Del Carmen Salazar, en la entrevista rendida dentro del proceso en contra de Laura Correa Blandón, quien también fue capturada junto con el adolescente aquí investigado, de la cual se extraen ciertas afirmaciones no creíbles, y que es con intención de favorecer a su familiar.

Expone el fiscal que lo único con lo que se cuenta es con las sustancias encontradas dentro del inmueble, sin que ello sea suficiente para demostrar que las sustancias estaban destinadas para su venta. De igual forma, expone que está establecida la responsabilidad objetiva pero no se tiene suficiente información de la ocurrencia del juicio penal investigado, no se le puede hacer un juicio de reproche o culpabilidad al joven investigado, pues previo al allanamiento no se contaba con información de que aquel estaba dedicado al expendio de estupefacientes, salvo lo indicado por la fuente no formal, la cual no tiene valor probatorio pues ni siquiera se conoce su nombre, por lo que la información obtenida y suministrada no es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, frente al delito. Expone que la información que se ordenó recolectar, va a hacer 3 años a ordenarse y es casi que, seguro que no llegará antes de la prescripción de la acción penal, ya que esto ocurrirá el 18 de marzo próximo.

(...)

En el presente caso, si bien el fiscal presenta la solicitud de preclusión basado en el artículo 332 #6 CPP, esta judicatura luego de analizar los elementos esbozados, concluye que no se

configuran los presupuestos de la causal invocada, como quiera dentro del marco de la libertad probatoria, artículo 373 CPP, se deben ajustar las labores investigativas, con la finalidad de dar cumplimiento al mandato constitucional, pudiendo ejercitar los actos necesarios para que la policía judicial cumpla con el programa metodológico, pues si bien obran dicho requerimiento adscrito a la fiscalía, lo cierto es que ante dicha desidia a las respuestas a dichas ordenes, bien puede agotar los mecanismos dispuestos por la Ley, para obtener las respuestas y así sustentar la petición a partir de los resultados objetivos obtenidos dentro de la tarea investigativa, bien sea para sustentar con suficiencia alguna causal o solicitud de preclusión, y en caso de contar con todos los elementos materiales probatorios suficientes, proceder a formular la imputación, teniendo en cuenta el artículo 115 CPP. Con los elementos materiales probatorios que tiene la fiscalía puede estructurar en principio, el mínimo de tipicidad, es decir, entre otros, el informe de fuente no formal FPJ26 del 14/03/2018, formato de investigador de campo FPJ11 15/03/2018, informe y acta de registro de allanamiento, acta de incautación, prueba preliminar homologada, si bien dichos medios son importantes en la labor investigativa, se debe adoptar por la fiscalía todas las posibilidades investigativas, de los elementos investigativos anexados de la solicitud de preclusión, se tiene información que existen actos de investigación pendientes que se pueden usar para acusar o para precluir por otra causal, como bien puede ser por la causal de atipicidad del hechos investigado. La fiscalía en su fundamentación se refirió en la posible falta del hecho del delito subjetivo tácito del 376 CP, como lo es la venta o distribución, al considerar la hipótesis que el adolescente aquí implicado puede ser también consumidor o adicto, y que las sustancias alucinógenas incautadas, podrían también tener la finalidad de uso personal, pero a pesar, de que la fundamentación está más bien dirigida a esta causal, atipicidad del hecho investigado, por falta de ese elemento esta judicatura no reconocerá otra causal solicitada por el titular de la acción penal, pues de los soportes adosados con esta solicitud, no se logra aducir más allá de toda duda que se configura esta causal, pues para la tipicidad de esta conducta para los consumidores, dependerá de la finalidad cierta, no supuesta de su consumo personal, tal como lo indico la CSJ en la sentencia SP025/2019, y hasta el momento no habrá ningún medio cognoscitivo que demuestre esa finalidad de ser un consumidor el aquí investigado.

Si bien esta próxima a prescribir la acción penal, en el momento, es un hecho futuro que no puede ser valorado ni anticipado en este escenario jurídico, pues siendo el caso será analizado en otra oportunidad una vez acaecido dicho fenómeno.

Sostuvo finalmente, que la preclusión no admite dudas y que la causal invocada tiene que ser debidamente acreditada, lo que no ocurrió en el presente caso por parte del instructor.

5. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

La decisión fue apelada por el Fiscal local, señalando como errada la postura de la a quo, al indicar que se debe acreditar la condición de consumidor, porque lo que está aduciendo para la solicitud de preclusión es que no cuenta con elementos para demostrar tal postura, además de la poca instrucción dada al tramite en cuestión.

Así lo expuso:

Aquí se adelantó una investigación con base a una fuente no formal, es decir, no hay prueba fehaciente de la persona que suministro esa información que llevo a esa diligencia de registro, si bien es cierto estamos ante una diligencia de gran relevancia como es la de registro y allanamiento, también lo es que no tiene mayor sustento, de la que no se tiene certeza o credibilidad de que la información para llenar ese formato la suministro una persona, porque es muy fácil levantar un formato sin que se reciba información de una persona, y con base en ello, llegar a pedir una orden de registro y allanamiento, pues entonces, en estos casos, para que tenga fuerza y credibilidad, lo normal es que se reciba una entrevista a la persona que tiene la información o que hace los señalamientos en contra de los investigados, y pues aunado a ello, tenemos una orden de allanamiento expedida por un fiscal, que no es lo suficientemente clara, no se dice allí que es lo que se pretende incautar, que es lo que se pretende recolectar en razón, que elementos específicos, o que elementos autoriza recolectar, generando confusiones a partir de esa fuente no formal y esa solicitud de allanamiento, de la cual ni siquiera se habla de que haya verificado la información que supuestamente suministro la fuente no formal.

Si bien es cierto, se hacen incautaciones de unas bolsas plásticas transparentes, pero las mismas se encontraron en la habitación de la otra persona que fue capturada, no en la habitación o sitio donde aprendieron al aquí investigado, la droga la encontraron en el techo en la parte posterior del inmueble por la parte del solar, y señor juez de segunda instancia, el informe por el cual se rinde el informe de allanamiento y registro, señala que unas supuestas huellas de sangre condujeron al lugar o sector donde estaba la droga, y la droga estaba en el techo, y que las huellas correspondían al aquí investigado, porque señalaba que estaba lesionado en uno de los pies, pero nunca se acreditó esa situación que plasmo en el informe, llevándolo a una valoración médico legal o al menos aquí en la carpeta no aporto nunca una valoración médico legal de la presunta lesión que tenía el aquí investigado y que ello permitió llegar al lugar donde se tenía la droga. Sin embargo, a este delegado no le correspondió en su momento dar inicio esta investigación, mucho menos evaluar y dar la orden al registro de allanamiento.

Se tiene que esta persona no era residente de ese inmueble, pues al parecer era novio o amiga de la otra capturada y en razón de eso se encontraba en el lugar, si bien hay una entrevista de una de las familiares de la otra persona que fue capturada, en este caso, donde hace señalamientos que la droga le correspondía al aquí investigado, pues que es lógico o natural, así lo haya referido tendiente a salvar la responsabilidad de la pariente que también fue aprehendida en razón de esas diligencias, y la madre de la otra capturada realizó una declaración extrajuicio donde expone que su hija es consumidora de estupefacientes, entonces es claro que con los elementos materiales no contamos, más sino con los actos urgentes de ese entonces, no hay más, este delegado expidió una orden de trabajo en su momento a la policía judicial, tendiente a la recolección de elementos materiales probatorios, una orden del 27/03/2020, es decir que va a cumplir 3 años, no se ha dado respuesta, por lo que no hay elementos probatorios tendientes a tomar una decisión que en derecho corresponda, y ello no puede tildarse de negligente ni a la fiscalía, ni a los mismos investigadores, porque se tiene que entender que es un solo investigador para 8 municipios, en fin muchas situaciones, entonces ha quedado imposible la recolección de esa información, pero aun así se aportó las constancias, los números de oficio, las fechas en que se solicitó respuesta a esa orden de trabajo, no se ha dado respuesta, la fiscalía ha trabajado diligentemente a dar respuesta al esclarecimiento de los hechos materia de investigación, y como quiera no se ha llegado respuesta tendiente a tomar una decisión más aproximada a los elementos con los que se cuenta para corroborar si hay responsabilidad frente al joven aquí investigado pero no se ha obtenido.

Apuntalando en su disertación:

El seguir esperando, no tiene ningún sentido, además que las cantidades de droga incautadas fueron mínimas e irrelevantes, para el derecho penal, que lo que generan es desgaste a la administración de justicia con el trámite de este tipo de casos. Y si bien la fiscalía tiene el deber legal y constitucional de adelantar una investigación íntegra y recolectar elementos materiales probatorios, evidencia física, e información suficiente y necesaria, que permita resolver este tipo de casos, pero pese al esfuerzo ha sido imposible esa labor. Por lo que, lo acertado por la fiscalía, se considera es solicitar preclusión, en cuanto no se puede demostrar "la venta" de estupefacientes que es lo que se pretende en este caso concreto.

Entonces considero a lo contrario a lo que se ha decidido, esto es, que no está desvirtuada la presunción de inocencia, para la fiscalía si lo está en razón de los elementos probatorios recolectados, y reitero, distinto fuese que este delegado no hubiese hecho una exhausta investigación en su momento, pero no fue este el caso, y no se obtuvo respuesta, por lo que no hay insumo para resolver este caso. Más grave aún, le parece a este delegado de la fiscalía dejar prescribir el caso, dejar prescribir en término de un mes largo, a eso, es preferible tratarlo de resolver con lo que hay, para no afectar los derechos del mismo investigado, pues las normas internacionales, que tienen que ver con Infancia y adolescencia y la misma jurisprudencia de la corte, plantea la necesidad y urgencia de resolver los casos planteados en contra de menores en un término razonable, pues no se les puede imponer a ellos la carga de que las investigaciones duren años y años sin resolver su situación penal en este tipo de caso, entonces en este tipo de eventos, los menores, están sumamente protegidos, y se requiere a las autoridades judiciales, se resuelva en un plazo razonable, es decir, en este proceso ya se va a cumplir 5 años sin resolver el caso, e incluso está a punto de prescribir.

La defensa en calidad de no recurrente, coadyuvó la solicitud del apelante.

Por su parte, **la comisaria de familia** no se pronunció en el traslado que se le dio de la apelación del demandante.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

Es competente esta Sala para resolver la alzada, de conformidad con los artículos 163 numeral 3º y 168 del Código de la Infancia y la Adolescencia, como superior funcional del Juzgado Promiscuo de Familia de Cisneros.

6.2. Caso Concreto

Para comenzar, se dirá que frente al tema objeto de estudio, tenemos que la preclusión de la investigación es una institución del derecho procesal penal que permite la terminación de la actuación sin darle curso a todas las etapas procesales por la ausencia de mérito para sostener la acusación. Se traduce en la adopción de una decisión definitiva por parte del juez de conocimiento y su consecuencia es la cesación de la persecución penal que se sigue contra el imputado en relación con los hechos de que trata la investigación. Dicha decisión, una vez en firme, tiene la fuerza de cosa juzgada.

La Ley 906 de 2004 consagra dos oportunidades en que puede presentarse la solicitud de preclusión: la primera durante la investigación (incluye la fase preliminar), hasta antes de que el Fiscal presente el escrito de acusación con fundamento en cualquiera de las 7 causales consagradas en el artículo 332 ibídem. En este evento solo el Fiscal está legitimado para formular la petición ante el Juez de conocimiento. La segunda oportunidad se presenta en el juzgamiento, con fundamento exclusivamente en las causales 1ª (imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal) y 3ª (inexistencia del

hecho investigado) del precepto citado, ocasión en la que están legitimados, además del Fiscal, el Ministerio Público y la defensa. En el caso examinado estamos frente a la primera oportunidad para deprecar la preclusión en tanto la Fiscalía no ha formulado aún la acusación.

Dentro de este marco legal, examinaremos los argumentos ofrecidos por la censura en el asunto sometido a estudio de la Sala, el cual versa exclusivamente sobre la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal, pues a juicio del Delegado de la Fiscalía en este evento se cumplen a cabalidad todas las exigencias jurisprudenciales requeridas para encontrar cumplidas la causal 6ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, al no existir prueba de que el estupefaciente incautado estaba destinado para un fin diferente al propio consumo y no contar con elementos de prueba que indiquen lo contrario.

Pues bien, respecto al tema objeto de debate, esto es, la antijuridicidad de la conducta en los delitos de peligro abstracto, específicamente en el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, tenemos que en teoría, quien porta cantidades ligeramente superiores a la dosis legal consagrada en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986 (20 gramos de marihuana y 1 de cocaína o sustancia a base de cocaína, entre otros), destinadas a su propio consumo, no incurre en conducta punible porque “antes que producir un daño o peligro de menoscabo al bien jurídico socio-colectivo de la salud pública de que trata el Título XIII de la Ley 599 de 2000, lo que se pone de presente es un comportamiento auto-destructivo o de auto-lesión el cual incumbe los ámbitos exclusivos de la libertad de

esa persona, es decir, a un fenómeno singular carente de antijuridicidad material (ausencia de lesividad) y que, por ende, no es punible.”³

Desde esta óptica tiene razón la Fiscalía en su planteamiento teórico pues la jurisprudencia así ha razonado en los últimos tiempos, conservando una línea uniforme de pensamiento en esta materia. Pero también ha sostenido que la conclusión anterior no puede constituir una generalidad per se, sino que debe someterse en cada caso concreto a la respectiva valoración de manera singular.

Es así como la jurisprudencia en distintos pronunciamientos había referido, para conducir el asunto por la falta de antijuridicidad material respecto al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, que el porte de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal definida en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, debían ser mínimas, insignificantes e irrelevantes.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia varió el criterio que tenía respecto al porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo, flexibilizando su posición inicial y determinando que el examen de cada caso necesariamente debe partir no solo de la cantidad de ilícita sustancia que lleve el adicto⁴, pues si (i) la misma es insignificamente superior a la dosis legal la conducta es típica pero carente de antijuridicidad material; (ii) si la cantidad de estupefaciente supera de manera significativa,

³ Radicado 31531 de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente doctor Yesid Ramírez Bastidas.

⁴ Este elemento no es el único definitorio de la antijuridicidad, sino solo uno más de los que habrán de valorarse a fin de determinar la ilicitud del porte

pero no desmedida, la dosis personal, la antijuridicidad se basará en una presunción legal, y ya no de derecho, por lo que las partes podrán desvirtuarla demostrando que tal cantidad es para el exclusivo consumo personal; y (iii) si lo portado desborda de manera desmesurada la dosis personal la conducta es típica y, además, antijurídica⁵.

En efecto, en sentencia SP 732 de 2018, radicado N.º 46848 la Alta Corporación retomó la discusión planteando lo siguiente:

"Partiendo del discurso constitucional sobre el ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad general de acción -expresado en el libre desarrollo de la personalidad (art. 16)-, articulado con la función de protección de bienes jurídicos asignada al derecho penal, la jurisprudencia penal (cfr. CSJ SP 15 sep. 2004, rad. 21.064 y CSJ SP 17 ago. 2011, rad. 35.978, entre otras) abordó inicialmente la problemática de la punibilidad del porte de estupefacientes para consumo personal, cuando se superaba en mínimas cantidades el tope legal establecido para dosis personal, para dar una respuesta desde la perspectiva de la antijuridicidad material (CSJ SP 8 jul. 2009, rad. 31.531).

En esa línea de pensamiento, a la luz del art. 11 del C.P., la necesidad de punición decae, por ausencia de lesividad, cuando la conducta resulta inidónea para afectar la salud pública, en tanto bien jurídico colectivo. Si el comportamiento no trasciende la órbita personal del sujeto activo, habrá de estimarse carente de dañosidad social y, por consiguiente, no puede predicarse su antijuridicidad.

Sin embargo, a la luz del art. 49 inc. 6º y 7º de la Constitución -modificado por el Acto Legislativo N° 02 de 2009-, desde la óptica del tipo de injusto, se produjo una evolución jurisprudencial en la comprensión del asunto. Hoy en día, lo trascendental para justificar la punición del porte de estupefacientes es su destinación, más allá de criterios cuantitativos que inicialmente hicieron parte de la definición del concepto de dosis personal. Así, independiente de la cantidad (art. 2º de la Ley 30 de 1986), si el propósito específico del sujeto activo es el de portar o tener drogas para su propio consumo, su comportamiento deviene atípico, máxime si se trata de una persona en estado de adicción. Empero, si la intención concreta va más allá de la

⁵ Sentencia 42617 del 12 de noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

órbita personal del consumidor -al margen de que sea adicto o no-, y el porte va unido a la intención de comercializar, traficar, suministrar o distribuir los narcóticos, el comportamiento se torna punible por interferir en derechos individuales y colectivos que conforman el bien jurídico supraindividual salud pública.

Parecería paradójico que, en sede de tipicidad, tuviera lugar un análisis atinente al menoscabo del bien jurídico, por ser aquél un examen que, en línea de principio, es característico de la antijuridicidad. Empero, cimentándose el injusto típico en el desvalor de resultado y, por ende, en el principio de lesividad, para nada contradictorio se ofrece que la afectación del interés jurídico protegido por la norma funcione como un criterio de interpretación anticipado en el proceso de adecuación típica, máxime que, en la temática concernida, el propósito del porte de tales sustancias es determinante para valorar la relevancia penal de esa conducta.

Tal constelación es una muestra de que el proceso de adecuación típica comporta una doble valoración: el juicio de correspondencia comparativa (homogeneidad) entre la conducta y el tipo, más un juicio adicional de verificación sobre la idoneidad de esa conducta típica para afectar el bien jurídico tutelado por la norma⁶.

Hay circunstancias de atribución al tipo que, de entrada, hacen decaer la afirmación de la punibilidad, como la insignificancia de la conducta o su adecuación social. Si un comportamiento es socialmente adecuado, sin más, ha de entenderse atípico⁷. Por ejemplo, si el consumo de estupefacientes no puede ser sancionado, por ser manifestación de la libertad general de acción, el porte de drogas destinado para el propio consumo mal podría estimarse tipificado en la ley penal.

En esa dirección, la Sala expresó (CSJ SP3605-2017, rad. 43.725):

Y tras destacar que con anterioridad la Corporación, cuando se superaba la cantidad establecida como de uso personal, había resuelto los asuntos en sede de antijuridicidad en relación con el daño potencial o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos como la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social (CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 33409; CSJ SP, 12 nov. 2014, rad. 42617, entre otros), se puntualizó que *ahora tales eventos han de ser desarrollados dogmáticamente en los terrenos de la tipicidad, porque con la modificación hecha a través del Acto Legislativo 02 de 2009, el ánimo de ingesta de las sustancias se constituye en ingrediente subjetivo o finalidad del tipo, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible*

⁶ FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. Montevideo: B de f, 2004, p. 160.

⁷ Cfr. *ibídem*, pp. 162-170.

exclusivamente con ese propósito de consumo ha de considerarse como una conducta atípica.

Así, se concluyó que:

...En otras palabras, como el querer del constituyente fue no penalizar la dosis personal, desde allí se autoriza o permite el porte de droga destinada para el consumo.

Si la cantidad de dosis personal puede constituir ilícito cuando no está destinada para el uso personal, mutatis mutandi, cuando es palpable esa finalidad no debe entenderse comprendida dentro de la descripción del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes sin que dependa de la cantidad de la droga que les sea hallada.

[...]

Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.

En la misma línea, la Corte ha clarificado que incluso tratándose de consumidores o adictos siempre se debe analizar si la finalidad de la posesión o tenencia del alcaloide era para su consumo personal, porque puede suceder que la cantidad supere exageradamente la requerida por el consumidor, o la intención sea sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal, casos en los cuales la conducta del consumidor, concurrente con esas otras finalidades, lo convierte en un infractor penal.

En posterior decisión, luego de repasar históricamente el recorrido jurisprudencial en el tratamiento del tema tanto en la jurisprudencia constitucional como especializada, la Sala concretó la evolución dogmática del asunto, para determinar que el referente más adecuado para analizar la problemática penal del consumo personal de drogas y del porte destinado a ese simple propósito, es el de la tipicidad objetiva, en la identificación de un ingrediente subjetivo del tipo. A ese respecto, se lee en la CSJ SP9916-2017, rad. 44.997:

En este sentido, cobra importancia la orientación que frente al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ha dado la Sala en las sentencias CSJ SP-2940 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131 6 abr. 2016, rad. 43512 y CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725, en el sentido de considerar el ánimo -de consumo propio o de distribución- del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición.

Con ello, la Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como *elementos subjetivos distintos del dolo*, *elementos subjetivos del tipo* o *elementos subjetivos del injusto*⁸, que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.

[...]

En todo caso, la función de esos ingredientes subjetivos, distintos al dolo, es la de definir el riesgo jurídicamente relevante, esto es, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva.

De esa manera, en relación con el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector *llevar consigo* remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o telos de la norma.

Ahora bien, ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo personal, puede ser demostrado a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal. Por eso, si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empaqueo o distribución; existencia

⁸ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 517; GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 171; EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 135.

de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador.

Y ese dolo específico, valga destacar, ha de ser acreditado por la Fiscalía, como quiera que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible".

Como se puede apreciar, se trata de una nueva perspectiva jurisprudencial que involucra en la discusión el tema de la finalidad con la cual es portada la sustancia estupefaciente por parte de la persona que es sorprendida en posesión de la misma, la que debe examinarse en sede de tipicidad como ingrediente subjetivo, de tal suerte que, si ese propósito apunta al consumo, sin importar la cantidad, estaremos frente a una conducta atípica. Claro está que no estaríamos hablando de cantidades desproporcionadas y exageradas que superen, racionalmente, las necesidades de consumo de la persona adicta.

Y en el anterior recuento jurisprudencial el Alto Tribunal de Cierre de la Justicia Ordinaria fue más allá en el precedente analizado, en cuanto a la presunción legal que contiene el artículo 376 del Código Penal, modificado por el 11 de la Ley 1453 de 2011, al asignarle a la Fiscalía la carga de la prueba en punto de la demostración de la finalidad del porte de la sustancia, diferente al propio consumo de quien la porta, conserva o lleva consigo.

De lo anterior infiere la Sala que las circunstancias modales, así como la cantidad de estupefaciente materia de incautación debe examinarse en cada caso concreto, sin sujeción a las

cantidades señaladas por la Ley 30 de 1986, siendo carga de la Fiscalía probar que lo incautado no es para el consumo de quien lo lleva consigo, es decir, que tiene una finalidad diferente.

Es así como la entidad tribunalicia, luego de hacer las precisiones que anteceden sobre la normatividad y el actual criterio jurisprudencial sobre el porte de estupefacientes, entrará a estudiar la solicitud de preclusión elevada por el representante de la Fiscalía bajo la causal y 6ª del artículo 332 del código de procedimiento penal - imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-, al argumentar que no existen elementos para demostrar que el procesado no es consumidor de la sustancia que le fue incautada, además que la investigación no cuenta con elementos materiales de prueba como quiera que las órdenes a policía judicial no han sido tramitadas, a pesar de ser solicitadas y reiteradas mediante ordenes de trabajo desde el año 2020.

Pues bien, de acuerdo con las normas y apartes de la providencia citada en precedencia, que contiene a su vez fragmentos de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en los que deja claro que para que se configure la conducta descrita en el artículo 376 del Código de Procedimiento Penal, es necesario que se halle probada la intención de venta o distribución por parte del imputado al momento de conservar las sustancias alucinógenas, motivo por el cual, no puede la Sala compartir el criterio que esbozó la a-quo, en la providencia objeto de apelación.

Lo anterior por cuanto, tal y como lo afirmó y demostró la Fiscalía, no obstante una persona que no fue identificada indicó a la policía que el indiciado J.J.H.F, estaba expendiendo alucinógenos al interior del inmueble ubicado en la carrera 50 N° 51 – 16 zona céntrica del municipio de Gómez Plata – Antioquia, por lo que al realizar diligencia de allanamiento y registro, fueron capturados el ahora procesado en compañía de su novia, encontrándose sustancia alucinógena en la parte trasera de la mencionada propiedad – sobre el techo del solar de la vivienda - dentro de una media de color gris con rayas rojas una bolsa plástica con cierre hermético contentiva de un vegetal 4 envolturas cilíndricas en papel aluminio con un vegetal con un color y olor característico derivados de la marihuana, 3 bolsas plásticas con sustancia pulverulenta de color blanco y 4 bolsas plásticas con cierre hermético con una sustancia de color beige, que arrojaron como peso neto 6 gramos de cocaína y 10 gramos de marihuana o cannabis, esta última que no sobrepasa la dosis personal autorizada por el legislador.

Esa sola circunstancia en manera alguna permite inferir que en efecto el aprehendido vendía o comercializaba alucinógenos, mírese que aparte del dicho del sujeto anónimo referido en el informe de policía, ningún otro elemento material permitió corroborar que el adolescente en la citada oportunidad se encontraba dedicado a la venta o distribución, tampoco la persona que lo señaló en la denuncia de fuente no formal ni ninguna otra, dijo estarle comprando el alcaloide.

Ahora, si bien se cuenta con entrevista FPJ-14 recepcionada a Liliana del Carmen Salazar, de fecha 18 de marzo de 2018, en la que manifiesta: *“Yeico se aprovecha de la influencia que tiene sobre Laura y la ha obligado a que venda vicio (estupefacientes)...y luego en el patio encontró una media que era de Yeico y que tenía un vicio (estupefacientes) y que ahí fue que Yeico al ver a Laura llorando por temor de que le encontraron esa droga, les admitió a la policía que eso si era de él, que la había escondido para que no la encontraran. Ahí mismo los policiales buscaron en el cuarto de Laura la otra media que es par de la que tenía el vicio y la encontraron”*, ese insular elemento material probatorio no es en sí misma concluyente de que el encausado se dedicara a la comercialización del alcaloide incautado, como quiera que ni siquiera se indica que el indiciado vendiera alucinógenos, sino que obligaba a alguien a hacerlo, afirmación que tampoco cuenta con respaldo alguno.

El deber de estructurar el interés de la venta careció de fundamento a lo largo de su petición, lo cual se evidencia de su discurso, así como de la nula prueba arimada al plenario. En efecto, de continuarse el trámite ante el Juez de Conocimiento se anuncia desde ya ese vacío, pues omite toda referencia fáctica destinada a ilustrar que el indiciado, aprehendido en posesión de la sustancia ilícita en cantidad superior a la dosis mínima, realizaba o parecía, al menos, que realizaba con las papeletas de droga incautadas al interior de la vivienda dentro de una media, actividades propias de la comercialización o distribución, onerosa o gratuita del producto.

En este punto, cabe reiterar lo ya decantado por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, en cuanto a que la carga demostrativa de una finalidad distinta a la del consumo personal –distribución, comercialización o tráfico–, radica exclusivamente en cabeza de la fiscalía «pues el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y que es penalmente responsable»⁹

Ahora bien, reprocha el juez de primera instancia el que la Fiscalía no hubiere adelantado las labores investigativas tendientes a probar su teoría del caso, o que a sabiendas que existe una declaración que indica que aquel se dedica a la venta de alucinógenos, nada hizo para conseguir el resultado de tales investigaciones – posición con la que concuerda esta Magistratura - pero es que adentrándonos en la praxis del asunto, y por virtud del principio de la economía procesal, fácil resultaría concluir que de llegarse hasta la etapa del juicio oral y presentar la Fiscalía las pruebas que para el caso serían las declaraciones de los gendarmes como únicos testigos de cargos, nada distinto a la corroboración del contenido del informe se podría obtener, como tampoco sería de mucha utilidad saber el resultado de las demás investigaciones - mismas que a la fecha no se han dado por parte de la policía judicial - si en cuenta se tiene que, incumbe en la vista pública probar el hecho concreto por el que el ciudadano determinado (para el caso el joven J.J.H.F) está siendo acusado, no así, deducir per se que si ha cometido otras infracciones o existen indicios de la

⁹ Cfr. *Ídem*.

labor de comercialización de alucinógenos, esas solas circunstancia deba llevar al traste con el principio de presunción de inocencia establecido a nivel Constitucional y legal.

Al respecto, ha enseñado el Tribunal de Cierre de la Justicia ordinaria:

Por disposición constitucional¹⁰, a la Fiscalía General de la Nación le corresponde la investigación de los hechos que revistan características de un delito y recaer, además, en esa institución, la carga de la prueba, por lo que en cada caso debe demostrar la existencia de la conducta ilícita y la responsabilidad del procesado¹¹. El ordenamiento establece, en forma adicional (art. 381 C.P.P.) que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en juicio, de modo que si sobre alguno de esos extremos o ambos, no se llega al nivel de conocimiento aludido, la opción jurídica que se impone es la absolución, independientemente del injusto de que se trate incluso el analizado en este caso, pues, se insiste, al Estado le corresponde demostrar toda la estructura de la conducta punible, la intervención del acusado en esa delincuencia y responsabilidad que se deriva de su conducta.

De esa manera, si no acredita el tipo objetivo, el tipo subjetivo de la infracción o el ingrediente subjetivo tácito que permite diferenciar la conducta de quien lleva consigo sustancias psicoactivas para traficar, distribuir o comercializar, de la de quien simplemente la requiere para su propio consumo sin afectar la salud de otros, se impone la absolución del acusado por la razón que logre establecerse: eventualmente el acusado no ejecutó la conducta, existe duda sobre su ocurrencia, medió una eximente de responsabilidad, etc.

Pero si lo que se tiene debidamente demostrado es que el implicado o acusado es adicto, consumidor ocasional o circunstancial, y la sustancia que lleve consigo es para su propio consumo, lo que procede es declarar la atipicidad de la conducta, pues, según enfatiza la jurisprudencia de la Corte: *«El consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la*

¹⁰ Artículo 250 Constitución Política

¹¹ Artículo 7° Ley 906 de 2004

cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador»¹².

Y aunque no puede obviarse que es el mismo representante del ente acusador quien pretende desistir de su pretensión punitiva al aducir que no tiene ningún indicio de que dicho estupefaciente iba a ser distribuido a cualquier título, también resulta importante destacar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación N° 44997 de 2017, citada precisamente por el recurrente.

“De esa manera, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector llevar consigo remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o telos de la norma.

Ahora bien, ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo personal, puede ser demostrado a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal. Por eso, si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empaçado o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador.”

Por último, importa reiterar que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar

¹² Tesis reiterada, por ejemplo, en CSJ SP4532 Oct 6 de 2021 Rad. 51359

toda la estructura de la conducta punible.” (Negrillas fuera del texto original)

Lo anterior, lleva al Juez Colegiado a colegir que, en efecto, la Fiscalía, en este caso en particular, no estaría en la posibilidad de demostrar la finalidad de tráfico en cabeza del joven J.J.H.F. de quien se deduce tenía la sustancia estupefaciente para su consumo. Por tanto, inocuo resultaría obligarla a agotar un juicio oral, en el que su pretensión punitiva está llamada a no prosperar, máxime cuando la causa penal que se analiza, prescribe el 18 de marzo de la anualidad que avanza.

De otro lado, y como quiera que la Juez de instancia en su discurso, permite entrever que la solicitud de la fiscalía hubiera prosperado, si hubiese alegado la causal relativa a “la atipicidad de la conducta”, pero como no fue esa el sustento de su solicitud, se le debía rechazar.

Con todo, ha sido profusa la jurisprudencia al señalar que por regla general el juez debe analizar la causal y la demostración efectuada por parte de la Fiscalía General de la Nación, pues al realizar un juicio valorativo por una causal no alegada se generaría una vulneración al debido proceso.

Sin embargo, dicha Alta Corporación también ha precisado que en aquellos eventos en los cuales se reconozca la preclusión de la investigación penal, puede el fallador adentrarse en un estudio de una causal diferente, siempre y cuando se sirva de los mismos elementos de prueba y redunden en beneficios de cara a la economía procesal.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, señaló en providencia AP6930 de 2016, lo siguiente:

“De manera que, por regla general, el juez no debe adoptar decisión alguna en relación con causales no alegadas, so pena de vulnerar el debido proceso establecido en la Ley 906 de 2004 para ese instituto jurídico. En este sentido, si la causal alegada se encuentra probada, el juez debe disponer la preclusión, aun cuando considere que la terminación del proceso también procede por motivo diferente. Por el contrario, si la decisión consiste en negar la existencia de la causal propuesta ‘no pueden los jueces entrar a hacer juicios de valor sobre otras causales que no le han sido puestas de presente, porque en tal caso se estaría desbordando la actividad judicial al entrar a resolver cuestiones que no le han sido planteadas y tampoco debatidas». (CSJ AP 8 feb. 2008. Radicado 28908; CSJ AP. 15 jul. 2009. Radicado 31780; CSJ AP 18 may.2011 Radicado 35826).

Por excepción, cuando los elementos de conocimiento base de la solicitud permiten establecer la procedencia de la preclusión por algún motivo diferente al invocado, por economía procesal debe decretarse, siempre que “sus componentes estructurales (...) así lo determinen”.¹³ ”

Lo anterior, sin que ello signifique inmiscuirse en el rol de la Fiscalía atendiendo hipótesis en las que, como en el que ocupa la atención de la Corporación, se brinden por parte de sus Delegados elementos de juicio encaminados a la demostración de tal circunstancia, o sea, de que opera la preclusión, tal como lo reconoció la misma funcionaria de primera instancia.

Con esta precisión, sin necesidad de realizar mayores elucubraciones sobre el particular y bajo el escenario descrito, en criterio de esta Sala debe revocarse la decisión adoptada por la juez de primera instancia de precluir la investigación penal en este caso.

¹³ CSJ AP, 6 de diciembre de 2012, Rad. 37370 y AP, 19 de agosto de 2015, Rad. 45891.

Finalmente, dada la cronología en que se tramitó la presente investigación, se ordena compulsar copias de la actuación, a fin de que se investigue las posibles faltas disciplinarias y penales en que pudieron incurrir:

- Ante la Comisión Nacional de Disciplina Judicial al Fiscal 068 Local del Municipio de Cisneros, en orden a sea esa autoridad la que determiné la responsabilidad disciplinaria en que habría podido incurrir el delegado del ente acusador, de cara a los deberes que debe observar en el desempeño de su labor profesional, circunstancias mismas que finalmente condujeron a la preclusión de la acción penal.
- Con destino a la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación, para que en el ámbito de sus competencias evalúe si el Patrullero Hernán David Jaramillo Jaramillo – Coordinador de Policía de Infancia y Adolescencia del municipio de Cisneros, incurrió en alguna conducta que se deba investigar disciplinaria y penalmente con ocasión de no tramitar las ordenes de trabajo solicitadas por el Fiscal 068 local del municipio de Cisneros.
- Con destino a la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación, para que en el ámbito de sus competencias evalúe si el Jefe de la Seccional de Protección y Servicios Especiales de la DEANT durante los años 2021 y 2022 incurrió en alguna conducta que se deba investigar disciplinaria y penalmente con ocasión de no tramitarse las ordenes de trabajo solicitadas por el Fiscal 068 local del municipio de Cisneros.

Sin necesidad de más consideraciones, con fundamento en los argumentos expuestos, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA ESPECIAL DE DECISIONES DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

7. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión de origen y fecha indicados por medio de la cual la Juez Promiscuo de Familia del municipio de Cisneros negó la pretensión, en su lugar se accede a la petición de preclusión realizada por la Fiscalía en favor de J.J.H.F, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Expedir las copias a que se hizo mención en las motivaciones de esta decisión, con destino a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, La Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación.

TERCERO: Regresen, por tanto, los diligenciamientos al juzgado de origen para su archivo. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

COPÍESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA SALA PENAL**

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

**WILMAR JOSE FUENTES CEPEDA
MAGISTRADO SALA CIVIL - FAMILIA**

Firmado Por:

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

**Wilmar Jose Fuentes Cepeda
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Antioquia**

**Dario Ignacio Estrada Sanin
Magistrado
Sala 01 Civil Familia
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: **34ca247fbb0b58bc1f576b37747b70120d8990c2e1328e1257bd58f71b7eae5**

Documento generado en 14/02/2023 04:00:55 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Radicado 05579 31 04 001 2022 00220 (2023-0039-3)
Accionante Fredy Aldemar Holguín Bran
Accionado Caja Promotora de Vivienda
Militar y de Policía CAJA
HONOR
Asunto Impugnación fallo de tutela
Decisión Confirma
Acta y fecha: N° 041 febrero 13 de 2023

Medellín, febrero trece (13) de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el accionante FREDY ALDEMAR HOLGUÍN BRAN, contra el fallo de tutela proferido el 07 de diciembre de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio, Antioquia, por cuyo medio negó el amparo constitucional solicitado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN¹

FREDY ALDEMAR HOLGUÍB BRAN, en calidad de exintegrante de las Fuerzas Militares de Colombia, en el grado de SLP, interpone acción de tutela en contra de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, Caja Honor, y el Fondo de Solidaridad, para que se le protejan sus derechos fundamentales a la vida y vivienda digna e igualdad, luego de considerar que le están siendo vulnerados, por los hechos que se describen a continuación:

¹ PDF N° 01 del expediente digital

Que perteneció a la Fuerzas Militares de Colombia como SLP hasta el 30 de septiembre de 2009, cuando por cuenta de graves heridas causadas en un combate, perdió su capacidad laboral en un 100%.

Que el 9 de febrero de 2011 fue beneficiado con la entrega de un inmueble ubicado en el municipio de Palmira Valle del Cauca, proyecto de interés social denominado Urbanización Bicentenario, ubicado en el Corregimiento de Zamorano, barrio Villas del Caimito, con dirección calle 58 No. 42-19 con matrícula inmobiliaria No. 378-95074.

Que el 20 de octubre de 2013 fue amenazado de muerte por grupos delincuenciales al margen de la ley con presencia en ese sector, motivo por el cual se vio obligado a abandonar dicho inmueble junto con su familia. Hechos por los que, mediante resolución 2014-717438 del 14 de diciembre de 2014, le fue reconocida la calidad de desplazado e incluido en tal condición en el Registro único de Víctimas, en adelante, RUV. CAJAHONOR, desde el 13 de diciembre de 2013, tuvo conocimiento del desplazamiento del que fue víctima.

Que, el 3 de octubre de 2022, mediante derecho de petición, nuevamente solicitó a CAJAHONOR la adjudicación de otra vivienda, el cual fue resuelto desfavorablemente por medio de resolución del 10 de octubre de 2022.

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

La jefe de la Oficina Jurídica de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, en adelante Caja Honor, expresó que los hechos expuestos por el actor eran ciertos. En cuanto los problemas de inseguridad de los Militares y Policías beneficiados con el Proyecto de vivienda Bicentenario de la ciudad de Palmira Valle del Cauca, cierto es que se presentaron y por esa razón Caja Honor actuó en el marco de sus competencias y puso en conocimiento de las autoridades esa situación, para ello describió y soportó cada una de las actuaciones llevadas a cabo mediante oficios -relacionando más de 25 de los años 2015, 2016, 2017 y 2018- dirigidos a diferentes entidades y autoridades, entre ellas de policía, departamentales y municipales.

En referencia a la solicitud de entrega de una nueva solución de vivienda por parte de Caja Honor, informa que, de acuerdo con el parágrafo 1° del artículo 14 de la Ley 973 de 2005, el subsidio de vivienda que otorga el Estado a través de Caja Honor se entrega por una sola vez, pues lo mismo se encuentra reglamentado en el artículo 29 del Acuerdo 2 de 2020. En consecuencia de ello, asegura, Caja Honor no está facultado para reconocer por segunda vez una solución de vivienda a favor del señor FREDY ALDEMAR HOLGUÍN BRAN, especialmente, señala, cuando no se han presentado motivos suficientes por los cuales esta entidad tenga que realizar una entrega de otro bien inmueble.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA²

A través de proveído del 7 de diciembre de 2022 el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio, Antioquia, negó el amparo deprecado por FREDY ALDEMAR HOLGUÍN BRAN, tras considerar que no superó el requisito de inmediatez que se predicaba para la procedencia de la acción de tutela, toda vez que desde la fecha en que fue despojado de su vivienda y la fecha en la que recurrió a la acción de tutela, habían transcurrido más de nueve (9) años, sin que hubiese actuado en procura de sus intereses.

Igualmente expuso que los presupuestos jurisprudenciales y normativos propuestos por el actor eran de carácter *interpartes* y que en el presente caso no eran aplicables.

Concluyendo entonces que al no superarse el principio de inmediatez y al existir medios judiciales para atacar el acto administrativo por medio del cual se le negó la asignación de una nueva vivienda, se despachaba de manera desfavorable la tutela interpuesta por el señor FREDY ALDEMAR HOLGUÍN BRAN.

² PDF N° 010 del expediente digital

DE LA APELACIÓN³

Inconforme con la anterior decisión, el demandante presentó escrito de impugnación indicando que la entidad accionada había hecho incurrir en error al Juez de primera instancia al indicar que efectivamente se había hecho un estudio de seguridad en el proyecto Bicentenario previo a la adjudicación de los bienes y que el mismo había sido adecuado.

Segundo resaltó que el inmueble del cual cuenta con el 50% es compartido y no cuenta con la accesibilidad que requiere por su discapacidad y finalmente indicó que la inmediatez no podría ser objeto de discusión, ya que el desplazamiento era un fenómeno que perduraba en el tiempo.

CONSIDERACIONES

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991⁴, 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.

De conformidad con lo anotado en precedencia, le corresponde a esta Sala determinar si la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía Caja Honor, vulneró el derecho fundamental a la vivienda digna o adecuada del accionante teniendo en cuenta que han pasado más de nueve (9) años desde el día en que fue desplazado de la vivienda otorgada por la entidad ya mencionada y la fecha de

³ PDF N° 014 del expediente digital

⁴ 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

interposición de la tutela con la cual busca la asignación de un nuevo lugar de vivienda.

Con miras a resolver el problema jurídico del caso *sub examine* se traerá a colación la jurisprudencia constitucional en torno al principio de inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela para luego abordar el caso concreto.

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, el principio de inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que su interposición debe ser oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados, de allí que la petición ha de ser presentada en un tiempo cercano a la ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos ya que si se limitara la presentación de la demanda de amparo constitucional, se afectaría el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción de tutela, y se desvirtuaría su fin de protección actual, inmediata y efectiva de tales derechos.

Por consiguiente, la Sala debe verificar el tiempo transcurrido entre la afectación o amenaza del derecho fundamental reclamado y la fecha de presentación de la demanda.

Al respecto debe indicarse que contrario a lo argüido por el A Quo, encuentra la Sala que a la fecha continúan incólumes los motivos por los cuales el accionante no ha podido regresar a la Urbanización Bicentenario ubicada en el corregimiento de Zamorano, Palmira Valle del Cauca, vivienda que fue otorgada por la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, Caja Honor, de allí que los motivos por los cuales presume el accionante se le vulnera su derecho fundamental a una vivienda digna o adecuada continúen vigentes.

Desvirtuada la causal motivo por el cual el A quo negó la acción de tutela al señor FREDY ALDEMAR HOLGUÍN BRAN le corresponde a esta Sala abordar la demanda de fondo y determinar si en efecto al prenombrado se le ha vulnerado su derecho fundamental a una vivienda digna o adecuada por parte de Caja Honor.

Sobre el problema jurídico a abordar la Corte Constitucional se ha pronunciado y ha decantado los aspectos para tener en cuenta con relación al subsidio familiar de vivienda que se otorga por la Caja Honor.

Entre ellos se resalta lo dispuesto en el decreto 975 de 2004 en el cual se dispone que *“El Subsidio familiar de vivienda de que trata este decreto es un aporte estatal en dinero, que se otorga por una sola vez al beneficiario, sin cargo de restitución por parte de éste, que constituye un complemento de su ahorro, para facilitarle la adquisición, construcción o mejoramiento, de una solución de vivienda de interés social.”*

Ahora, los afiliados forzosos a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía son: *“los oficiales, suboficiales, soldados profesionales de las Fuerzas Militares y el personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares.”* Así, Resulta claro que existe un grupo poblacional de obligatoria afiliación entre los cuales se encuentran los soldados Profesionales como lo es el hoy accionante, adicionalmente se vislumbra la condición y propósito del subsidio de vivienda familiar que otorga Caja Honor.

Entendido lo relativo a la vinculación y propósito de Caja Honor, debe continuar la Sala con el análisis del derecho a la vivienda digna y adecuada y su vínculo con la seguridad personal.

Sea lo primero indicar que el derecho a la vivienda digna y adecuada ha alcanzado la máxima categorización siendo reconocido como un derecho

fundamental, al respecto la Corte Constitucional ha indicado “(...) se comenzó a proteger los mal llamados derechos de segunda generación en los eventos en que su desconocimiento significaba una vulneración de un derecho fundamental, verbigracia la vida, el debido proceso o la integridad física. Este criterio de conexidad se aplicó al derecho a la vivienda, de modo que éste era exigible siempre que su conculcación colocara en peligro una garantía fundamenta.

Sin embargo, en el trabajo diario de resolución de casos, esta Corporación advirtió que el criterio de conexidad resultaba insuficiente para salvaguardar el derecho a la vivienda en casos de inequidad y desigualdad en los que no se hallaba afectados un derecho fundamental, empero se requería la acción del Estado para que la primera garantía se hiciera realidad, por ejemplo en la omisión o retardo del desembolso de los subsidios de arrendamiento. Bajo esta óptica de la transmutación, el derecho a la vivienda digna se tornaba en fundamental, siempre que se concretaba por medio de implementación de medidas legislativas y administrativas

(...) Por último y a partir de la Sentencia T-595 de 2008, la Corte concluyó que el derecho a la vivienda ostentaba la calidad de fundamental de manera autónoma, dado que su nexo con la dignidad humana es evidente, al punto que no se requiere un ejercicio de argumentación fuerte para demostrar su fundamentalidad y su importancia en ámbitos de la vida cotidiana, que permite una subsistencia digna.”⁵

También es importante resaltar que la Corte señaló unos requisitos que se deben acreditar para poder atender el derecho a la vivienda digna como un derecho fundamental y ellos son i) se vincule funcionalmente a la dignidad humana, ii) se concrete en un derecho subjetivo y iii) que exista un consenso dogmático, jurisprudencial o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad.

⁵ Sentencia T 726 de 2017

Y no siendo ello suficiente la Corte ha decantado que la tutela es el medio idóneo de protección para el derecho ya mencionado, cuando, entre otros escenarios se presente una vulneración injustificada en la que terceros impidan o perturban el goce del derecho a la vivienda.

Aunado a ello se debe indicar que la vivienda digna y adecuada hace de suyo que cumpla con unos estándares los cuales corresponden a i) la seguridad jurídica de tenencia ii) disponibilidad, iii) gastos soportables iv) habitabilidad v) asequibilidad, vi) lugar y vii) adecuación cultural.

Y aunque se deban reunir todas las categorías antes mencionadas para poder hablarse de una vivienda adecuada, la habitabilidad reviste de gran importancia, pues de ella se desprende no solo que la vivienda deba ser habitable y proporcione a los habitantes resguardo, sino que también deba garantizar la seguridad física de los ocupantes.

El significado de la seguridad física no solo hace referencia a la adecuada estructura de la vivienda, ya que la jurisprudencia ha ampliado su significado al considerarse también un pilar que atiende o protege a las personas cuando están expuestas a riesgos sobre los cuales no tienen el deber jurídico de tolerar y que por el contrario recae en las autoridades estatales el deber de protección a la ciudadanía, pero tales riesgos no son los que se devienen de la cotidiana convivencia sino que son peligros extraordinarios que afectan la convivencia pacífica de los ciudadanos y ponen en un riesgo latente la humanidad de los habitantes.

Se evidencia entonces que los derechos a la vivienda y a la seguridad personal tienen especial protección cuando existen eventos violentos o de riesgo que impiden a las personas gozar de su lugar de habitación de manera pacífica y

además cuando no tienen el deber jurídico de tolerarlos o que resulten inaceptables.

En conclusión, cuando se presentan factores externos que impiden el adecuado desarrollo y disfrute del derecho a la vivienda digna y adecuada, debe intervenir el Estado en procura de revertir las situaciones de riesgo para asegurar al asociado un pleno disfrute de sus derechos.

Sobre el derecho a la igualdad, el artículo 13 de la Constitución Nacional les impone a las autoridades la obligación de aplicar un enfoque diferencial, el cual consiste en evaluar las condiciones de vulnerabilidad de las personas para conferir una protección y reducir la desigualdad. En este caso esta forma de análisis exigía a Caja Honor tener en cuenta las particularidades de FREDY ALDEMAR HOLGUÍN BRAN al momento de negarle una solución habitacional como exmiembro de la fuerza pública.

Entonces, al momento de interpretar y aplicar la norma que establece la prohibición de reconocer más de un subsidio de vivienda debe realizarse conforme con la Constitución con enfoque diferencial, ello con fundamento en el principio de igualdad, ya sea por su eficacia normativa o capacidad de remediar una vulneración del mismo. Una decisión en ese sentido dijo la Corte Constitucional en un caso similar: *“hubiese beneficiado a personas que se hallan en las siguientes situaciones; i) no pueden gozar de la vivienda por la indefensión en que se encuentran ante la intimidación de las bandas criminales; ii) pertenecen al nivel salarial más bajo del ejército nacional; y iii) son víctimas-actores del conflicto armado.”*⁶

Entonces, si bien es cierto que el señor FREDY ALDEMAR HOLGUÍN BRAN recibió el subsidio de vivienda a cambio de la prestación de sus servicios al Estado, también lo es que esa solución habitacional suministrada no cumplió con su función

⁶ Sentencia T-727 de 2017.

porque se encontraba defectuosa debido a la inseguridad existente o sobreviniente del lugar donde se construyó; no debe olvidarse que las cesantías del actor fueron utilizadas para suplir el precio de los inmuebles; por lo tanto, la administración estaba obligada a garantizar ese pago y de corregir sus defectos, puesto que hace parte del régimen salarial y prestacional de las Fuerzas Militares; a lo que también se suma la pérdida de capacidad laboral ocasionada mientras se desempeñaba como soldado.

Así, queda demostrado que FREDY ALDEMAR HOLGUÍN BRAN ha soportado peligros que rebasaron los niveles soportables de sacrificio implícito en la vida en sociedad ya que actores armados lo desplazaron de su lugar de residencia en el año 2013, situación ampliamente conocida por Caja Honor.

Aunado a ello también se logró establecer que el señor FREDY ALDEMAR HOLGUÍN BRAN, merece una especial protección al ser una persona en situación de discapacidad, y aunque se indicó por la parte accionada que el precitado contaba con una vivienda de la cual es propietario un 50% la misma conforme a lo argüido por el accionante no atiende los requisitos especiales de accesibilidad para su discapacidad, de allí que efectivamente se deba proteger de manera especial al soldado profesional retirado.

De lo anterior se puede concluir que FREDY ALDEMAR HOLGUÍN BRAN se le ha vulnerado su derecho a la vivienda digna y adecuada, toda vez que la entregada por Caja Honor en la urbanización Bicentenario no cumplió con los presupuestos de habitabilidad y aunque haya pasado 9 años desde el desplazamiento la situación de inseguridad no ha permitido a los beneficiados con tales viviendas retornar a sus hogares.

Es por lo que a la Promotora de Vivienda Militar y de Policía, Caja Honor, le corresponde otorgar al señor FREDY ALDEMAR HOLGUÍN BRAN otra solución habitacional en procura de sus derechos fundamentales.

Así las cosas, se revoca la decisión de primer grado en la cual se declaró improcedente el amparo constitucional deprecado por el principio de inmediatez.

Y se ordena a Caja Honor en un término no superior a tres (3) meses, contado a partir de la notificación del presente fallo, reciba del tutelante, mediante la entrega material y la suscripción de documento que observe las formalidades de ley para la eficacia de la transferencia, todos los derechos relacionados con el primer bien inmueble que entregó al accionante en la Urbanización Bicentenario del Municipio de Palmira, Valle del Cauca.

Así mismo deberá entregar, en un plazo de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de esta providencia, consistente en un auxilio de vivienda a FREDY ALDEMAR HOLGUÍN BRAN, solución habitacional suministrada dentro de los proyectos que desarrolla Caja Honor, la cual debe adecuarse a sus condiciones especiales de seguridad y discapacidad para que le permita el efectivo disfrute del derecho a una vivienda digna y adecuada, sin que se oponga la prohibición de doble suministro de subsidio de vivienda. Dicha orden salvaguardará las garantías afectadas del ciudadano y materializará el pago de una prestación social derivada del trabajo.

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: REVOCAR la decisión proferida el 07 de diciembre de 2022 por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio, Antioquia.

SEGUNDO: AMPARAR el derecho fundamental a la vivienda digna y adecuada del señor FREDY ALDEMAR HOLGUÍN BRAN, **ORDENANDOSE** a Caja Honor que en un término no superior a tres (3) meses, contados a partir de la notificación del presente fallo, reciba del tutelante, mediante la entrega material y la suscripción de documento que observe las formalidades de ley para la eficacia de la transferencia, todos los derechos relacionados con el primer bien inmueble que entregó al accionante en la Urbanización Bicentenario del Municipio de Palmira, Valle del Cauca.

TERCERO: ORDENAR que un plazo de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de esta providencia, consistente en un auxilio de vivienda a FREDY ALDEMAR HOLGUÍN BRAN, solución habitacional suministrada dentro de los proyectos que desarrolla Caja Honor, la cual debe adecuarse a sus condiciones especiales de seguridad y discapacidad

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

QUINTO: REMITIR la actuación a Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

(firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada Ponente

(firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECO
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: **b53ca04f375001c256d2220e45080553ea41546b9eef2f7176ed0303703b83f2**

Documento generado en 14/02/2023 10:18:13 AM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Magistrada ponente: **María Stella Jara Gutiérrez**

CUI: 05045 31 04 002 2022 00470 (2023-0047-3)
Accionante: RAFAEL ENRIQUE NEGRETE NÚÑEZ
Accionado: ARL Positiva
AFP Colpensiones
Nueva EPS
Asunto Impugnación Fallo Tutela
Decisión: Confirma
Acta y fecha: N° 042 febrero 13 de 2023

Medellín, febrero trece (13) de dos mil veintitrés (2023)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionada AFP Colpensiones contra el fallo emitido el 14 de diciembre de 2022, mediante el cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartado - Antioquia reconoció el amparo constitucional solicitado por el señor RAFAEL ENRIQUE NEGRETE NÚÑEZ.

DE LA SOLICITUD DE TUTELA

Manifestó el accionante que¹ el 8 de febrero de 2019 sufrió un accidente de trabajo siendo diagnosticado así: "S836 ESGUINCES Y TORCEDURAS DE OTRAS PARTES Y LAS NO ESPECIFICADAS DE LA RODILLA-S832 DESGARRO DE MENISCOS, PRESENTE-S835 ESGUINCES Y TORCEDURAS QUE COMPROMETEN EN LIGAMENTO CRUZADO (ANTERIOR)(POSTERIOR) DE LA RODILLA-M713 OTROS QUISTE DE LA BOLSA SEROSA - M199 ARTROSIS, NO ESPECIFICADA- M942

¹ PDF 002 Expediente digital

CONDROMALACIA-M688 OTROS TRASTORNOS SINOVIALES Y TENDINOSOS EN ENFERMEDADES CLASIFICADAS EN OTRA PARTE-M711 BURSITIS”.

Diagnostico con el cual no estuvo de acuerdo y por lo cual fue remitido a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en la ciudad de Bogotá teniendo cita asignada para el 15 de diciembre, sin embargo, señaló que la ARL Positiva, AFP Colpensiones ni Nueva EPS, no le han sufragado los tiquetes, estadía y alimentación requerida para poder asistir a la Junta antes mencionada.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Segundo Penal del Circuito de Apartadó² concedió parcialmente el amparo constitucional al señor RAFAEL ENRIQUE NEGRETE NÚÑEZ y ordenó a la AFP Colpensiones autorizar y suministrar los gastos de transporte aéreo, hospedaje y alimentación del señor RAFAEL ENRIQUE NEGRETE NÚÑEZ y su acompañante para la asistencia a la cita con la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en la ciudad de Bogotá.

Sin embargó negó el tratamiento integral ya que no había sido determinado el mismo por el médico tratante, concluyendo entonces que el mismo no se había negado y por tanto no se le había vulnerado el derecho a la salud al señor RAFAEL ENRIQUE NEGRETE NÚÑEZ.

DE LA IMPUGNACIÓN

El accionado afirmó que³ la tutela no resultaba procedente ya que el accionante no había agotado los tramites administrativos para la consecución de los gastos de traslado, resaltando que pese a que el accionante el 29 de noviembre de 2022 había presentado la solicitud de desplazamiento a la

² PDF 010 Expediente digital

³ PDF 012 Expediente digital

ciudad de Bogotá con su acompañante, a la fecha la entidad no le había otorgado una respuesta de fondo.

Aunado a ello señaló que a lo largo del plenario no se evidenciaba que el medico tratante hubiese indicado u ordenado la necesidad de acompañante para el traslado del señor RAFAEL ENRIQUE NEGRETE NÚÑEZ ante la Junta de Nacional de Calificación de Invalidez, por lo cual no resultaba procedente reconocer a la acompañante los viáticos y traslados demandados por el accionante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Este despacho es competente para dar trámite y decidir en sede constitucional la presente acción, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con lo establecido por el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 333 de 2021, modificatorio de los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015.

De conformidad con el artículo ochenta y seis (86) de la Carta Política, la acción de tutela constituye un mecanismo subsidiario y residual que permite la intervención inmediata del juez constitucional, con el ánimo de proteger los derechos fundamentales vulnerados o puestos en riesgo por las actuaciones a cargo de autoridades o de incluso particulares. En tratándose de estos últimos, únicamente en los eventos previstos en la norma referida. Ahora, esta acción constitucional se caracteriza, según lo dispuesto en el artículo tercero (3º) del Decreto 2591 de 1991, por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

Una de las premisas para la prosperidad del amparo judicial es que aparezca demostrada una situación de esta naturaleza, traducida en el quebranto actual o en un riesgo inminente para un derecho de categoría fundamental. De otra parte, la ausencia de otro medio ordinario de defensa judicial para salvaguardar las garantías del afectado, salvo que sea ineficaz o se acuda a la acción pública de manera transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, conforme a las hipótesis excepcionales a las que alude

el artículo seis (6) -numeral primero (1°) del Decreto 2591 de 1991 y, finalmente, la inmediatez que hace alusión al ejercicio de la acción de tutela en un plazo razonable respecto del tiempo en el que inició la amenaza o vulneración de los derechos.

A continuación, la Sala se ocupará de fijar el contenido y alcance del derecho fundamental del acceso a la seguridad social, acto seguido, se analizará el caso concreto de cara a establecer si esa garantía fundamental le fue conculcada al accionante.

El art. 48 de la constitución Política señala que *“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.”.

Aunado a ello la Corte Constitucional en múltiples decisiones ha ratificado la importancia y la fundamentalidad del derecho a la seguridad social ya que este tiene un vínculo funcional con el principio de la dignidad humana y hace plausible que las personas enfrenten con decoro las situaciones difíciles que impidan el normal desarrollo de las actividades laborales, entrelazado ello con la posibilidad de contar los recursos económicos para poder ejercer los derechos subjetivos.

En sentencia T 043 de 2019 el Tribunal de Cierre en materia constitucional con relación a la seguridad social señaló: *"su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional" y, por tanto, se constituye en un elemento esencial para la materialización del modelo de Estado que hemos acogido y que nos define como una sociedad fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad, trabajo y prevalencia del interés general.*

A manera de conclusión, la garantía del derecho a la seguridad social, entendida como el mecanismo a partir del cual es posible asegurar la efectividad de los demás derechos

de un individuo, en los eventos en los que éste se ha visto afectado por ciertas contingencias, se constituye en uno de los institutos jurídicos que un Estado que pretenda ostentar la condición de Social de Derecho debe asegurar.”

Se evidencia entonces que la Corte Constitucional ha elevado al grado de derecho fundamental el acceso a la seguridad social, lo que implica que su protección y salva guarda se pueda buscar por vía de tutela como se presentó en el presente caso.

El señor RAFAEL ENRIQUE NEGRETE NÚÑEZ aduce que luego de los hechos ocurridos en febrero de 2019, viene padeciendo de dolencias producidas por un accidente laboral y que las lesiones fueron calificadas algunas como de origen laboral y otras no, de allí su inconformismo con la valoración realizada por la ARL Positiva.

Es de anotar que el accionante luego de manifestar su inconformismo con la valoración realizada, fue remitido ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en la ciudad de Bogotá, por lo cual alega que es la AFP Colpensiones, la ARL Positiva o la Nueva EPS las entidades que deben suministrarle los viáticos, pasajes, alimentación y hospedaje para poder concurrir a la cita programada, en un primer momento, para el 15 de diciembre de 2022.

La ARL Positiva señaló que la exigencia realizada por el accionante conforme a la normatividad aplicable al caso estaba en cabeza de la Administradora del Sistema General de Pensiones AFP, puesto que el diagnóstico con el cual difiere corresponde a los calificados con enfermedad común.

Nueva EPS indicó que carecía de legitimación por pasiva ya que las valoraciones realizadas atendían a un accidente laboral y que tanto el tratamiento y como el médico tratante correspondían a dicha especialidad, por lo cual a su consideración no era la EPS la llamada a responder por la demanda del accionante.

Finalmente AFP Colpensiones señaló que la tutela no tenía vocación de prosperidad ya que el señor NEGRETE NÚÑEZ no había agotado las herramientas judiciales con que contaba, máxime que a la fecha se encontraba en estudio la solicitud de traslado elevada a la entidad el 29 de noviembre de 2022.

Finalmente AFP Colpensiones, impugnó la decisión de primera instancia al asegurar que a la fecha continuaba en estudio la solicitud elevada por el accionante el 29 de noviembre de 2022 y que de lo demostrado dentro de la acción de tutela no se podía colegir que el señor RAFAEL ENRIQUE NEGRETE NÚÑEZ, requiriera de acompañante para su traslado hasta la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

De las pruebas allegadas, de las respuestas otorgadas por los accionados y de la impugnación presentada, se desprende en primer lugar que la carencia de recursos económicos del accionante no fue alegada por los accionados ni desvirtuada, de allí que deba dársele plena credibilidad al accionante cuando manifiesta la carencia de medios financieros para poderse desplazar hasta la ciudad de Bogotá y atender la citación con la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Por otro lado, se evidencia que pese a lo argüido por AFP Colpensiones el accionante luego de transcurridos más de dos meses no ha recibido respuesta sobre la solicitud de traslado presentada desde el 29 de noviembre del año anterior, de allí que se evidencie claramente una afectación al derecho fundamental del accionante al acceso a la seguridad social y con ello también la transgresión de otros derechos fundamentales como lo son la vida digna y el mínimo vital, pues evidente resulta que el accionante a la fecha padece de una minusvalía proveniente del accidente laboral acaecido en el año 2019 y no ha podido obtener un dictamen definitivo de su pérdida de capacidad laboral.

Conforme a lo anterior esta Sala encuentra ajustado a Ley la decisión adoptada por el A Quo el 14 de diciembre de 2022, y por ello se confirma la decisión adoptada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 14 de diciembre de 2022 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartado, Antioquia.

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

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

Notifíquese y cúmplase,

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

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: **695f1f317b1e3988c925696393a9949945ddb500d56294f566a5a83e21001d2**

Documento generado en 14/02/2023 10:18:21 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

N.I.: 05690600030920140000600 (2023-0077-3)
PROCESO: Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
PROCESADA: Elizabeth Arango Henao
DELITO: Utilización ilegal de uniformes e insignias
DECISIÓN: Revoca
ACTA: N° 043 febrero 13 de 2023

Medellín, trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sentenciada **Elizabeth Arango Henao** contra del auto interlocutorio número 2483 proferido el cuatro de noviembre de 2022 por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia por cuyo medio le negó la extinción de la sanción penal.

ANTECEDENTES

El 8 de julio de 2014, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, Antioquia, condenó a la señora **Elizabeth Arango Henao** a la pena de cuarenta y dos (42) meses de prisión, amén de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cincuenta y seis (56) meses y al pago de cincuenta y ocho punto treinta y tres (58.33) smlmv por concepto

de multa luego ser hallada penalmente responsable como autora de la conducta punible de utilización ilegal de uniformes e insignias.

En la referida sentencia **Arango Henao** fue agraciada con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, previo pago de caución prendaria por valor de setenta y cinco mil pesos (\$75.000) mcte y suscripción de acta de compromisos en los términos del artículo 65 del Estatuto Represor, empero, no cumplió con dichos requisitos.

Por cuenta de la presente actuación la penada estuvo privada de la libertad desde el 18 de marzo de 2014 cuando fue capturada por los hechos que se impartió condena hasta el 8 de julio de 2014 fecha en que se dictó el fallo condenatorio y nuevamente adquirió tal condición desde 10 de julio de 2014 hasta 15 de mayo de 2015, cuando se materializó el subrogado de la libertad condicional concedido por el Juzgado 4 Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, en decisión del 10 de mayo de 2018 dentro del expediente 05690 60 00 309 2014 00016 01.

DECISIÓN IMPUGNADA

Mediante proveído 2483 del 4 de noviembre de 2022¹, el Juez Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia negó la extinción de la sanción penal impuesta a **Elizabeth Arango Henao**, por prescripción, toda vez que el término prescriptivo de los cinco (5) años inició a contabilizarse el 15 de mayo de 2018 cuando recobró la libertad en el proceso 2014 00016 01, de modo que no había finalizado, en tanto que en auto del 30 de noviembre de 2022 mediante el cual resolvió el recurso de reposición refirió que inició el 9 de mayo de 2018 cuando se revocó el subrogado.

¹ PDF 001

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la sentenciada interpuso el recurso de reposición y apelación tras estimar que si bien era cierto que en la sentencia condenatoria su prohijada había sido favorecida con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, también lo era que no pagó la fianza ni suscribió el acta compromisorio, de allí que no le era atribuible “una obligación o un incumplimiento...” y menos la revocatoria del subrogado el 9 de mayo de 2018, por no haber observado buena conducta.

Hizo alusión a que, inclusive, en la decisión atacada se indicó que la pena prescribió el 11 de mayo de 2022, luego, no era entendible que el 4 de noviembre de 2022 se negara la petición de extinción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La prescripción es una forma de extinguir la sanción penal consagrada en el artículo 89 del Estatuto Represor (modificado por el artículo 99 de la Ley 1709 de 2014) según la cual:

La pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, prescribe en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de la correspondiente sentencia.

La pena no privativa de la libertad prescribe en cinco (5) años.

Como se anotó en el acápite de los antecedentes, **Elizabeth Arango Henao** fue condenada por el delito de utilización ilegal de uniformes e insignias

según sentencia del 8 de julio de 2014 emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros que cobró ejecutoria el mismo día de su proferimiento al no ser objeto de recurso alguno.

La prenombrada fue agraciada con la suspensión condicional de la ejecución de la pena siempre que pagara una fianza por valor de setenta y cinco mil pesos (\$75.000) mcte y firmara acta compromisoria en los términos del artículo 65 del Código Penal, no obstante, no cumplió con ello.

Igualmente, se tuvo conocimiento que por cuenta del proceso de la referencia **Arango Henao** estuvo privada de la libertad desde el 18 de marzo de 2014 hasta el 8 de julio de 2014 y nuevamente adquirió tal condición del 10 de julio de 2014 al 15 de mayo de 2015, cuando última se materializó el subrogado de la libertad condicional concedido por el Juzgado 4 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, en decisión del 10 de mayo de 2018 dentro de la foliatura 05690 60 00 309 2014 00016 01.

A través de providencia del 9 de mayo de 2018, el Juzgado Segundo Ejecutor de Medellín le revocó a la sentenciada el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena otorgado en este proceso al no haber observado buena conducta y por haber cometido nueva conducta punible el 10 de julio de 2014 juzgada en el expediente 2014 00016.

Dicha determinación no se tomó de manera incorrecta como lo predicó el defensor, en sentido contrario, fue debida y oportunamente notificada a los sujetos procesales disponiendo de los recursos ordinarios reglados en el Constitución y las leyes para la defensa de sus derechos y el fundamento allí contenido, también se ajustó a los parámetros legales y jurisprudenciales, pues aun cuando **Elizabeth Arango Henao** no pagó la caución prendaria ni suscribió la diligencia de compromisos como quedó establecido en la

sentencia condenatoria, ello no era óbice para no revocar el subrogado al haber destendido su obligación social y moral de no continuar incurriendo en comportamiento al margen de la ley y en detrimento del tejido social.

Así lo expuso la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 6 de julio de 2016 en el radicado 48404, Magistrado Ponente José Francisco Acuña Vizcaya:

iv) Para finalizar, en cuanto a la manifestación del apoderado judicial de que su prohijado “no se comprometió a nada”, conviene reproducir lo dicho por esta Corporación, en concordancia con los artículos 63, 65 y 66 del Código Penal, sobre los compromisos que adquieren los condenados cuando son beneficiarios de los subrogados penales:

En virtud de esas normas, el beneficiado está obligado a informar todo cambio de residencia, observar buena conducta, reparar los daños ocasionados con el delito, comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello, y no salir del país sin previa autorización del funcionario que vigila la ejecución de la pena.

Sin embargo, la obligación de no incurrir en una nueva conducta penal, después de la sentencia condenatoria, como condición para obtener y mantener el subrogado penal, no tiene su origen en el acta de compromiso como lo asegura el accionante. Existe un imperativo legal y moral que debe obedecer el condenado consistente en no incurrir en una nueva conducta criminal, desde la sentencia condenatoria que concede el beneficio hasta la finalización del periodo de prueba, so pena de que el juez executor tome la determinación de negarlo o revocarlo. Este es el entendimiento que se desprende del Artículo 477 [del C. de P. P.] en lo que concierne a la negación o revocatoria de los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad:

“De existir motivos para negar o revocar los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad los pondrá en conocimiento del condenado para dentro del término de tres (3) días presente las explicaciones pertinentes. La decisión se adoptará por auto motivado en los diez (10) días siguientes”. (Resalta la Corte)

Se equivoca el accionante al creer que él estaba obligado a no cometer otro delito a partir de la suscripción del acta de compromiso, cuando el Juzgado de Penas y Medidas de Seguridad, conforme a la norma transcrita, puede revocar la medida siempre que advierta motivos suficientes para hacerlo.

Se insiste, el juez executor no está imposibilitado para verificar los hechos y revocar el subrogado. Si constata que, con posterioridad a la sentencia condenatoria y antes de la suscripción del acta de compromiso, el condenado incurrió en una nueva conducta punible debe verificar los hechos, garantizando el debido proceso, y tomar, en consecuencia, la decisión que corresponda. No es de recibo para esta Corporación la tesis según la cual, sólo a partir de la suscripción del acta de compromiso es posible revocar el subrogado, puesto que con la ocurrencia de un nuevo delito se desvirtúa la razón fundamental que tuvo de presente el juez de conocimiento para otorgar el beneficio, esto es, que no se requería de la ejecución de la pena, como lo señala el No. 2 del Artículo 63 del Código Penal.² subrayado fuera del texto original.

De suerte que, aunque se haga un estudio sobre los motivos de inconformidad del profesional del derecho en torno a la legalidad de la revocatoria de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, no se observa una vulneración evidente de los derechos de su defendida.

Ahora bien, en lo que concierne a la prescripción de la sanción penal, si que observan motivos suficientes para revocar la decisión apelada, debido a que no se presentó el fenómeno de la imposibilidad jurídica también desarrollado jurisprudencialmente por la referida Alta Corporación, y que tiene que ver con el impedimento de ejecutar una condena cuando la persona requerida ya se encuentra intramuros por otro asunto; es decir, resulta físicamente imposible materializar su aprehensión por cuenta de determinado diligenciamiento al hallarse privado de la libertad por otro proceso y en esas condiciones no se puede declarar la prescripción de la sanción penal.

En efecto, sobre el particular señaló que el citado fenómeno se consolida “no solamente con el transcurso del tiempo, sino además, el mismo lapso, debe significar el abandono o el descuido del titular del derecho que deja de ejercerlo y al que se extingue en consecuencia su interés”³.

² Fallo de tutela CSJ STP, 21 de mayo de 2013, Rad. 66886

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Tutela 39933. 13 de enero de 2009. M.P. Dr. José Leónidas Bustos Martínez.

De conformidad con dicho criterio, es claro que la prescripción corresponde al concepto de abandono o descuido del Estado para perseguir penalmente al infractor y no puede operar cuando existe imposibilidad jurídica y material para ejecutar la sentencia, como cuando la persona condenada se encuentra privada de la libertad por cuenta de otro asunto.

De cara a este aspecto, ha señalado la Corte que, *«las disposiciones sobre la prescripción de la pena, operan bajo el supuesto de que el condenado se encuentre gozando de la libertad, no obstante que en su contra exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, en cuyo evento comenzaría a transcurrir el término de prescripción, el cual quedaría interrumpido en los momentos señalados por la norma: cuando fuere aprehendido en virtud de la sentencia o puesto a disposición de la autoridad para el cumplimiento de la pena»*.

En igual sentido, el alto tribunal también indicó que si una persona está descontando una pena privada de la libertad, no puede válidamente pretender que se tenga en cuenta como término de prescripción de la pena en otro proceso en el que es requerido, todo el tiempo trascurrido desde la ejecutoria de la sentencia, porque *«ello no obedece a que el Estado haya renunciado a su potestad punitiva, sino a que es inviable su cumplimiento hasta tanto no haya descontado la totalidad de la pena por la cual se encuentra actualmente privada de la libertad, dado que es jurídicamente imposible que el condenado cumpla simultáneamente las penas»*.

De manera que, existen circunstancias que interrumpen el factor temporal para que se concrete el decaimiento del interés punitivo del Estado y, en esa medida, cuando se produce la captura del requerido por la justicia, o cuando es puesto a disposición de la autoridad competente, se entienden ejercidas las acciones tendientes al cumplimiento de la pena.

En el caso presente, no es viable predicar que con la segunda condena proferida en contra de la fulminada dentro del asunto 2014-00016 se haya interrumpido el término de la prescripción de cinco (5) años por tratarse de una pena inferior a ese lapso -42 meses-, dado que no acaecieron los supuestos establecidos en el artículo 90 del Código Penal y menos aún, se presentó el fenómeno de la imposibilidad jurídica en la medida que al momento en que **Arango Henao** recobró la libertad por el asunto 2014-00016, esto es, el 15 de mayo de 2018, el auto del 9 de mayo de 2018 que revocó el subrogado no estaba en firme sino que cobró ejecutoria hasta el 31 de mayo de 2018, según el sello secretarial plasmado en la decisión, sin dejar de lado que la orden de captura se expidió el 22 de junio de 2022.

En otras palabras, para el 15 de mayo de 2018 cuando **Elizabeth Arango Henao** fue puesta en libertad no era requerida por el expediente 2014-00006 y bajo esa línea el término de la prescripción debe contabilizarse desde el 8 de julio de 2014 cuando quedó en firme la condena que aquí se ejecuta hasta el 8 de julio de 2019 cuando se cumplieron los cinco (5) años de que habla el artículo 89 *Ibidem*, pues, se insiste, no existió interrupción del fenómeno prescriptivo al no haber sido aprehendida en virtud de la sentencia o puesta a disposición de la autoridad competente para el cumplimiento de la pena y tampoco hubo imposibilidad jurídica al haber quedado en firme el auto del 9 de mayo anterior que revocó el subrogado dieciséis (16) días después de la fecha en que obtuvo la libertad en el radicado 2014-00016 por el que se encontraba intramuros.

Nótese entonces que transcurrió un tiempo considerable desde el 15 de septiembre de 2016 cuando el Juzgado 2 Ejecutor de Medellín tuvo conocimiento de la privación de la libertad de la sentenciada por el proceso 2014-00016 hasta el 9 y 31 de mayo de 2018 cuando revocó el subrogado y quedó en firme dicho proveído, respectivamente, para que la judicatura

hubiese actuado con diligencia con miras a revocar el subrogado sin que ello sucediera y luego que sí lo hizo, supeditó la puesta a disposición de **Elizabeth Arango Henao** para el cumplimiento de la pena en centro penitenciario a la firmeza de la decisión, lo cual ocurrió después que fue puesta en libertad el 15 de mayo de 2018.

Al tenor literal:

Una vez ejecutoriada esta decisión se ordenará oficiar al Juzgado Cuatro de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, Antioquia, para que una vez cesen los motivos de la actual detención dentro del radicado 2016-E4-04732 sea dejada a disposición de este Despacho con el fin de que descuente la pena impuesta. Negrilla agregada

Lo anterior, sin desatender que incluso, cuatro (4) años después el Juez Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia libró la orden de captura número 1801 sin que a la fecha se haga efectiva.

Así las cosas, habiéndose advertido que la prescripción de la pena se configuró el 8 de julio de 2019, en razón a que la condena fue inferior a cinco (5) años, no hubo interrupción del mentado término y tampoco imposibilidad jurídica, lo que se impone es revocar el auto interlocutorio 2483 del 4 de noviembre de 2022 proferido por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia que negó la extinción de la sanción penal por prescripción y declarar la prescripción de la misma impuesta a **Elizabeth Arango Henao** mediante sentencia del 8 de julio de 2014 emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, Antioquia, por el reato de utilización ilegal de uniformes e insignias.

Por efecto de lo anotado, el Juzgado 4 Ejecutor de Antioquia deberá cancelar la orden de captura que expidió el 22 de junio de 2022 mediante oficio 1801 dirigido a la Unidad de Administración de Información Criminal SIJIN MEVAL de la Policía Nacional y Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Ejecutores de Antioquia deberá expedir las comunicaciones de que tratan los artículos 53 de la ley 599 de 2000 y 482 de la ley 906 de 2004 con destino a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Procuraduría General de la Nación, dar aviso a la DIJIN para que proceda a la eliminación del antecedente penal generado por cuenta de esta actuación y ocultar la información concerniente a este diligenciamiento en aras de garantizar la prevalencia del derecho fundamental de habeas data de **Arango Henao**.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,**

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto interlocutorio número 2483 proferido el 4 de noviembre de 2022 por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia que negó la extinción de la sanción penal por prescripción a la sentenciada **Elizabeth Arango Henao**.

SEGUNDO: DECLARAR LA PRESCRIPCIÓN de la sanción penal impuesta a **Elizabeth Arango Henao** mediante sentencia del 8 de julio de 2014 emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, Antioquia, por el reato de utilización ilegal de uniformes e insignias.

TERCERO: ORDENAR al Juzgado 4 Ejecutor de Antioquia **CANCELAR** la orden de captura que expidió el 22 de junio de 2022 mediante oficio 1801 dirigido a la Unidad de Administración de Información Criminal SIJIN

MEVAL de la Policía Nacional y Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Ejecutores de Antioquia deberá expedir las comunicaciones de que tratan los artículos 53 de la ley 599 de 2000 y 482 de la ley 906 de 2004 con destino a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Procuraduría General de la Nación, dar aviso a la DIJIN para que proceda a la eliminación del antecedente penal generado por cuenta de esta actuación y ocultar la información concerniente a este diligenciamiento en aras de garantizar la prevalencia del derecho fundamental de habeas data de **Arango Henao**.

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

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

COMUNÍQUESE Y DEVUÉLVASE

(firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECO
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: **08ecde11b46b6f2a85c35e8544b04b1efb631dbe97cb6c8923a4ad1a1b6fbe28**

Documento generado en 14/02/2023 10:18:25 AM

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

Tutela primera instancia

Accionante: Yoiner Andrés Pérez Moya

Accionado: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00034

(N.I. 2023-0108-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

Medellín, nueve (9) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 09

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	Yoiner Andrés Pérez Moya
Accionado	Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros
Tema	Tutela contra decisión judicial
Radicado	05000-22-04-000-2022-00034 (N.I. 2023-0108-5)
Decisión	Niega por improcedente

ASUNTO

La Sala decide en primera instancia la acción de tutela presentada por Yoiner Andrés Pérez Moya en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el Abogado Juan Camilo Quintero adscrito a la Defensoría Pública y la Fiscalía Segunda Especializada de Barrancabermeja

Tutela primera instancia

Accionante: Yoiner Andrés Pérez Moya

Accionado: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00034

(N.I. 2023-0108-5)

Santander por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y otros.

Se vinculó a la Defensoría Pública Regional Antioquia y a todos los intervinientes del proceso con radicado número 055796000000202200023 que se lleva en contra de Yoiner Andrés Pérez Moya, para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

HECHOS

Expuso el accionante que, sin ser debidamente enterado, el pasado 20 de enero se realizó audiencia, en el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en la que intervinieron el Defensor Público Juan Camilo Quintero y la Fiscalía Segunda Especializada de Barrancabermeja. Alega que la diligencia no estaba programada, ni recuerda haber sido notificado para su realización.

Indica que en el desarrollo de la audiencia escuchó el nombre del abogado Juan Camilo, que tiene el mismo nombre de otro abogado que le había asignado la defensoría semanas atrás. Refiere que el nuevo abogado no tenía el escrito de acusación (así se lo informó el profesional).

Teniendo en cuenta lo anterior, informó en la audiencia que su defensa no realizó la labor adecuada para defenderlo, no lo asesoró, ni lo enteró de lo que sucede en su proceso. Indica que a pesar de haber manifestado su inconformismo por la falta de dialogo con el abogado y la falta de orientación jurídica para tomar decisiones, se llevó acabo la diligencia.

Tutela primera instancia

Accionante: Yoiner Andrés Pérez Moya

Accionado: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00034

(N.I. 2023-0108-5)

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Que no se tenga en cuenta la audiencia y se realice una nueva de acusación amparando sus derechos al debido proceso y de defensa.

RESPUESTA DE LA AUTORIDAD ACCIONADA

El defensor público Juan Camilo Quintero informó que el proceso le fue asignado desde el pasado 13 de diciembre del 2022 para realizar juicio oral desde la acusación. Asistió a la diligencia de acusación del 20 de enero de 2023. Habló con Yoiner quien desconocía la finalidad de la audiencia, le explicó, y finalmente el Juez también le explicó antes de iniciar la diligencia.

Advierte que Pérez Moya insistió en decir que tiene otro abogado de la defensoría pública. Seguidamente, se realizó la audiencia de formulación de acusación y se le puso a consideración si quería hacer un preacuerdo o seguir con el juicio, pero decidió continuar con el juicio. Finalmente, le brindó su nombre y su número telefónico. Afirma que en las comunicaciones que ha tenido con él, insiste en que tiene otro abogado.

El Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia indicó que asumió conocimiento de la actuación el 11 de noviembre de 2022. La audiencia de acusación se llevó a cabo el 5 de diciembre de 2022 en donde Yoiner Andrés Pérez Moya manifestó que le revocaba el poder para actuar

Tutela primera instancia

Accionante: Yoiner Andrés Pérez Moya

Accionado: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00034

(N.I. 2023-0108-5)

al Defensor Salomón Duarte Rengifo, quien, según el escrito de acusación, era su defensor contractual. Por lo anterior, se decretó la ruptura de la unidad procesal en relación con este procesado, y se ordenó solicitar la asignación de un Defensor Público por la Defensoría.

La Fiscalía le asignó el CUI 055796000000202200042. El 13 de diciembre de 2022 el Juzgado solicitó a la Defensoría Pública la asignación de un Defensor para el procesado, designándose al abogado Juan Camilo Quintero Gómez. El 14 de diciembre de 2022 se citó a audiencia de acusación. En esa oportunidad Yoiner Andrés Pérez Moya manifestó que no había contratado los servicios de un Defensor contractual, situación que obligó a suspender la audiencia y reprogramarla para el 20 de enero de 2023. Finalmente, el 20 de enero de 2023 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, allí se presentó el abogado Juan Camilo Quintero Gómez como Defensor Público dando a conocer sus datos personales para que Pérez Moya pudiera tener comunicación con él.

Advierte que en la audiencia de acusación le explicó a YOINER ANDRÉS PÉREZ MOYA los por menores del acto procesal. Además, le explicó que en caso de no estar de acuerdo con su Defensor Público, estaba facultado para contratar un abogado de confianza. Luego de explicarle detenidamente el procedimiento de la audiencia y sus posibilidades de Defensa, el señor YOINER ANDRÉS manifestó que había entendido todo lo expuesto. La Fiscalía procedió a formular acusación exponiendo los hechos jurídicamente relevantes y la respectiva calificación jurídica de concierto para delinquir agravado, artículo 340 inciso 2° del Código Penal.

Tutela primera instancia

Accionante: Yoiner Andrés Pérez Moya

Accionado: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00034

(N.I. 2023-0108-5)

Afirma que no se ha vulnerado ninguna garantía fundamental del procesado. Por el contrario, ha adelantado todas las actuaciones pertinentes para garantizar el cumplimiento de sus derechos y garantías fundamentales.

La Fiscalía Segunda Especializada de Magdalena informó que no se han vulnerado los derechos que reclama el accionante. Contrario a ello, se ha garantizado el debido proceso, el derecho a la defensa que, le ha sido solicitada y asistida por la defensoría del pueblo como consta en las audiencias.

Solicita su desvinculación de la presente acción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

¹ Sentencia SU116-18 "los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela establecidos por la Corte son: a) La relevancia constitucional del asunto bajo examen. b) Los efectos decisivos que de la irregularidad denunciada se desprendan y que tengan la entidad de vulnerar las garantías

Tutela primera instancia

Accionante: Yoiner Andrés Pérez Moya

Accionado: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00034

(N.I. 2023-0108-5)

manera conjunta, pues a falta de uno de ellos la pretensión de amparo constitucional se torna improcedente. Lo anterior respecto a la objeción a la audiencia de acusación celebrada el pasado 20 de enero de 2023 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

Se desprende que la afectación al debido proceso y de defensa que invoca, surge de la audiencia de acusación del 20 de enero de 2023. Lo anterior, debido a que, según lo informó el accionante: no fue enterado de la diligencia; no tenía conocimiento de que se trataba la audiencia; no fue asesorado por su abogado; y no tuvo una orientación jurídica para tomar decisiones sobre la diligencia.

Previo al estudio de la presente acción, se deben tener en cuenta los presupuestos generales citados,² los cuales han sido reiterados por la Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005, luego en las decisiones T-332, T-212 y T-780 de 2006, en el sentido que, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, las mismas solo pueden tener cabida “...**si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela...**”

En resumen, la procedencia de la acción se encuentra restringida en esta oportunidad al no cumplir con uno de los requisitos de procedibilidad. Veamos:

fundamentales de la parte actora. c) Que no se trate de sentencias de tutela. d) **Que sea un deber del actor agotar todos los recursos judiciales ordinarios para la defensa de sus derechos fundamentales.** e) La inmediatez”.

² Ibídem.

Tutela primera instancia

Accionante: Yoiner Andrés Pérez Moya

Accionado: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00034

(N.I. 2023-0108-5)

La Sala revisó con detenimiento los anexos de la demanda, y no se acreditó que se haya agotado los recursos judiciales ordinarios para controvertir la decisión que se pretende cuestionar por esta vía. Se observó que el proceso se encuentra actualmente en etapa preparatoria, es decir, cuenta con los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance. El agotamiento de los mecanismos ordinarios y extraordinarios constituye un requisito ineludible que el juez de tutela debe verificar como satisfecho para habilitar el amparo de la tutela³.

De acuerdo a lo anterior, no procede el estudio de la acción. Deberá agotar todos los recursos establecidos en la vía ordinaria previo acudir a ésta, pues, tampoco conjuró de manera oportuna la presunta afrenta de las garantías en juego ni adujo la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Llama la atención que Yoiner Andrés Pérez Moya afirmó situaciones que no se corresponden con lo ocurrido. Cotejado el expediente que se lleva en su contra, se pudo avizorar que, efectivamente le fue puesta en conocimiento la realización de la audiencia de acusación desde el pasado 14 de diciembre de 2022. Fue notificado en estrados y en esa oportunidad el Juez le brindó la información actualizada de su defensor público para que estableciera comunicación con él.⁴ De acuerdo con lo anterior, el 20 de enero de 2023 luego de haber sido asesorado por su defensor (como lo informó en la respuesta el abogado Juan Camilo Quintero), el Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia lo orientó en el transcurso de

³ Sentencia C- 590 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

⁴ Expediente digital registro "10audioAcusacionFallida14122022"

Tutela primera instancia

Accionante: Yoiner Andrés Pérez Moya

Accionado: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00034

(N.I. 2023-0108-5)

la diligencia dejando claridad sobre las dudas que tenía frente al trámite.⁵ Es decir, Yoiner Andrés Pérez Moya tenía conocimiento de la audiencia de acusación del 20 de enero de 2023, fue asesorado y contó con la representación de un profesional del derecho en protección de su derecho de defensa.

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

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales a Yoiner Andrés Pérez Moya según las razones expuestas en la parte motiva.

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

⁵ Expediente digital registro "13audioAcusacion202022"

Tutela primera instancia

Accionante: Yoiner Andrés Pérez Moya

Accionado: Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00034

(N.I. 2023-0108-5)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **d43cfc8cde209509317affe16ebfce65c8c2302728f0935f65a0aa0b7e4afae7**

Documento generado en 12/02/2023 03:13:35 PM

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

Tutela primera instancia

Accionante: Wilmer Eduardo Higuita Manco

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

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00047
(N.I. 2023-0147-5)



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, nueve (9) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 09

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	Wilmer Eduardo Higuita Manco
Accionado	Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Tema	Debido proceso
Radicado	05000-22-04-000-2022-00047 (N.I. 2023-0147-5)
Decisión	Concede

ASUNTO

La Sala resuelve en primera instancia la acción de tutela presentada por Wilmer Eduardo Higuita Manco en contra del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia al considerar vulnerados sus derechos fundamentales de petición y debido proceso.

Al trámite fue vinculado el Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yarumal Antioquia para que ejerzan su derecho de contradicción y defensa.

Tutela primera instancia

Accionante: Wilmer Eduardo Higuera Manco

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

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00047
(N.I. 2023-0147-5)

HECHOS

Afirma el accionante que presentó solicitud ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia para que se autorizara las visitas de su hija de 10 años de edad, a quien no ve desde el año 2019 en que se encuentra detenido. Reitera que el año pasado envió diversa documentación y recordatorios, sin respuesta.

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Que se resuelva la solicitud presentada amparando sus derechos de petición y debido proceso.

RESPUESTA DE LA AUTORIDAD ACCIONADA

La Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia informó que el 1º de abril de 2022 recibió solicitud del condenado para que se AUTORIZARA ser visitado por su hija menor de edad en el establecimiento carcelario en el que purga. Lo cual se respondió en providencia emitida el 27 del mismo mes y año. En esa oportunidad se le indicó que la solicitud debía ser examinada a la luz de lo prescrito en el artículo 112 A del Código Penitenciario, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, y que para esos efectos era preciso que aportara el registro civil de nacimiento de la hija menor cuya visita pretendía, que se obtuviera información sobre los antecedentes penales suyos y que se realizara por parte del EPMSC de YARUMAL un estudio sicosocial que informara al Juzgado sobre las condiciones personales del recluso, su desempeño intracarcelario y la opinión que el establecimiento tenía sobre el otorgamiento del permiso. Remitieron los oficios correspondientes.

Tutela primera instancia

Accionante: Wilmer Eduardo Higuera Manco

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

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00047
(N.I. 2023-0147-5)

Comunicada la respuesta, el condenado atendió la petición. Envío el registro civil de nacimiento de la menor y sus antecedentes penales. No obstante, el centro carcelario de Yarumal no envió el informe ni el concepto solicitado. Por tal motivo, ante la reiteración de la solicitud presentada por el condenado en los meses de agosto y noviembre de 2022, el 31 de enero de 2023 por medio de auto de sustanciación N° 147 se ordenó reiterar al Centro Carcelario que rindiera el informe para resolver de fondo la petición, elementos necesarios resolver. Solicita se declare la improcedencia del mecanismo constitucional por tratarse de un HECHO SUPERADO frente al cual pierde operancia la acción de tutela.

El director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yarumal Antioquia advierte que a HIGUITA MANCO no se le ha podido dar una respuesta de fondo al no ser los competentes en autorizar o no la visita de la menor de edad, según lo dispuesto en el artículo 112 A del Código Penitenciario. Sin embargo, mediante auto de sustanciación No. 0147 del 31 de enero de 2023 el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia manifestó que no ha dado una respuesta de fondo, toda vez que requiere documentación que para esa fecha no había sido aportada. De acuerdo con lo anterior, el 2 de febrero de 2023 se remitió el Estudio Psicosocial por parte del área de Atención y Tratamiento, y el concepto solicitado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tutela primera instancia

Accionante: Wilmer Eduardo Higueta Manco

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

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00047
(N.I. 2023-0147-5)

De conformidad con el numeral 4º del artículo 2.2.3.1.2.1 del decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para conocer la acción de tutela objeto de estudio.

Se tiene que Wilmer Eduardo Higueta Manco envió el registro civil de nacimiento de la menor y sus antecedentes penales quedando pendiente la documentación solicitada al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yarumal Antioquia. Sin embargo, debido a las diversas reiteraciones realizadas por el detenido en el mes de agosto y noviembre de 2022, solo al 31 de enero de 2023 el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia remitió auto al Centro Carcelario reiterando la solicitud de la documentación requerida.

El director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yarumal Antioquia informó en respuesta a la Sala haber aportado la documentación necesaria al Juzgado de Ejecución desde el pasado 2 de febrero de 2023. Adjuntó constancia de ello.

De acuerdo con lo anterior, se observa que ha pasado un tiempo considerable desde la presentación de la solicitud hasta la fecha. En este momento el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia cuenta con la documentación necesaria para responder de fondo la solicitud. Por tanto, en vista de que han transcurrido varios meses sin que el despacho realice actuación con el fin de obtener la información faltante y se resuelva la solicitud del afectado, es necesario ordenar al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia para que resuelva de

Tutela primera instancia

Accionante: Wilmer Eduardo Higuita Manco

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

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00047
(N.I. 2023-0147-5)

fondo la solicitud dentro de los diez días siguientes a aquel en que reciba la información, la que debe requerir de manera inmediata. ¹

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

RESUELVE

PRIMERO: Conceder la acción de tutela presentada por Wilmer Eduardo Higuita Manco, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Ordenar al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia que dentro del término de diez (10) días hábiles, resuelva de fondo la solicitud de visita presentada por Wilmer Eduardo Higuita Manco desde el 1° de abril de 2022.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

¹**Artículo 168. (Ley 600 de 2000)** Término para adoptar decisión. Salvo disposición en contrario, el funcionario dispondrá hasta de tres (3) días hábiles para proferir las providencias de sustanciación y hasta de diez (10) días hábiles para las interlocutorias.

Tutela primera instancia

Accionante: Wilmer Eduardo Higuera Manco
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00047
(N.I. 2023-0147-5)

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: **bb7c8a315ffac2b58b5205a41c10c75b026a374118d1a48f688b8608c14ef4fb**

Documento generado en 12/02/2023 03:13:51 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

Medellín, nueve (9) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 09

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Mercy Liliانا Carrascal Mena a través de apoderado
Accionado	Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y Alcaldía Municipal de Carepa Antioquia
Radicado	05045 31 04 002 2022 00455 (N.I.: 2023-0016-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala decide la impugnación presentada por la parte actora contra la decisión proferida el 7 de diciembre de 2022 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó Antioquia que negó el amparo solicitado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Manifestó la parte actora que Mercy Liliانا Carrascal Mena participó como Concursante en la Convocatoria de MUNICIPIOS PRIORIZADOS PARA EL POSCONFLICTO PDT desarrollada por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-, para el cargo de carrera administrativa de "PROFESIONAL UNIVERSITARIO GRADO 2,

CÓDIGO 219, OPEC 124582" de la ALCALDÍA DE CAREPA, superando todas las pruebas y etapas del concurso de méritos. Se encuentra en el primer lugar en la lista de elegibles para la vacante ofertada. La lista de elegibles se encuentra en firme desde el 26 DE OCTUBRE de 2022 y está debidamente comunicada a la ALCALDÍA DE CAREPA ANTIOQUIA.

Afirma que tiene un derecho adquirido a ser nombrada y posesionada así sea en periodo de prueba. Ya se cumplieron los días hábiles máximos que tenía la ALCALDÍA DE CAREPA para realizar su nombramiento, pero no se ha concretado. El pasado 17 de noviembre de 2022 la ALCALDÍA procedió a notificar cuarenta y seis (46) nombramientos en periodo de prueba, omitiendo realizar el nombramiento y notificación de sesenta y ocho (68) cargos, entre ellos el suyo, bajo el argumento que los cargos se encuentran suspendidos. Por último, indica que ostenta la condición de madre cabeza de familia debido a que tiene dos hijos menores y no cuenta con personas del núcleo familiar que le brinden ayuda.

Solicita se ordene a la ALCALDÍA DE CAREPA realizar el nombramiento así sea en periodo de prueba, del cargo donde concursó y del que hace parte de la lista de elegibles.

2. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó Antioquia resolvió negar por improcedente el amparo solicitado informando lo siguiente: *"la ALCALDÍA MUNICIPAL DE CAREPA en su escrito de contestación, manifestó que el Decreto No.044 del 27 de mayo de 2019 "Por el cual se establece la planta de personal de la Alcaldía del Municipio de Carepa y se dictan otras disposiciones", se encuentra provisionalmente suspendido y por tanto no surte efectos jurídicos, fundamento constitucional y legal para que la administración pueda llevar a cabo el nombramiento del accionante, tal y como se evidencia en el Acta N° 115 de fecha 24 de septiembre de 2020 proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TURBO,*

imposibilitando de tal manera al Municipio de Carepa, para que lleve a cabo los respectivos nombramientos, teniendo en cuenta que el Decreto por el cual se establece la planta de personal de la Alcaldía de Carepa, se encuentra provisionalmente suspendido y a la espera de que surta el respectivo trámite de segunda instancia.”

DE LA IMPUGNACIÓN

La parte actora impugnó la decisión indicando lo siguiente:

El a quo en el afán de tomar una decisión, pasó por alto realizar un estudio más cuidadoso al proceso administrativo que cursa actualmente y que presuntamente tiene en la actualidad el cargo suspendido.

Advierte que, consultadas las actuaciones del proceso administrativo, observó que se encuentra en trámite recurso de apelación ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, en tal circunstancia el proceso se paralizó hasta tanto el juez de segunda instancia resuelva el recurso.

Por tanto, estima que no se puede efectuar ningún trámite procesal ante el juez de primera instancia. Entiende que el proceso se suspende y la sentencia no puede ser ejecutada hasta tanto haya un pronunciamiento definitivo del juez de apelación. No obstante, el Juez de primera instancia que dictó la sentencia objeto de apelación, conserva la competencia para conocer todo lo relacionado con las medidas cautelares que decretó. Se puede evidenciar que el día 20 de junio del 2022 se admite recurso de apelación y el día 14 de julio del 2022 se resuelve el recurso de apelación impetrado.

Solicita se revoque la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

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

2. Problema jurídico planteado

La Sala determinará si es este el mecanismo idóneo para demandar la protección de amparo solicitado por la parte actora.

3. Solución del problema jurídico.

Frente a la provisión de cargos de la lista de elegibles previo al concurso de méritos, ha precisado la Corte¹, que el objetivo de esta disposición constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no a la discrecionalidad de un nominador.

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

Por regla general, la acción de tutela es improcedente contra actos y actuaciones administrativas, teniendo en cuenta que dicha acción es

¹ Sentencias T-373 de 2017, T-464 de 2019, entre otras.

de carácter subsidiario y que mediante vía ordinaria en la jurisdicción de lo contencioso administrativo se puede anular un acto y por consiguiente dejarlo sin efectos.²

Sin embargo, según sentencia SU067 de 2022 existen tres excepciones a la regla general de improcedencia de la acción de tutela en el campo específico de los concursos de mérito. Los actos administrativos que se dicten en el curso de estas actuaciones administrativas podrán ser demandados por esta vía cuando se presente alguno de los siguientes supuestos: i) inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido, ii) configuración de un perjuicio irremediable y iii) planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo.

l)Frente a la inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido. No se evidencia que la parte actora haya agotado la vía judicial administrativa con el fin de buscar el cumplimiento de la lista de elegibles y obtener la posesión del cargo. La Alcaldía de Carepa Antioquia en respuesta a su petición de posesión, el 17 de noviembre de 2022 le informó lo siguiente:

“En atención a su oficio donde manifiesta una aceptación a un nombramiento a un cargo, esta administración se permite señalar que, una vez revisados nuestros archivos administrativos, no se encontró acto administrativo que se haya proferido a su favor realizando nombramiento particular y concreto a su nombre; y sobre un cargo específico. Por tanto, si su aceptación es sobre alguno de estos cargos la misma es prematura ante la inexistencia a la fecha de nombramientos. En caso que usted este en la lista de elegible y se realice nombramiento a su nombre, esta administración procederá a

² T 260 de 2018

informarle a través de la dirección electrónica que para tal fin usted autorizo ante la CNSC"

Efectivamente la administración negó la posesión al cargo mediante respuesta emitida el 17 de noviembre de 2022, respuesta que hace las veces de acto administrativo. No obstante, no se evidencia que la parte actora hubiera agotado alguna acción ante la vía judicial administrativa para obtener la posesión que pretende. Además, se observa que la lista de elegibles quedó en firme el pasado 26 de octubre de 2022, cuenta con gran parte del término de vigencia para buscar su cumplimiento.

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

De acuerdo con lo manifestado, es posible inferir que Mercy Liliana Carrascal Mena tiene a su cargo la dirección del hogar, pero no se evidencia la condición de cabeza de familia que predica con el fin de obtener la solicitud de amparo para evitar un perjuicio irremediable. Solo aportó los registros civiles de sus hijas menores, allí figuran como padres los señores Herinton de Jesús Mosquera Andrade y Holman Nick Córdoba Lozano, nada se dijo frente a los mencionados quienes cuentan con la obligación legal de responder por las menores.

iii) Finalmente, frente al planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo. Como se informó en el primer punto, Mercy Liliana Carrascal Mena no acudió ante la jurisdicción administrativa en búsqueda de la protección de amparo previo acudir a esta. No es posible para el Juez de tutela dilucidar si efectivamente esa vía no es la idónea, pues, se indicó que la suspensión del cargo fue por medio de una medida cautelar emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Apartadó Antioquia, pero dicha decisión no fue incorporada ni discutida por la parte actora, siendo imposible en este momento, dilucidar un problema constitucional en el caso planteado. Por tanto, es necesario agotar la vía ordinaria como requisito de subsidiaridad y de existir controversia frente a una posible protección ineficaz plantear el problema constitucional que amerite la intervención del juez de tutela.

De acuerdo con lo anterior, no satisface el requisito de subsidiariedad. Sin más consideraciones se confirmará la decisión impugnada por la expuesto en esta providencia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión del 7 de diciembre de 2022 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó Antioquia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **b1bbd1f1cd41eb86250307e3f331f7840bd0a6510b50ac01c61a6404e4014c09**

Documento generado en 12/02/2023 03:13:43 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, nueve (9) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 09 de la fecha

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Pertinencia
Radicado	05 591 61 00205 2018 80294 (N.I TSA 2023-0139-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra la decisión proferida en el curso de la audiencia preparatoria que se adelanta en contra de Deiby Johany Restrepo Vergara en el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario de 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 Y ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

La fiscalía en la acusación presentó los hechos así: *“Mediante denuncia interpuesta el 18 de agosto de 2016 por la señora JULIANY ESTELA MARIN GUTIERREZ en representación de su hija de 13 años de edad, NVM, en contra de DEIVY GIOVANNY RESTREPO, ya que al parecer, ha realizado conducta sexual en contra de su hija y además se encuentra en estado de embarazo. La menor es escuchada ante la Comisaria de Familia de Puerto Triunfo, señalando el profesional que su testimonio es apto. Igualmente se cuenta con protocolo de informe pericial integral en la investigación de delito sexual, donde se indica un embarazo de 21 semanas. La menor señala que el padre del bebe que espera es DEIVY GIOVANNY RESTREPO, ya que ha venido sosteniendo relaciones sexuales con él, hace un tiempo. Con el fin de obtener elementos materiales probatorios, importantes para la investigación, se realizó prueba de ADN entre el bebe de la menor NVM y el implicado, obteniendo resultados negativos. Sin embargo, la adolescente, es clara en indicar que sostuvo relaciones sexuales con el encartado desde los 11 años de edad, en varias oportunidades en el municipio de Puerto Triunfo”.*

El 30 de enero de 2023 en el desarrollo de la audiencia preparatoria fueron presentadas las solicitudes probatorias. En lo que interesa en este asunto, la defensa solicitó a la testigo común menor víctima N.V.M. con el fin de preguntarle lo siguiente: las circunstancias ocurridas en el momento que observó a Juan José Chica (testigo de la defensa) junto con el acusado, con el fin de que indique cuál fue su actitud. Si huyó del lugar, si lo saludó, o si exteriorizó algo cuando se encontró con el

acusado. El Juez resolvió no admitir la testigo común por falta de pertinencia.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la Defensa interpuso y sustentó el recurso de apelación. Sus razones son esencialmente las siguientes:

Afirma que es necesario interrogar la testigo de lo contrario la teoría de la defensa quedaría inestable. Como en los HJR no se dijo nada al respecto, por eso es necesario traer el tema a colación para analizar el comportamiento de la menor. Con ello no encuentra la defensa que se vean afectados los derechos fundamentales de la menor.

No recurrentes

La fiscalía solicita mantener la decisión. La afectación de derechos de la menor no fue el argumento del Juez para inadmitir la solicitud probatoria. El argumento fue la falta de pertinencia. En nada tiene que ver la reacción de la menor un día diverso al de los hechos frente al tema planteado por la defensa.

El representante de la víctima solicita se confirme la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

La Sala definirá la inconformidad del recurrente estrictamente en el punto cuestionado en aplicación de la limitación del recurso de apelación. Se deberá determinar si la decisión del Juez de negar la testigo común menor víctima N.V.M. a la defensa, atendió los criterios

legales y jurisprudenciales previstos para el efecto. La Sala confirmará el auto impugnado, por las siguientes razones:

La Sala de Casación Penal realizó un análisis que resulta útil para solventar el presente asunto.¹ En esa ocasión el Tribunal que actuó en primera instancia negó la prueba por ausencia de argumentación referida a la pertinencia y utilidad de los elementos de prueba y la Corte subrayó la imposibilidad del Juez de sustituir la carga de la parte de brindar las razones que respalden la necesidad de practicar en juicio oral las pruebas que sirvan de sustento a su teoría del caso o estrategia.

Aunque la Corte en esa oportunidad se refirió directamente a una falencia de la fiscalía, la misma regla se impone a la defensa, quien, debido al principio de igualdad de armas, está en las mismas condiciones de su contraparte.

En este contexto, la decisión del Juez fue correcta. La defensa alega en la apelación que con el testimonio -se analizara cuál era el comportamiento de la menor, información que es necesaria para la estrategia defensiva-. La Sala revisó la solicitud probatoria y no es posible acoger la propuesta que presenta la defensa. Veamos:

Al momento de solicitar la prueba el defensor no otorgó ninguna justificación de pertinencia que permitiera relacionar la finalidad con la que pretende interrogar a la testigo con el hecho investigado. La

¹ Sentencia radicado 43554 de 2015 “es evidente que la iniciativa probatoria no le compete al Juez, pues de acuerdo con el modelo acusatorio esa atribución le está conferida a las partes (artículo 361 de la Ley 906 de 2004), pero le corresponde, de acuerdo **con las razones que le han entregado las partes al sustentar su solicitud de pruebas**, definir cuáles son lícitamente útiles y tienen relación con los hechos. (...) **Ninguna excusa puede existir para que el acusador no esté en capacidad de dar una explicación clara y puntual sobre la relación directa o indirecta del medio de conocimiento con los hechos que constituyen tema de prueba.**”(Negrillas fuera del texto original).

defensa solo se limitó a decir que: *“se le preguntará de manera directa a la menor cuales fueron las circunstancias específicas en que vio al señor Deiby con el señor Juan José Chica. Qué fue lo que le manifestó y si ella al ver que llegó con otro compañero, emprendió la huida o por el contrario saludó a Deiby como cualquier otra persona o si exteriorizó un saludo o si le dio pena y salió a correr”*². Luego, informó en la apelación, que la finalidad era determinar el comportamiento de la menor, explicación que no dilucida la relación de la prueba con los hechos presentados por la fiscalía o con alguna estrategia de defensa.

En conclusión, la defensa que tenía la carga de argumentar su solicitud probatoria no definió la pertinencia. Acertó el Juez en su decisión.

Por lo anterior, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA** en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

CONFIRMAR la decisión apelada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

² Record 00:30:04 a 00:30:46 “11VideoAudienciaPrepa...mp4”

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: **60998a802325b474d5676ff3f97c34f7d6a02ca2c5d893fa22af4f0f9f6bf3ba**

Documento generado en 12/02/2023 03:14:11 PM

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

Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad

Condenado: Gustavo Adolfo Meneses

Delito: Fuga de presos

Radicado: 05-001-63-00-502-2017-00038

(N.I. TSA 2023-0111-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, nueve (9) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 09 de la fecha

Proceso	Auto Interlocutorio – Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
Instancia	Segunda
Apelante	Condenado
Tema	Requisitos para la redención de pena
Radicado	05-001-63-00-502-2017-00038 (N.I. TSA 2023-0111-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado FERNANDO DE JESÚS FONNEGRA AREIZA, en contra del auto interlocutorio No. 3175 del 27 de septiembre de 2021, proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario - Antioquia, mediante el cual le negó una redención de pena.

Es competente el Tribunal Superior de Antioquia en atención a lo previsto en el artículo 34 numeral 6 de la Ley 906 de 2004.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 20 de septiembre del año 2019, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín - Antioquia condenó a GUSTAVO ADOLFO MENESES a la pena de veinticuatro (24) meses de prisión al hallarlo penalmente responsable, como cómplice, del delito de fuga de presos.¹

El 23 de septiembre del año 2022, MENESES solicitó la redención de la pena hasta dicho mes.² Petición resuelta de manera parcialmente favorable mediante auto No. 3261 del 4 de noviembre del mismo año, emitido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario – Antioquia, toda vez que solo se contaba con elementos que acreditaran las actividades desarrolladas para tal fin y su correspondiente evaluación para los meses de mayo y junio de esa anualidad.³

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión se presentó oportunamente el recurso de reposición y en subsidio apelación en vía de la revocatoria del auto y consecuentemente se le reconozca la redención de la pena.

Señala que cumple con los requisitos exigidos por la Ley, pues ha asistido a las diferentes actividades para redimir la pena. Sin embargo, aduce que producto de la negligencia de las diferentes autoridades involucradas en el trámite no se le ha concedido la redención.⁴

Mediante auto del 12 de enero de 2022, la Juez decidió no reponer su decisión y remitió a esta Corporación.⁵

¹ Folios 10-17 del archivo "01ProcesoDigital".

² *Ibíd*em, folio 95.

³ *Ibíd*em, folios 96-100.

⁴ *Ibíd*em, folios 115-142.

⁵ *Ibíd*em, folios 153-159.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que absolverá la Sala consiste en establecer si fue acertada la decisión del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario – Antioquia de reconocer la redención de pena solo por los meses de mayo y junio de 2022, sin tener en cuenta los demás meses del año. Se confirmará el auto impugnado por las siguientes razones:

El artículo 101 de la ley 65 de 1993 establece:

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

A su vez el artículo 102 de la misma ley impone:

“RECONOCIMIENTO DE LA REBAJA DE LA PENA. La rebaja de pena de que trata este título será de obligatorio reconocimiento de la autoridad respectiva, previo el lleno de los requisitos exigidos para el trámite de beneficios judiciales y administrativos”.

En este orden, el Juzgado que le vigila la pena a GUSTAVO ADOLFO MENESES reconoció la redención de pena por 18 días, en relación a las horas que para el efecto se acreditaron entre los meses de mayo y junio de 2022, conforme a certificados 18573163 y 8742708 de julio del mismo año,⁶ en relación a los demás meses del año no concedió redención ya que no se

⁶ Ibídem, folios 93-94.

Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad

Condenado: Gustavo Adolfo Meneses

Delito: Fuga de presos

Radicado: 05-001-63-00-502-2017-00038

(N.I. TSA 2023-0111-5)

acreditó el cumplimiento de actividades que sirvieran para tal efecto y que no hubiesen sido evaluadas. Conforme a ello, solicitó al Establecimiento Penitenciario, donde se encuentra privado de la libertad GUSTAVO ADOLFO, remitir los certificados que sirvieran para la redención de la pena entre julio y septiembre de 2022.

Si el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario – Antioquia no contaba con los documentos necesarios para analizar el cumplimiento de los requisitos de la redención pedida por el sentenciado, es acertado que la haya negado.

En efecto, si bien el legislador dispuso unas formas para redimir la pena, tal posibilidad no se activa de manera automática por el solo hecho de realizar actividades de estudio, trabajo y/o enseñanza, pues para alcanzar una redención de pena, el Juez de Ejecución de Penas debe verificar los requisitos legales. De ahí que no sea posible aceptar, como propone el recurrente, que se acceda a la redención sólo porque a su parecer cumple con los requisitos.

Ahora, importa destacar que, para garantizar los derechos de GUSTAVO ADOLFO MENESES la Juez pidió a la autoridad correspondiente que le remitiera los informes del trabajo o estudio de este a fin de verificar la posibilidad de redención entre los meses de julio a septiembre de 2022.

Entonces, se confirmará el auto interlocutorio No. 3261 del 4 de noviembre de 2022, proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario - Antioquia.

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 decisión por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad

Condenado: Gustavo Adolfo Meneses

Delito: Fuga de presos

Radicado: 05-001-63-00-502-2017-00038

(N.I. TSA 2023-0111-5)

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de origen y naturaleza conocidos.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO CORREA ARENAS

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: **95917e2601fb3e65ea976a380597bfc5afad286c5f5dda4c1069b79aff133bc4**

Documento generado en 12/02/2023 03:14:02 PM

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

Consulta sanción por desacato

Incidentista: Alberto De Jesús Gómez Agudelo a través de apoderado

Accionado: Nueva EPS

Radicado: 057363189001 2022 00212 00

N.I. 2023-0183-5



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, trece (13) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 11

Proceso	Incidente de Desacato
Instancia	Consulta Sanción por Desacato
Sancionado	Nueva EPS
Radicado	057363189001 2022 00212 00 □ N.I. 2023-0183-5
Decisión	Revoca sanción

ASUNTO

La Sala resolverá la consulta de sanción que por desacato impusiera el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia (Ant.) a Fernando Adolfo Echavarría Diez en su condición de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS por no cumplir un fallo de tutela.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia Antioquia mediante fallo del 13 de diciembre de 2022 decidió lo siguiente: “*PRIMERO: DECLARAR la carencia*

actual de objeto por HECHO SUPERADO dentro de la presente acción de tutela promovida por ALBERTO DE JESÚS GOMEZ AGUDELO, quien actúa por intermedio de apoderado judicial contra la NUEVA EPS, respecto al suministro de los medicamentos empaglifozina 25 mg (tableta) y sitagliptina 50 mg. SEGUNDO: ORDENAR a LA NUEVA EPS que brinde al señor GOMEZ AGUDELO los servicios, tratamientos y medicamentos que requiera para la recuperación integral de su salud, derivados de las patologías “hipertensión arterial primaria y diabetes mellitus insulino dependiente” que padece el paciente”.

La decisión fue impugnada por la Nueva EPS, correspondiendo por reparto a esta Sala decidir la segunda instancia. La decisión fue confirmada por el magistrado ponente y se encuentra pendiente la aprobación por los magistrados revisores.

Ahora, Alberto de Jesús Gómez Agudelo a través de su apoderado presentó incidente de desacato en contra de la Nueva EPS por incumplimiento al fallo de tutela.

El 12 de enero de 2023 se requirió a Fernando Adolfo Echavarría Diez en su condición de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS debido al incumplimiento de la orden. Respecto al requerimiento, la entidad informó:

“Frente al caso objeto de estudio, informa que el área técnica de salud de dicha EPS se encuentra realizando “(...) el análisis, verificación y gestiones necesarias, con el fin de dar respuesta a la solicitud del accionante. En ese sentido, NUEVA 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. Mientras ello se resuelve no debe ser tomado esto como prueba ni indicio alguno de que lo requerido haya sido o esté siendo negado por la entidad.”

Mediante auto del 18 de enero de 2023 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia Antioquia abrió formalmente incidente de desacato en contra de Fernando Adolfo Echavarría Diez en su condición de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS por incumplimiento a la orden.

Al no acreditarse el cumplimiento, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia Antioquia mediante auto del 24 de enero de 2023, sancionó a Fernando Adolfo Echavarría Diez en su condición de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS a cinco (5) SMLMV y tres (3) días de arresto.

Se estableció comunicación telefónica con la parte incidentista quien informó que, aunque la Nueva EPS realizó entrega de unos medicamentos la semana pasada, son de la orden del mes anterior. Advirtió que no se ha hecho entrega del medicamento Sitagliptina y Empaglifozina.¹

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El incidente de desacato a un fallo de tutela, de que tratan los artículos 52 y ss. del Decreto 2591 de 1991, es una actuación correccional comprendida dentro del género llamado “*Derecho Sancionatorio*” y las sanciones establecidas por la ley para el incumplimiento de los fallos de tutela, denominado desacato, hacen parte de ese derecho.

Este tipo de sanciones se rigen por los mismos principios y categorías básicas del Derecho Penal, propio de la figura sancionatoria por desobedecimiento a la Ley, al punto que puede concurrir con la conducta punible de fraude a resolución judicial.

Para decidir de fondo un incidente de desacato como consecuencia de no acatar la orden constitucional, es necesario que el juzgador examine los diferentes elementos cuya concurrencia son obligatorios para predicar responsabilidad por la desatención de una orden de tutela. Si no se presenta alguno de los presupuestos requeridos, no se podrán imponer las sanciones prescritas en la Ley.

¹ “Constancia Auxiliar Judicial Consulta 2023-0184-5”

Para establecerse el incumplimiento de la orden de tutela, debe fijarse el alcance de la misma, las notificaciones efectivas, los responsables de su cumplimiento y **capacidad o posibilidad de hacerla efectiva**.

La sola verificación objetiva del incumplimiento de una sentencia de tutela no puede conducir a la imposición de una sanción correccional, pues adicionalmente se ha de constatar la responsabilidad subjetiva, esto es, que el desacato ha sido deliberado, lo que se acredita con la rebeldía del accionado, a pesar de los requerimientos para que cumpla la orden de tutela.

El problema jurídico por resolver se concreta en la responsabilidad que le asiste a la entidad que resulta obligada en el fallo de tutela y así establecer si debe confirmarse la sanción impuesta desde la primera instancia a Fernando Adolfo Echavarría Diez en su condición de Gerente Regional Noroccidente de la Nueva EPS, debido al incumplimiento que al parecer se sostuvo respecto a la orden constitucional proveniente del Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia (Ant.).

Revisado el trámite impartido por el juez de primera instancia, se observó que el despacho no le precisó al Representante Legal de la entidad cual era la atención que a la fecha no se había realizado, cuando esta se reclamaba en razón del **tratamiento integral concedido**. Por tanto, la desatención de un requerimiento genérico, se convierte en inútil tanto para contribuir al cumplimiento de la decisión como para deducir responsabilidad subjetiva del sancionado. Sobre los presupuestos para sancionar ver sentencia de la Corte Constitucional C-367 del 11 de junio de 2014.²

² “4.3.4.1. Sobre la naturaleza del incidente de desacato, la doctrina pacífica de este tribunal, sintetizada en la Sentencia T-652 de 2010, ha hecho las siguientes precisiones: ... (viii) el ámbito de acción del juez, definido por la parte resolutoria del fallo correspondiente, le obliga a verificar en el incidente de desacato: “(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada)”². De existir el incumplimiento “debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada”². (...)...A pesar de ser un trámite breve, en todo caso se debe comunicar la iniciación del incidente a la persona de quien se afirma ha incurrido en desacato, para que pueda ejercer su derecho a la defensa y aportar o solicitar las pruebas necesarias para demostrar el cumplimiento del fallo de tutela o la imposibilidad de dicho cumplimiento, pues para que se configure el desacato se requiere, entre otras condiciones, demostrar la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) de la persona incumplida y el vínculo de causalidad entre ésta y el incumplimiento². Para resolver el trámite incidental de desacato a un fallo de

Lo anterior, debido a que, en sentencia de tutela del 13 de febrero de 2022, el Juez determinó declarar hecho superado frente a la entrega de los medicamentos Sitagliptina y Empaglifozina, y ordenar el tratamiento integral. En esa oportunidad se constató que la Nueva EPS entregó el 10 de diciembre de 2022 el medicamento requerido. Ahora, según lo informó el incidentista *"la semana pasada recibió unos medicamentos"* pero aun así afirmó que se encuentran pendientes la entrega de la Sitagliptina y la Empaglifozina. No obstante, en el escrito de tutela no se hace referencia a la falta de entrega de otros insumos, y en el escrito de desacato solo refiere el incumplimiento a la orden de tutela en razón al tratamiento integral concedido. No se especifica cual es la omisión puntual de la entidad ni se adjuntan las ordenes pendientes por materializar.

Esto último debido a que, para cumplir la orden de tratamiento integral es inescindible que existan las prescripciones médicas con la debida justificación del médico tratante, impidiendo con esto, que se ordene el cumplimiento de servicios hipotéticos, futuros e inciertos que aún no están ordenados por el médico tratante.

Por tanto, no se observa una desatención de la orden de tutela, al contrario, con la entrega del medicamento el pasado 10 de diciembre y el insumo entregado *"la semana pasada (...)"*,³ se denotan acciones tendientes al cumplimiento, sin que se conozca porque no se pudo culminar exitosamente la gestión.

En consecuencia, como el trámite se encuentra viciado en cuanto a la imposibilidad de la accionada de cumplir una orden genérica, se debe proceder a revocarse la sanción. Así las cosas, hasta el momento no es

tutela es imperioso respetar el principio de necesidad de la prueba, como elemento esencial del derecho a la defensa y del debido proceso, al punto de que, en casos excepcionalísimos, siempre y cuando haya una justificación objetiva y razonable, consignada en una providencia judicial, si la práctica o recaudo de la prueba supera el antedicho término, el juez pueda excederlo para analizar y valorar esta prueba y tomar su decisión".

³ Así lo indicó el incidentista en comunicación establecida con el Auxiliar Judicial del Despacho "Constancia Auxiliar Judicial Consulta 2023-0184-5"

posible cargar la responsabilidad subjetiva de omisión alguna al representante legal de la Nueva EPS.

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

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la sanción impuesta a Fernando Adolfo Echavarría Díez, en su calidad de representante legal de la Nueva EPS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Remítase el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

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: **508cb2ac8432f9232a76c9541923ad0800fcc70d6491fc767902d70ef9387385**

Documento generado en 13/02/2023 10:10:03 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, trece (13) de febrero de dos mil veintitrés

Sentencia segunda instancia Ley 906 de 2004

Acusado: Juan Guillermo González Ospina

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años y otro

Radicado: 05-674-61-00126-2014-80155

(N.I. TSA 2022-1646-5)

De conformidad con las facultades otorgadas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, se fija fecha y hora para la lectura de sentencia dentro del proceso de la referencia para el día **JUEVES DIECISEIS (16) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022), A LAS DIEZ Y TREINTA (10:30) HORAS.**

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

COMÚNIQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Rene Molina Cardenas

Firmado Por:

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: **b92c521f4110d395040d685e0822537702d54f51a25dc0581a7626a2251613a7**

Documento generado en 13/02/2023 10:32:00 PM

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