

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 039

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
2022-0922-1	Auto ley 906	CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES	CARLOS ANDRÉS TORRES ACEVEDO	Fija fecha de publicidad de providencia	Marzo 03 de 2023
2023-0196-1	Tutela 2° instancia	SEBASTIÁN ÁLVAREZ VILL	COLPENSIONES	Decreta nulidad	Marzo 03 de 2023
2023-0212-1	Tutela 2° instancia	RODRIGO ANDRÉS ECHEVERRY OME	NUEVA EPS	Confirma fallo de 1° instancia	Marzo 03 de 2023
2023-0279-1	Tutela 1ª instancia	LUIS ALFREDO SALAS URIELES	JUZGADO 1° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Rechaza acción de tutela	Marzo 03 de 2023
2023-0325-1	Consulta a desacato	BLANCA MARÍA ZULUAGA DUQUE	SAVIA SALUD EPS Y COLPENSIONES	Revoca sanción impuesta	Marzo 03 de 2023
2023-0334-1	Auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	LUIS ALEJANDRO RÚA CÉSPEDES	confirma auto de 1° Instancia	Marzo 03 de 2023
2023-0148-2	Auto ley 906	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	CARLOS ALBERTO SÁNCHEZ GUTIERREZ	confirma auto de 1° Instancia	Marzo 03 de 2023
2023-0303-4	Decision de Plano	PECULADO POR APROPIACION	CARLOS ARTURO MARÍN LONDOÑO	Declara infundado impedimento	Marzo 03 de 2023
2022-0529-4	Incidente de Desacato	JHON FRANK GÓMEZ NOREÑA	JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE LA CEJA ANTIOQUIA Y OTROS	Archiva incidente	Marzo 03 de 2023
2023-0236-5	Auto ley 906	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	FABIO ANDRÉS ORTIZ SOSA	Decreta nulidad	Marzo 03 de 2023
2023-0141-5	Tutela 2° instancia	FABIÁN DE JESÚS MARÍN GARCÍA	UARIV	Confirma fallo de 1° instancia	Marzo 03 de 2023

2023-0038-6	Tutela 1ª instancia	HORACIO DE JESÚS GUZMÁN GUTIÉRREZ	COMISARIA DE COMISARIA DE FAMILIA DE LIBORINA ANTIOQUIA Y OTROS	Concede recurso de apelación	Marzo 03 de 2023
2023-0231-6	Auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	OCTAVIO DE JESUS CIFUENTES VÉLEZ Y OTROS	Fija fecha de publicidad de providencia	Marzo 03 de 2023
2022-0856-5	Sentencia 2ª instancia	LESIONES PERSONALES	OLBER LEÓN ZAPATA RUA	Confirma sentencia de 1º Instancia	Marzo 03 de 2023
2023-0058-5	Sentencia 2ª instancia	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	VITALINO GUEVARA MENA	Confirma sentencia de 1º Instancia	Marzo 03 de 2023

FIJADO, HOY 06 DE MARZO 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, dos (02) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FECHA AUDIENCIA

Radicado:	2022-0922 (05 000 22 04000 2022 00286)
Proceso:	Acción de Revisión
Delitos:	Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales y Peculado por Apropiación
Accionante:	Carlos Andrés Torres Acevedo
Providencia:	Sentencia

=====

De conformidad con el inciso 3° del artículo 179 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, atendiendo la disponibilidad de la Sala de Audiencias de la Corporación, fijase como fecha para la realización de la diligencia de lectura de la decisión, para el **JUEVES NUEVE (09) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023), A LAS 10:00 A.M.**

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

conexión.

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

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado ¹

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

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

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

Código de verificación: **afecba6d11c62e90535318a705b9b6368722a1b3660c6c14dea3548bdc6d5903**

Documento generado en 02/03/2023 01:26:17 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, dos (02) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 040

PROCESO : 05615 31 04 001 2023 00004 (2023-0196-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : SEBASTIÁN ÁLVAREZ VILLA
AFECTADA : ÁNGELA MARÍA SÁNCHEZ GÓMEZ
ACCIONADO : AFP COLPENSIONES
PROVIDENCIA : DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

Se resuelve mediante esta providencia, el recurso de apelación interpuesto por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, contra la sentencia del 27 de enero de 2023 a través de la cual el Juzgado Primero Penal de Circuito de Rionegro (Antioquia) decidió conceder el amparo del derecho fundamental de petición deprecado por el apoderado judicial de la señora ÁNGELA MARÍA SÁNCHEZ GÓMEZ, que presuntamente vienen siendo vulnerados por la entidad accionada.

LA DEMANDA

Relató el accionante que radicó un derecho de petición en favor de la

señora Sánchez Gómez a la entidad COLPENSIONES donde solicita la pensión de vejez, desde el 23 de agosto de 2022.

Afirmó que hasta la fecha han transcurrido más de cuatro meses desde que se presentó la solicitud a la entidad accionada sin obtener respuesta alguna y frente a la violación inminente de su derecho fundamental, acude a la acción de tutela para que se ordene a COLPENSIONES resolver de manera inmediata, congruente y de fondo el derecho de la petición presentado el 23 de agosto de 2022.

LA RESPUESTA

La Administradora de Pensiones Colpensiones, durante el término del traslado de la presente acción constitucional, guardó silencio respecto a los hechos objeto de la tutela y pretensiones de la presente acción constitucional, pese a estar debidamente notificada a su correo electrónico notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co, por lo que se le dio aplicación al contenido del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

EL FALLO IMPUGNADO

La Juez de Primera Instancia concedió la protección de los derechos fundamentales, al advertir que:

“...El doctor SEBASTIÁN ÁLVAREZ VILLA, interpuso acción constitucional a fin de que se proteja el derecho fundamental de petición de su representada ÁNGELA MARÍA SÁNCHEZ GÓMEZ, toda vez que se radicó derecho de petición de información desde el 22 de agosto de 2022 y a la fecha se

encuentra sobre pasado el tiempo límite para dar respuesta de fondo a la petición por parte de la entidad accionada AFP COLPENSIONES.

Pretende el apoderado judicial que mediante la presente acción constitucional se ordene además a COLPENSIONES, que dé respuesta de fondo a la solicitud de información que le fue presentada.

Ahora bien, la Jurisprudencia Constitucional ha establecido que la efectividad y el respeto al derecho de petición, se da en la medida en que el funcionario emite una respuesta de fondo, clara, congruente, oportuna y con una notificación eficaz.

En relación con estos elementos, se tiene que la respuesta debe encontrarse libre de evasivas o premisas ininteligibles que desoriente el propósito esencial de la solicitud; sin que impida que el funcionario suministre información adicional relacionada con los intereses del peticionario. Respecto a la oportunidad, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, sostuvo que la administración debe resolver con la mayor celeridad posible, dentro del término establecido por el legislador.

Aprueba este Despacho Judicial, conforme a las pruebas aportadas por mismo el accionante, y frente al silencio de la entidad accionada, que la petición no ha sido contestada, que ya han transcurrido tiempo suficiente para que la entidad emitiera pronunciamiento de fondo y sin que se pueda inferir que cesó la vulneración al derecho fundamental invocado por la accionante y que tiene conexidad con otros derechos fundamentales, como lo son el debido proceso y el minio vital.

En esas condiciones, será protegido el derecho de petición de la señora ÁNGELA MARÍA SÁNCHEZ GÓMEZ a fin de que la AFP COLPENSIONES en el término de (48) cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta decisión, procesa a dar respuesta a la petición de información...”

LA IMPUGNACIÓN

La Dra. Malky Katrina Ferro Ahcar, directora (a) de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, manifestó que solicita la nulidad de lo actuado dentro del trámite de tutela debido a que no existe notificación del auto admisorio, escrito de tutela y sus anexos a esa Administradora.

Indicó que una vez revisado el correo oficial; esto es, notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co no se evidenció

notificación del auto admisorio proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Rionegro, por consiguiente Colpensiones desconoció lo pretendido por el accionante y no pudo ejercer el derecho de defensa y contradicción dispuestos en pro de garantizar los principios constitucionales.

Afirmó que si bien el despacho remitió el 16 de enero de 2023 a las 15:41 correo electrónico denominado: “Notificación Admisión Tutela-ÁNGELA MARÍA SÁNCHEZ GÓMEZ”, al revisar los documentos adjuntos se observó que correspondían a la acción de tutela presentada por el señor REIMUNDO GÓMEZ VESGA con radicado 2021-00143, por lo tanto, no hubo notificación del auto admisorio y los anexos correspondientes. Teniendo en cuenta las consecuencias de dicha omisión, solicitó se declare la nulidad procesal de las actuaciones de la acción constitucional y en su lugar, rehaga las acciones propias del debido proceso y la doble instancia a través de la notificación del auto admisorio de tutela para que sea puesto en conocimiento de esa Administradora y así se puedan rehacer las actuaciones del trámite constitucional a partir de dicho auto; ya que como no se dio el respectivo traslado de la admisión con los anexos que permitieran conocer los hechos y pretensiones de la tutela, no se pudo ejercer la correspondiente defensa sobre el caso.

En cuanto a la orden impartida expresó que el fallo de tutela en el presente caso amparó el derecho fundamental de petición, requiere que se remita el expediente al juez de segunda instancia para que se estudien los argumentos y pruebas que allí reposan, en procura de poder realizar un análisis juicioso y detallado de las manifestaciones hechas por la accionante frente a la reclamación de protección de sus derechos fundamentales, que respeten el derecho de defensa y

contradicción de la entidad, razón por la que se hace indispensable la declaratoria de nulidad del fallo de tutela a partir del auto admisorio de la tutela.

Afirmó que una vez verificados los aplicativos de la entidad, se logró evidenciar que existe solicitud de cumplimiento de sentencia radicada el 29 de julio de 2022 bajo radicado BZ 2022_10474276, y posteriormente solicitud administrativa de reconocimiento de la pensión de vejez presentada el 23 de agosto de 2022 bajo BZ 2022_11899685 frente a lo cual esa Administradora se encuentra comprometida en el cumplimiento de las órdenes judiciales, sin embargo, para acatar de manera integral las sentencias judiciales proferidas por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín modificado por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Primera de Decisión Laboral bajo el proceso ordinario con radicado 2018-00362, se requiere inicialmente anular la trazabilidad de salida del Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el fin de que quede afiliada por sentencia judicial a Colpensiones, lo cual se realizó por parte de esa entidad.

Aseveró que para proceder a acreditar los aportes en la historia laboral de la accionante, esa entidad se encuentra a la espera de que la AFP Protección realice el traslado de aportes para efectuar el respectivo cargue en las bases de datos de Colpensiones, motivo por el cual depende de que dicha entidad realice las gestiones a su cargo con el fin de actualizar la historia laboral correctamente conforme a la orden judicial y una vez culmine dicho procedimiento se pueda resolver acerca del reconocimiento de la pensión de vejez.

Dijo que esa administradora entiende que el acatamiento de los fallos

dictados por los funcionarios judiciales es un imperativo indiscutible de un Estado Social y Democrático de Derecho, sin embargo, también es claro que buscar el cumplimiento de una orden judicial a través del mecanismo constitucional, deviene en una acción improcedente por la existencia de otros mecanismos, máxime cuando no se ha demostrado un perjuicio irremediable.

Informó que la orden del fallo ordinario es una de aquellas considerada “orden compleja”, pues para acatarse, Colpensiones debe desarrollar actuaciones administrativas que no le son imputables únicamente la entidad, sino que además se requiere de la intervención del fondo de pensiones PROTECCIÓN por lo que hasta que ella no desarrolle las actividades a su cargo, no será posible acatar integralmente el fallo ordinario laboral, toda vez que inicialmente se debe realizar una gestión para que la afiliación de Colpensiones quede sincronizada en SIAFP lo cual depende de la AFP y del administrador de Sistema, posteriormente debe realizarse el traslado de los recursos que se encontraban en la AFP, para poder proceder a verificar la imputación y actualizar la historia laboral.

Señaló que la información trasladada debe tener un proceso de consistencia para que este se actualice y al momento de publicarse en el aplicativo SIAFP (El Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión), Colpensiones pueda tomar el archivo y acreditarlo en la historia laboral. Eso solo pasa tres (3) días después de que la AFP y Asofondos ponen a disposición de la COLPENSIONES el archivo, que una vez bajado del sistema puede ser actualizado, verificado e imputado y, en tanto la AFP no entregue esa información, tampoco es posible aseverar que los valores de cotizaciones, rendimientos, etc, son traslado de manera completa.

Advirtió que al haber estado afiliado y aportando en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por varios años, COLPENSIONES desconoce por completo con que empleadores, bajo que Ingreso Base de Cotización se ha hecho, cual ha sido el momento del aporte, etc. Esa información es la que traslada la AFP a través del procedimiento descrito con archivo consistente.

Finalmente, solicitó se declare la nulidad del trámite de tutela por indebida notificación a COLPENSIONES del auto admisorio de la tutela, como quiera que solo conocieron de la presente acción constitucional debido a la notificación del fallo, sin que les hubieran permitido ejercer adecuada defensa.

CONSIDERACIONES

Sería del caso que la Sala decidiera la impugnación interpuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, en contra de la decisión adoptada el 27 de enero de 2023 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia, si no fuera porque se observa que durante el trámite de la presente acción de tutela se incurrió en irregularidad sustancial que afecta de nulidad la actuación surtida.

En efecto, el mencionado yerro tiene relación directa con la indebida notificación de la entidad accionada, COLPENSIONES y la falta de integración del contradictorio del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., que dejó sin posibilidad de intervención y defensa a dichas

entidades.

A pesar de que el actor promovió la acción de tutela en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, la misma no fue notificada en debida forma ya que como lo indicó la entidad que si bien fue enviada una notificación al correo oficial de la entidad el escrito y sus anexos NO correspondían a la afectada sino al señor Reimundo Gómez Vesga con radicado 2021-0143, además en la impugnación hace referencia que la respuesta no depende exclusivamente de la entidad; sino que, está pendiente del trámite que debe desplegar la AFP Protección S.A., con el fin de unificar la historia laboral de la señora ÁNGELA MARÍA SÁNCHEZ GÓMEZ, situación que se hubiese conocido si se hubiera notificado y dado traslado del escrito tutelar y sus anexos en debida forma, entidades que debían ser oídas en éste trámite, situación que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro no advirtió al momento de enviar la notificación con el escrito de tutela y sus anexos.

Frente a este escenario, la Honorable Corte Constitucional en auto A 123 de 2009, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio del 19 de marzo de 2009, señaló:

"... Dentro de las decisiones que deben notificarse en el curso del proceso de tutela está el auto admisorio de la demanda, notificación que es de suma importancia, pues es el mecanismo procesal a partir del cual se efectúa la debida integración del contradictorio. La Corte en varias oportunidades ha señalado la necesidad de notificar al demandado la iniciación del procedimiento que se origina con la presentación de una acción de tutela en su contra, con el propósito de que pueda ejercer su derecho de defensa y hacer uso de las garantías propias del debido proceso, que le asisten en su calidad de sujeto pasivo de la acción¹. Esta Corporación ha expuesto que, en principio, lo ideal es la notificación personal. Sin embargo, si ésta es imposible de efectuar se debe proceder "a informar a las partes e interesados 'por edicto publicado en un diario de amplia circulación, por carta, por

¹ Auto 132 de 2005

telegrama, fijando en la casa de habitación del notificado un aviso, etc.' (Auto 012A de 1996), y adicionalmente, valiéndose de una radiodifusora e incluso, como recurso último, mediante la designación de un curador; adecuando en cada caso el desarrollo de la diligencia a la urgencia inherente a la acción de tutela, para lo cual el juez podrá dar cumplimiento al artículo 319 del Código de Procedimiento Civil en la parte que indica que a falta de un término legal para un acto, 'el juez señalará el que estime necesario para su realización de acuerdo con las circunstancias' (Auto 012A de 1996)².

(...)

2. Los efectos de la falta de notificación del auto admisorio de la demanda de tutela y del fallo de primera instancia.

La jurisprudencia constitucional ha sido clara en afirmar que la falta de notificación al demandado del auto admisorio de la demanda y de la sentencia de primera instancia a las partes dentro del proceso de tutela, para los fines de su defensa, vulnera su derecho al debido proceso. Por ello, siguiendo lo establecido en las normas del Código de Procedimiento Civil, aplicables en lo no regulado por el procedimiento de tutela, en dichos casos se genera nulidad de lo actuado. Al respecto en Auto de septiembre 7 de 1993, la Corte señaló:

"En el presente caso, al tenor del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el decreto 2282 de 1989, artículo 1º, numeral 8º), se presentan dos causales de nulidad: la del numeral 8º, cuando no se practica en legal forma, o eficaz en este caso, la notificación del auto que admite la acción al 'demandado' (...) y la del numeral 3º, por haberse pretermitido íntegramente una instancia, al no haber tenido la parte oportunidad de impugnar la sentencia, por no haber sido notificado en forma eficaz de ella.

Si bien es cierto que la nulidad contemplada en el numeral 8º, falta de notificación del auto que avocó el conocimiento de la tutela, habría sido saneable, en la forma prevista por el artículo 145 del mencionado Código, la causal 3, haberse pretermitido íntegramente una instancia, es de las nulidades insaneables".

(...)

En conclusión, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido distintas consecuencias a la falta de notificación al demandado del auto admisorio de la demanda y a las partes del fallo de primera instancia dentro del proceso de tutela. En la primera de tales situaciones ha señalado que se genera una nulidad saneable y ha optado por aplicar el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil; mientras que en la segunda ha considerado que se produce una nulidad insaneable en los términos del numeral 3º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, optando en tales casos por declarar la nulidad de lo actuado y remitir el expediente al despacho de instancia para que rehaga el trámite en debida y legal forma.

La Corte también ha precisado que si una de las partes o los terceros que no fueron notificados solicitan de manera expresa que se decrete la nulidad de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil, se deberá actuar de conformidad con ellas, procediendo a declarar la nulidad y a ordenar rehacer la actuación³.

² Sentencia T-247 de 1997.

³ Auto 115 A de 2008.

Ahora, es claro para la Sala que la Administradora Colombiana de pensiones – COLPENSIONES- debió ser notificada en debida forma con el escrito presentado por el accionante como todos los anexos aportados al trámite constitucional, además que se debe integrar al contradictorio al Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., como se deduce de la impugnación presentada por la entidad accionada.

Así las cosas, el contradictorio no ha sido debidamente integrado en este proceso y ello comporta irregularidad sustancial que vicia de nulidad el trámite cumplido.

Como para tener por adecuadamente integrado el contradictorio ha debido enviar el escrito tutela y sus anexos en el momento de la notificación del auto admisorio a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, además de vincularse al Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., notificándole de la iniciación de la presente acción de tutela y de las providencias que durante su trámite se emitieron, lo cual no se hizo, la conclusión razonable a la que sin dificultad se llega, es que se ha vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa de los citados, al carecer de la oportunidad de pronunciarse sobre la problemática constitucional planteada por el accionante en favor de la señora Ángela María Sánchez Gómez.

Con el fin de corregir la irregularidad detectada, se impone la invalidación de la actuación cumplida desde el auto que admitió la demanda constitucional, para que el Juzgado de Primera Instancia integre correctamente al contradictorio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones- y agregue como entidad vinculada a este trámite, Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., conforme con

lo anteriormente expresado.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la **NULIDAD** de la actuación cumplida, a partir, del auto de 16 de enero de 2023 por cuyo medio se avocó el conocimiento de la demanda de tutela, por las razones y fines expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Devolver la actuación al Juzgado de origen⁴ para que rehaga el trámite en debida y legal forma.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada

⁴ Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro 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: **9f9f1544b9088ca16a46683693811d387d9d6e52ee3adad261dc6a717a567b77**

Documento generado en 02/03/2023 05:56:58 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, dos (02) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 040

PROCESO	: 05440 31 04 001 2023 00014 (2023-0212-1)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	: RODRIGO ANDRÉS ECHEVERRY OME
ACCIONADO	: NUEVA EPS Y OTRO
PROVIDENCIA	: FALLO SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Apoderada Especial de la NUEVA EPS contra la sentencia del 02 de febrero de 2023, a través de la cual el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia, decidió conceder el tratamiento integral al señor RODRIGO ANDRÉS ECHEVERRY OME.

LA DEMANDA

Expuso el accionante que cuenta con 39 años y que desde el 2019 fue diagnosticado con fistula anorrectal compleja, la cual le ha originado desde entonces varios procedimientos quirúrgicos (drenajes) realizados por la especialista en coloproctología Dra. Cristina Isabel Martínez hincapié, y por situaciones de agenda de la especialista logró acceder a revisión el 23 de noviembre de 2022, quien lo remitió a un programa de terapias de piso pélvico y según evolución que se llevara a corrección quirúrgica con colgajo anorrectal, indicó que la NUEVA

EPS autoriza las terapias y en la primera cita le informan que no es pertinente hacer dichas terapias dado que se presenta un nuevo acceso y las terapias podrían originar que la infección se esparza por otras zonas.

Afirmó que, el 15 de diciembre de 2022, acude nuevamente ante la profesional en coloproctóloga, quien suspende las terapias, diagnostica fistula anorrectal compleja con trayectos segdarios recurrentes, y que presenta un nuevo acceso y trayecto en sitio antiguo (glúteo derecho) motivo por el cual ordenó los procedimientos de:

1. Drenaje de acceso isquiorrectal.
2. Fistulectomía ano-perineal.
3. Que según hallazgos se definirá retiro de drenes extra esfinterianos para posterior colgajo endorrectal según evolución, sin que a la fecha se le realicen los exámenes requeridos por el médico tratante.

Expuso que se encuentran vulnerados sus derechos por la entidad accionadas y es por esta razón que acude a la acción de tutela.

LAS RESPUESTAS

1.- El Hospital Pablo Tobón Uribe, da respuesta a través de la apoderada judicial y manifestó que el señor Rodrigo Andrés Echeverry Ome, quien se registra como afiliado a Nueva EPS, régimen contributivo, es un paciente de 37 años de edad con antecedente de fístula anorrectal compleja desde el año 2019 y registra múltiples atenciones en el Hospital Pablo Tobón Uribe y el pasado 15 de noviembre de 2022 asistió a consulta externa con coloproctología, en la cual se encontró un nuevo absceso y trayecto fistuloso en el glúteo derecho para lo cual, le entregaron órdenes para nuevo drenaje de

absceso isquiorrectal y fistulectomía ano-perineal, así como se registró que podría requerir posteriormente colgajo endorrectal según la evolución del paciente e informó que recibió autorización para el procedimiento quirúrgico de drenaje de absceso isquiorrectal junto con fistulectomía ano-perineal, por lo cual, le programó para el jueves 2 de febrero de 2023 a las 11:30 am con la Dra. Cristina Martínez.

Indicó que el Hospital Pablo Tobón Uribe ha cumplido oportunamente con las obligaciones como prestador de servicios de salud, de acuerdo con el criterio médico que le orienta, sin oponer ninguna limitación administrativa y/o financiera para el acceso a servicios. Por ello, no ha vulnerado ni puesto en peligro el derecho fundamental a la salud deprecado.

Alegó la falta de legitimación por pasiva, motivo por el cual solicitó declarar probada la excepción de falta de legitimidad por pasiva respecto al Hospital Pablo Tobón Uribe en la acción de tutela interpuesta por Rodrigo Andrés Echeverry Ome y como consecuencia, desvincular y/o exonerar al Hospital Pablo Tobón Uribe de la misma, toda vez que los hechos y pretensiones narrados y lo pretendido no le son imputables, ni son de su cargo.

2.- La NUEVA EPS, a través de su apoderado judicial, informó que asume todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido el usuario desde el momento mismo de su afiliación y en especial los servicios que ha requerido, siempre que la prestación de dichos servicios médicos se encuentre dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad y presta los servicios de salud dentro de la red de prestadores y de acuerdo con lo ordenado en la resolución 2292 de 2021 y demás normas concordantes, por tal motivo la autorización de medicamentos y/o tecnologías de la salud no

contemplados en el POS, las citas médicas y demás servicios se autorizan siempre y cuidando sean ordenadas por médicos pertenecientes a la red de Nueva EPS.

Indicó que la prestación de los servicios requeridos por el usuario 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 ante la entidad. Se debe aclarar también que los documentos y/u órdenes de acuerdo a la pertinencia médica allegados al presente trámite, también se encuentran siendo revisados a fin de que cumplan las políticas para su procesamiento, en este sentido, una vez el área encargada emita el concepto se remitirá al despacho por medio de respuesta complementaria junto con los respectivos soportes.

Expresó que la Nueva EPS no ha negado ningún servicio al usuario por cuanto no se aporta una prueba donde allí se demuestre, motivo por el cual no es posible que se conceptúe a futuro servicios que aún no se han solicitado y que en ningún momento la EPS ha negado, entendiéndose además que según las funciones propias de las EPS “los servicios solicitados deben ser sometidos a procesos de validación por pertinencia médica, procesos que van en cumplimiento normativo”.

Adujo que no ha vulnerado los derechos constitucionales de carácter fundamental del usuario, ni ha incurrido en una acción u omisión que ponga en peligro, amenace o menoscabe sus derechos. Todo lo contrario, se ha ceñido en todo momento a la normatividad aplicable en materia de Seguridad Social en Salud. Debido a ello, habida cuenta que no existe vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, que fuese atribuible a Nueva EPS, la solicitud de tutela de la referencia carece de objeto y que informa al Despacho que Nueva

EPS asume todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido el usuario desde el momento mismo de su afiliación y en especial los servicios que ha requerido, siempre que la prestación de dichos servicios médicos se encuentre dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad que, para efectos de viabilidad del Sistema General de Seguridad social en Salud, ha impartido el Estado Colombiano.

Frente al tratamiento integral afirmó que la orden de brindar un tratamiento futuro e incierto está limitado a la prestación de tecnologías en salud que ordene el médico tratante. Por tal motivo, debe entonces llamarse la atención por la importancia que esto representa en la viabilidad de cualquier acción legal, y no es otra que dentro de los soportes presentados con el escrito de tutela no se observa prueba siquiera sumaria que respalde o permita evidenciar una acción u omisión alguna desplegada por Nueva EPS que vulnere o amenace vulnerar los derechos fundamentales de quien actúa como parte accionante y que por lo anterior se puede concluir que las acciones de Nueva EPS están enmarcadas en la ley y, por lo tanto, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

Solicita no acceder a las pretensiones del accionante declarando la improcedencia de la acción de tutela en virtud de los fundamentos de hecho y de derecho, pues no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental al accionante. En cuanto a la solicitud de integralidad, dice que en este caso no es viable, acorde con las disposiciones de la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T – 531 de 2009, y

pide que en virtud de la Resolución 205 de 2020, por medio de la cual se establecieron unas disposiciones en relación al presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPS, se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra Nueva EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de primera instancia tuteló los derechos fundamentales concediendo las peticiones realizadas por el accionante, con los siguientes argumentos:

“...De los documentos que soportan las pretensiones del accionante y que fueron anexados a la acción de tutela, se observa que el mismo requiere de manera prioritaria el procedimiento denominado DRENAJE DE ACCESO ISQUIORRECTAL Y FISTULECTOMIA ANO-PERINEAL EN EL HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE por el diagnóstico Dx FÍSTULA ANO RECTAL.

Bajo este contexto, la accionante solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y la salud quienes cuentan con una especial protección constitucional y se le brinde de manera integral el tratamiento médico que demande su patología.

En el caso objeto de análisis, según la historia clínica aportada se evidencia que desde el 03 de enero de 2023 el médico tratante le prescribió el procedimiento antes referido, no obstante el afiliado debió acudir al acción de tutela porque la Nueva EPS, no había autorizado el mismo, evidenciándose que la entidad accionada no ha prestado los servicios a la acá afectada de manera oportuna y diligente, puesto que contrario a ello éste fue sometido a demoras injustificadas, debiendo acudir a la acción de tutela para que fuera materializado el mismo.

En respuesta dada por las entidades accionadas, el Hospital Pablo Tobón Uribe esta solicita declarar probada la excepción de falta de legitimidad por pasiva respecto en la acción de tutela interpuesta por Rodrigo Andrés Echeverry Ome y como consecuencia, Desvincular y/o exonerar al Hospital Pablo Tobón Uribe de la presente acción de tutela, toda vez que los hechos y pretensiones narrados y lo pretendido no le son imputables, ni son de su cargo y Nueva EPS solicita no acceder a las pretensiones del accionante declarando la improcedencia de la acción de tutela pues no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental al accionante, negar el tratamiento integral y ordenar al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra en cumplimiento del fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

Advierte el despacho, que la Ley Estatutaria en su artículo 2º. Dispone: que “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

Así el Despacho basado en los principios del ordenamiento constitucional y en los precedentes de la H. Corte Constitucional; tutelaré los derechos invocados y en consecuencia, se ordena al Representante Legal de la Nueva EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho proceda a AUTORIZAR Y HACER EFECTIVO, el servicio médico denominado DRENAJE DE ACCESO ISQUIORRECTAL Y FISTULECTOMIA ANO-PERINEAL EN EL HOSPITAL PABLO TOBÓN URIBE, al señor RODRIGO ANDRÉS ECHEVERRI OME.

Con respecto al tratamiento integral solicitado es pertinente recordar que el servicio de salud debe prestarse en condiciones de integralidad. Ello equivale a que a los usuarios del sistema obtengan una atención con calidad, oportunidad y eficacia en las fases previas, durante y posteriores a la recuperación del estado de salud. Por tanto, tendrán derecho a la atención preventiva, médico quirúrgico y a los medicamentos esenciales que ofrezca el Plan Obligatorio de Salud o, en su defecto, a lo previsto fuera del mismo, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional, antes referidos.

La finalidad del principio de atención integral es que las personas afectadas por la falta del servicio en salud, obtengan continuidad en la prestación del mismo y así evitarles el hecho de acudir reiteradamente a la acción de tutela para lograr la materialización de cada servicio que le fuere prescrito con ocasión de una misma patología y le sean negados.

La jurisprudencia constitucional ha determinado el alcance de dicho principio así:

“(…) la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes diagnósticos y seguimiento de tratamientos iniciados, así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente.

El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud-SGSSS – deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un

servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento.

Con todo, sin perjuicio de la amplitud propia de dicho principio la misma jurisprudencia ha advertido que el servicio prestado debe comprender todos los componentes que el médico tratante establezca como

necesarios para el restablecimiento de las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida.

Al mismo ha señalado que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse "(i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte".

Con todo, sin perjuicio de la amplitud propia de dicho principio la misma jurisprudencia ha advertido que el servicio prestado debe comprender todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el restablecimiento de las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida. El médico tratante debe haber determinado cuáles son específicamente las prestaciones que se requieren.

Por tanto, se ordenará a la NUEVA EPS que le brinde el tratamiento integral que requiere el afectado para el manejo adecuado de la enfermedad que padece - Dx FÍSTULA ANO RECTAL -, para lo cual deberá autorizar, sin dilaciones, el suministro de todos los medicamentos, tratamientos, procedimientos y, en general, cualquier servicio PBS o NO PBS, que prescriba su médico.

Sin perjuicio de lo anterior, el despacho llamará la atención a la NUEVA EPS para que en lo sucesivo brinde a todos sus afiliados un servicio de salud con calidad, máxime si la prestación se dirige a un sujeto de especial protección constitucional.

Ahora, al no encontrarse vulneración alguna por parte del Hospital Pablo Tobón Uribe, será desvinculado del presente trámite, pues es claro que, la obligación de materializar los servicios médicos respecto a sus afiliados, compete exclusivamente a la entidad promotora de salud que para este caso es la NUEVA EPS..."

LA IMPUGNACIÓN

La apoderada especial de la NUEVA EPS manifestó que la acción de tutela es un mecanismo judicial de carácter excepcional breve y sumario que permite la protección constitucional de derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, y cuando no se disponga para el efecto de otros medios de defensa judicial, ésta resultara viable siempre que se origine en hechos ciertos y reconocidos de cuya ocurrencia se puede inferir la violación o vulneración de derechos fundamentales.

Afirmó que la tutela será procedente cuando algún derecho fundamental se encuentre efectivamente amenazado o vulnerado, de lo cual se sigue que el juez de tutela no debe esperar la vulneración del derecho fundamental, para conceder la protección solicitada, sino que debe también acudir a la defensa de los derechos fundamentales invocados cuando estos se encuentran amenazados.

Indicó que el reconocer el tratamiento integral a través de una sentencia de tutela es tanto como desconocer que existe una Ley que garantiza el acceso a un plan de beneficios en salud. El fallo de tutela está diseñado para proteger derechos cuando estos estén siendo vulnerados y amenazados y no se puede presumir que ante un eventual atraso ocurrido una vez, en lo sucesivo la conducta será repetitiva y, por lo tanto, adelantarse a ello.

Mencionó que no se observa ningún soporte probatorio donde se evidencie que el accionante requiera otro tipo de medicamentos o procedimientos a los solicitados, por lo que no es posible que el Juez Constitucional imparta una orden futura e incierta que indetermina el alcance del fallo de tutela.

Advirtió que no resulta constitucional el amparo indeterminado de los derechos fundamentales como el de la salud, no sólo porque de suyo implica la posibilidad de que no se atiende de manera adecuada la patología del accionante, sino porque los recursos de la salud son escasos y deben aplicarse a propósitos específicos y puntuales legalmente definidos dentro de un universo de necesidades ilimitadas de la población.

Por último, solicitó revocar la orden del suministro de tratamiento

integral, toda vez que no es dable al fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad o de particulares. Determinarlo de esa manera es presumir la mala actuación de esa institución por adelantado y no puede presumir el fallador que en el momento en que el usuario requiera servicios no les serán autorizados.

CONSIDERACIONES

La Honorable Corte Constitucional en abundante y reiterada jurisprudencia (ver entre otras, sentencias T-144 de 2008, T-760 de 2008 y T-415 de 2009) ha considerado el derecho a la salud un derecho fundamental susceptible de ser amparado por medio de la acción de tutela, comprendiendo, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. Así es claro que la legislación y la jurisprudencia constitucional han precisado, en sus ámbitos de competencia, las obligaciones estatales derivadas del derecho a la salud, para garantizar un sistema de salud que preste efectivamente, en condiciones de universalidad, eficiencia y solidaridad, los servicios de salud que requieran las personas para alcanzar el nivel más alto de salud posible.

Esta garantía constitucional de toda persona a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada dentro del derecho a la salud (art. 49, CP), ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, haciendo énfasis en las condiciones de calidad, eficacia y oportunidad con que las que estos servicios deben ser prestados.

Y para tal desarrollo, la doctrina constitucional ha establecido unas reglas claras:

Primero, se establece que el ámbito protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, está determinado por aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas.

Segundo, se señaló que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

Tercero, se enfatizó que la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud que una persona requiera no puede ser obstaculizada por el hecho de que el servicio no esté incluido dentro de un plan obligatorio de salud; incluso en aquellos casos en los cuales la persona no pueda asumir los costos que le corresponda asumir.

Cuarto, se advierte que el Sistema de Salud prevé en ocasiones pagos moderadores a cargo de las personas que van a acceder a un determinado servicio de salud; pero éstos deben ser razonables y no pueden constituir barreras de acceso a los servicios de salud que se requieran, para quienes no tienen la capacidad económica de sufragarlos.

Y quinto, se señala que el acceso a los servicios de salud debe garantizarse en condiciones de oportunidad, continuidad, eficiencia y

calidad, y de acuerdo con el principio de integralidad.

En cuanto al principio de integralidad, la Honorable Corte Constitucional precisó¹:

5.3. En ese sentido, la Corte ha dicho que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico sin que se tenga que acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto. Para ello, el juez de tutela *“deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”*². Así mismo, el denominado derecho obliga a las EPS a no entorpecer la prestación de los servicios con procesos o trámites administrativos que generen limitaciones para que los pacientes reciban la asistencia necesaria para garantizar de forma plena el derecho a la salud³.

5.4. Teniendo en cuenta lo anterior, el juez constitucional deberá ordenar la prestación del servicio de salud de manera integral, es decir, con todo componente que considere necesario el médico tratante para el pleno restablecimiento de la salud en las personas, ante la negativa de las EPS de suministrar servicios de salud. Ello evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito para una misma enfermedad.

Ahora, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene por objeto regular el servicio público de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención. Así, el legislador creó dos regímenes de salud: el contributivo y el subsidiado.

Al régimen contributivo pertenecen las personas con un contrato de trabajo, los pensionados y jubilados, los trabajadores independientes y los servidores públicos con capacidad de pago. Quienes se afilian a

¹ Ver Sentencia T-289 de 2013

² Ver sentencia T-970 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), cuya posición es reiterada en la sentencia T-388 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

³ Ver sentencia T-388 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

este régimen deben cancelar una cotización mensual que se define de forma proporcional a sus ingresos y en contraprestación reciben la atención médica que se deriva del Plan Obligatorio de Salud.

Sobre los suministros de servicios no incluidos en el POS, en la sentencia T- 468 del 23 de julio de 2013, la Honorable Corte Constitucional señaló:

“En esta perspectiva el Sistema General de Seguridad Social en Salud creado en la ley 100 de 1993 estableció las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Beneficios (el POS) para todos los habitantes del territorio nacional (art. 162 L. 100 de 1993).⁴ Dicho Plan constituye un conjunto de prestaciones, que deben satisfacer y garantizar las entidades promotoras del servicio, en armonía con la definición del plan obligatorio hecha por la autoridad competente, que para el efecto es la Comisión de Regulación en Salud (CRES). Actualmente, el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES establece la definición, aclaración y actualización integral del POS, para lo que es pertinente precisar que respecto al acceso a la prestación de los servicios, el Acuerdo 032 de 2012 del ente regulador mencionado, determinó que es el mismo para los dos regímenes existentes el contributivo y el subsidiado⁵.

3.2 La jurisprudencia constitucional, con base en la normatividad internacional, ha señalado que el derecho a la salud tiene cuatro dimensiones *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*⁶, de las cuales se deriva que toda persona tiene derecho al acceso a los servicios que se requieran incluidos o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.⁷ Respecto a los servicios establecidos en el POS, la Corte ha señalado que *toda persona tiene derecho a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios médicos contemplados dentro de los planes obligatorios de salud. De manera que, ‘no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.’*⁸

Por su parte, ha señalado que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando se cumplen las siguientes condiciones: “(i) *que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del*

⁴ Sentencia T-730 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ Sentencia T-020 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Al respecto consultar la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y la Observación General No 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, E/C.12/2000/4, CESCR.

⁷ T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

interesado; (ii) que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente; (iii) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y. iv) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garante de la prestación está autorizada a cobrar.”⁹

(...)

3.5 De manera que toda persona tiene derecho a que se le preste y garantice su derecho fundamental a la salud, para lo cual las entidades prestadoras y los entes territoriales deben cumplir con sus obligaciones en el marco del servicio a la salud. Cuando los servicios no están previstos en el plan de beneficios, existen los mecanismos de recobro pertinentes previstos en el ordenamiento jurídico por lo que no se puede oponer el cobro de los mismos a la efectiva prestación del servicio de salud. Así mismo, los afiliados tienen derecho a que se les garantice el servicio cuando implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, y que incluso, tienen derecho a que se costee el traslado de un acompañante si su presencia y soporte se requiere para poder acceder al servicio de salud”.

En algunas ocasiones, los servicios que requieren los pacientes para la recuperación de la salud o para llevar una vida digna a pesar de los padecimientos, incluye elementos que en estricto sentido no se catalogan como medicamentos, pero que igualmente la Honorable Corte Constitucional ha señalado que las entidades prestadoras de salud en determinados casos deben suministrarlos.

Para el caso concreto, se tiene que el Juez de primera instancia le ordenó a la NUEVA EPS brindar el TRATAMIENTO INTEGRAL que requiera el señor RODRIGO ANDRÉS ECHEVERRY OME, para la patología “FÍSTULA ANO RECTAL”.

⁹ Sentencia T-355 de 2012 M.P. Luis Ernesto Varga Silva. Igualmente Cfr. T-834 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa, T-1204 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-1022 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En la sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa se determinó que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera (es decir que reúna los requisitos i, ii y iii) con necesidad (condición iv).

Conforme con la impugnación, se discute la concesión del tratamiento integral para la patología que actualmente presenta el señor RODRIGO ANDRÉS ECHEVERRY OME, para lo cual la EPS refiere que dicha obligación no es procedente toda vez que se trata de un hecho futuro.

Observa la Sala que el Juez de instancia hizo un análisis indicando que la EPS era la entidad obligada a prestar el servicio requerido por el usuario RODRIGO ANDRÉS ECHEVERRY OME y dispuso la prestación del tratamiento integral que debe ser suministrado por la NUEVA EPS, con el fin de proteger cualquier situación de desventaja o que ponga en riesgo innecesario al afectado, buscando con ello una integralidad en el tratamiento que requiere.

Es de anotar que, frente al tratamiento integral, no es cierto que la orden sea para hechos futuros e inciertos, pues está claro que la afectada padece actualmente “FÍSTULA ANO RECTAL”, que es una paciente que requiere de atención prioritaria y no puede estar supeditada a tener que interponer una acción de tutela cada vez que un servicio médico le sea negado, es claro que el tratamiento integral se refiere a lo que devenga de la “FÍSTULA ANO RECTAL” y no sobre otras patologías.

De lo expuesto, puede verse fácilmente que el A quo acertó en su decisión con relación a la prestación del servicio y el tratamiento integral, que dispone que en aras de garantizar el derecho fundamental a la salud y de evitar una interrupción en la prestación del servicio, la paciente debe recibir todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico tratante, ordenándole a la EPS asumir la prestación del servicio que requiere, sin importar si trata de atenciones PBS o NO PBS.

En cuanto al recobro frente a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social, es necesario indicar que se trata de un tema administrativo que desborda las facultades del Juez de Tutela, pues debe definirse conforme con las normas aplicables y ante las autoridades competentes, sin que tal situación esté relacionada con los derechos constitucionales fundamentales.

Bajo las anteriores precisiones, la Sala encuentra que el fallo de primera instancia se encuentra a tono con los mandatos legales y constitucionales por lo que está llamado a su confirmación.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **23b516e39de4429255fcededbe6901224ab04012de0f9575f54c2fbcd7770768**

Documento generado en 02/03/2023 05:56:51 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, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 041

PROCESO : 05000-22-04-000-2023-00082 (2023 –0279– 1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : KAREN GÓMEZ
AFECTADO : LUÍS ALFREDO SALAS URIELES
ACCIONADO : JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS
Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA
PROVIDENCIA : RECHAZA DEMANDA

ASUNTO

Llega a la Sala la acción de tutela interpuesta por la señora **KAREN GÓMEZ**, en contra del **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, con el objeto de que sean respetados los derechos fundamentales que le asisten al señor **LUIS ALFREDO SALAS URIELES**, quien se encuentra privado de la libertad en el Establecimiento Penitenciario de Apartadó Antioquia, solicitó la prisión domiciliaria por reunir los requisitos objetivos y subjetivos, sin que se haya pronunciado el Juzgado.

Conforme a lo anterior, se requirió a la parte actora para que en el término de tres días justificara por qué motivo el señor **LUIS ALFREDO** no interpuso la acción de tutela directamente, a pesar de haber enviado

la notificación al correo electrónico katagola1029@gmail.com¹; correo que fue del mismo que se entregó la acción de tutela, no acusaron recibido ni pudiendo demostrar la agencia oficiosa.

CONSIDERACIONES

Sería del caso que la Sala entrara a resolver lo pertinente frente a la presente acción de tutela, si no fuera porque la persona que la invocó no se encuentra legitimada para ello.

Como bien se conoce, la acción de tutela es un procedimiento preferente y sumario, confiado al juez, que se encuentra al alcance de toda persona, ya sea natural o jurídica y que está destinado a la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando éstos sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular y siempre que no exista otro mecanismo de defensa judicial o se esté ante un perjuicio irremediable, evento último en el cual procede la tutela como mecanismo transitorio.

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, se caracteriza por la subsidiariedad y la inmediatez. El primero por cuanto tan sólo resulta procedente instaurarla cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que lo pretendido sea evitar un perjuicio irremediable (art. 86, inc. 3, C.P.). En cuanto al segundo, toda vez que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

¹ Ver archivo de la carpeta digital identificado 009ADespacho

Dicha acción se contrae a la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales que están siendo afectados de modo actual e inminente, y conduce a la expedición de una decisión judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

Según lo dispone el artículo 86 de nuestra Constitución, la tutela puede ser instaurada por cualquier persona que considere vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales, independientemente de si es ciudadano o no. De manera que pueden interponerla los nacionales, los extranjeros, **los que se encuentran privados de su libertad**, los indígenas e inclusive los menores de edad. No hay diferenciación por aspectos tales como raza, sexo o condición social, lo que indica que todo ser humano que se halle en territorio colombiano puede ejercer la acción, o, en el evento en que no se encuentre allí, cuando la autoridad o particular con cuya acción u omisión se vulnera el derecho fundamental se halle en Colombia.

Respecto a la legitimidad e interés para interponerla, hay que decir que la acción puede interponerse directamente por la persona afectada o por quien actúe en su nombre.

En efecto, la persona que considere se le ha vulnerado o amenazado un derecho fundamental y desee instaurar una acción de tutela no requiere ser abogado, ni tener conocimientos jurídicos, ni mucho menos saber escribir, es decir, la Constitución y la ley no exigen calidad alguna para el sujeto activo de la acción. Inclusive, no es requisito esencial presentarla por escrito, la ley consagra la posibilidad de que la misma se pueda incoar verbalmente en casos de urgencia o cuando el

solicitante no sepa escribir o sea menor de edad.

El carácter informal de la acción posibilita al sujeto, ante su falta de preparación, para que acuda a la firma a ruego, a imprimir su huella dactilar, a acudir a la agencia oficiosa, o simplemente a concurrir ante el juez y manifestar verbalmente las circunstancias de hecho que motivaron la violación o amenaza de sus derechos y el señalamiento de los mismos. Lo importante es que exponga la situación al funcionario judicial, que lo ponga en alerta sobre la afectación de la cual está siendo objeto para que éste, a su vez, esclarezca los hechos y adopte una decisión de mérito.

Ahora bien, cuando la persona no ejerce directamente la acción, puede ser representada por otro, bien en ejercicio de representación legal (por ejemplo su representante legal tratándose de una persona jurídica o por los padres en virtud de la Patria Potestad) o en desarrollo de una agencia oficiosa, cuando el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa, caso en el cual es menester que esa circunstancia se manifieste en la solicitud, o acudir a los estrados a través de un abogado titulado.

Así el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que se pueden agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”

Respecto a los requisitos exigidos para que proceda la agencia oficiosa, la H. Corte Constitucional ha establecido que²:

² Sentencia T-248 de 2010.

“...Tercera. Requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para que proceda la agencia oficiosa.

El inciso 2° del artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, señala que se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa, situación que “deberá manifestarse en la solicitud” respectiva...”

En esos términos, la Corte ha señalado que, en principio, los elementos de tal agencia en materia de tutela son: i) la necesidad de que el agente oficioso indique que está actuando como tal, y ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condición de actuar por sí mismo.

Así, el juez está en la obligación de respetar la autonomía personal de quien ha de acudir en defensa de sus propios derechos; no puede ser automático que alguien actúe a nombre del que puede valerse por sí mismo, pues podría suscitarse un desplazamiento abusivo de alguien que no esté de acuerdo con la presentación de la demanda, así presuntamente sea de su interés.

Así se ha manifestado esta corporación³:

“... la exigencia de la legitimidad por activa no es un capricho del legislador, por el contrario, obedece al mismo reconocimiento dado por el constituyente primario a la dignidad, la cual según jurisprudencia de esta corporación, se logra con el pleno ejercicio de la libertad individual, y se define en la posibilidad de elegir el propio destino⁴. **No obstante, las buenas intenciones de terceros, quien decide la puesta en marcha de los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona idónea para hacerlo.**”

³ T-608 de septiembre 1° de 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En similar sentido T-551 de julio 13 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴ Sentencia T-881 de 17 de octubre de 2002, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett: “la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo ‘dignidad humana’, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo”.

Es decir, para que proceda la agencia oficiosa ha de expresarse que se actúa en tal gestión y que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de promover su propia defensa, sea por circunstancias físicas, como una enfermedad incapacitante, o por razones síquicas, o ante un estado de indefensión. En todo caso, cuando tal circunstancia ocurra, deberá acreditarse en la respectiva solicitud.

En sentencia T-573 de junio 4 de 2008 (M. P Humberto Antonio Sierra Porto), se recordó:

“... la Corte ha flexibilizado su posición en torno a la necesidad de manifestar expresamente que se actúa como agente oficial (sic) y de enunciar las razones por las cuales el titular del derecho no puede ejercer la acción por sí mismo y, **ha dispuesto que en aquellos casos en los que por razones físicas, mentales y síquicas, éste no pueda actuar por sí mismo y no se ponga de presente ese hecho así como, el de actuar como agente oficioso, el juez de tutela tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción en nombre de otro.**

Así en sentencia T-1012 de 1999, la Corte aclaró: ‘(...) son dos los requisitos exigidos para la prosperidad de la agencia oficiosa: la manifestación de que se actúa como agente oficioso de otra persona y, la imposibilidad de ésta de promover directamente la acción constitucional. ¿Pero que sucede si en el escrito de tutela no se manifiesta en forma expresa que se están agenciando derechos de personas que se encuentran imposibilitadas para acudir a un proceso que afecta sus derechos, circunstancia ésta que se encuentra debidamente acreditada en el caso sub examine, pero, del contenido mismo de la demanda de tutela, se concluye que se actúa en nombre de otro?’

En este orden de ideas, le corresponde al juez constitucional valorar las circunstancias del caso y determinar si es procedente o no la acción de tutela cuando no es el titular del derecho quien la ejerce sino un tercero determinado o indeterminado en su nombre, más aún cuando se trata de personas enfermas de la tercera edad.⁵ En esos casos, la realidad debe primar sobre las formas⁶ y, el juez de tutela debe propender por garantizar los derechos de ese grupo poblacional que se encuentra en una ‘debilidad manifiesta’, pues tal como lo ha expresado esta Corte, la figura de la agencia oficiosa ‘es suficientemente comprensiva y guarda relación con hechos de cualquier naturaleza o con situaciones que imposibilitan la comparecencia directa del interesado’; razón por la que, ‘no puede elaborarse de antemano una lista de

⁵ “Corte Constitucional. Sentencias T- 095 de 2005 y T- 843 de 2005.”

⁶ “Corte Constitucional. Sentencia T-299 de 2007.”

circunstancias justificantes de la forma en que se ha llegado a los estrados. Empero, en el marco normativo encajan todas las eventualidades que limitan a quien se considera afectado para acudir ante el juez'.”

En conclusión, a lo expresado, corresponde al juez de tutela analizar y determinar si una persona está legitimada para que mediante la acción de tutela actúe en agencia de derechos de un tercero. **Dicho análisis debe hacerse siempre atendiendo las situaciones particulares del caso e identificando fehacientemente la imposibilidad del agenciado para interponer la acción, y sin desconocer derechos personales.**

En el presente caso, la señora KAREN GÓMEZ, sin manifestar las razones por las cuales actúa en nombre del señor LUÍS ALFREDO SALAS URIELES, pretende que se le tutele a este el derecho fundamental de petición, ordenando al **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA**, conceder el beneficio de prisión domiciliaria.

Se le requirió por parte de la Sala para que explicara las razones por las cuales el afectado no podía presentar la demanda por él mismo, pero a pesar de haber enviado la notificación del requerimiento al correo electrónico katagola1029@gmail.com, se abstuvo de explicar los motivos por los cuáles actuaba en nombre del señor LUIS ALFREDO SALAS URIELES o aportar el correspondiente poder especial para representarlo.

De otro lado, para la Sala es claro que las personas privadas de la libertad cuentan con la posibilidad de interponer las demandas de tutelas por ellos mismos, contando con la prestación del servicio de la Oficina Jurídica del Establecimiento Penitenciario quien tiene el deber

de remitir las demandas de tutelas presentadas por ese grupo poblacional a la judicatura para que las mismas sean tramitadas.

Así, no existiendo claridad sobre la imposibilidad que pueda tener el señor LUIS ALFREDO SALAS URIELES, para interponer la demanda por sí solo, pues la accionante se limitó a señalar que brindando la ayuda al PPL, que se encuentra privado de la libertad. No hay explicación de por qué el señor Luis Alfredo no pudo realizar la presentación de la acción de tutela. En consecuencia, a la Corporación no le queda más remedio que rechazar la presente demanda.

Es que la Corte Constitucional en sentencia T-899 de agosto 23 de 2001 señaló:

“... la exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo.”

Como ya lo ha dicho esta Sala en otras oportunidades, si la **persona es capaz** para interponer la acción de tutela, no es aceptable que otra persona lo haga, al punto que ni siquiera sus padres se encuentran habilitados para ello, pues no se estaría reflejando la autonomía de la voluntad y el interés que tiene en hacer valer sus derechos.

Sobre este aspecto, la Corte en sentencia T-294 de 2000 dijo:

“... Los padres en relación con sus hijos mayores de edad, al no tener la representación de éstos, sólo podrán interponer acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de aquéllos, cuando el hijo se encuentre en la imposibilidad de interponer ésta directamente. En estos casos, el padre actuará como un agente oficioso y no como su representante...”

"... En esta materia, el juez ha de ser absolutamente estricto, pues ampliar la posibilidad de representación de los padres a los hijos mayores de edad, puede convertirse en la negación de su personalidad, de su libre albedrío, etc. Por medio de este amplificador de legitimidad, por llamarlo de alguna manera, basado en el lazo familiar o en el amor filial, podría llegar el padre a obtener por parte del juez de tutela órdenes contrarias a los derechos del hijo, y, específicamente su voluntad, desconociendo, principalmente, su autonomía. Por tanto, **el exigir que el interesado sea quien directamente reclame por sus derechos no puede considerarse como un mero formalismo, pues lo que está en juego, en estos casos, es la libertad de cada sujeto para autodeterminarse y disponer de sus derechos.**

".... Es claro, entonces, que los únicos eventos en que el padre de un mayor de edad puede ejercer la defensa directa de los derechos fundamentales de éste, es cuando el hijo, mayor de edad, se encuentre en imposibilidad ejercer directamente su defensa, **hecho que tendrá que ponerse en conocimiento del juez al momento de instaurarse la acción de tutela, o en el trámite de la misma.** Se acepta que el padre puede actuar como agente oficioso de su hijo mayor de edad, más no como su representante." (Se subraya)

Así, en numerosas oportunidades la Corte Constitucional ha examinado la legitimidad del agente oficioso y ha señalado que sólo se admite en la forma y en los eventos previstos en la ley, **o si se prueba la anuencia posterior del afectado.** Entre muchas otras providencias se pueden citar las sentencias T-503 de 1998; T-498 de 1994; SU-707 de 1996; T-1749 de 2000; T-315 de 2000; T-787 de 2001; T-1012 de 2001.

En este caso, no se precisó el por qué el afectado no instauró la tutela en nombre propio, ni tampoco cuenta la Corporación con el consentimiento de ciudadano LUIS ALFREDO SALAS URIELES para adelantar el trámite, por lo que se reitera, lo que se impone es el rechazo de la petición de amparo.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR la acción de tutela que, a favor de LUIS ALFREDO SALAS URIELES, interpusiera la señora KAREN GÓMEZ.

SEGUNDO: Si la providencia no es impugnada se remitirá lo actuado ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme con su jurisprudencia evidenciada en varias decisiones como en la T-313/2018.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

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

Código de verificación: **8c476976d55fde6f98225dbaf3c550ad1619a18c7c44e025f4b6101176ce41cd**

Documento generado en 03/03/2023 03:31:13 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, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 041

PROCESO	:	05697 31 04 001 2015 00429 (2023-0325-1)
ASUNTO	:	CONSULTA DESACATO
INCIDENTANTE	:	BLANCA MARÍA ZULUAGA DUQUE
AFECTADA	:	MARÍA NAZARETH ZULUAGA DUQUE
ENTIDAD	:	SAVIA SALUD EPS
PROVIDENCIA:	:	REVOCA SANCIÓN

ASUNTO

La Sala resuelve la consulta de la decisión emitida por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario– Antioquia-, el 21 de febrero de 2023, en la que resolvió sancionar por desacato a la orden contenida en la sentencia de tutela del 02 de junio de 2015 a la Dra. LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ, Representante Legal de SAVIA SALUD EPS S.A.S.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de tutela del 02 de junio de 2015, el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario– Antioquia- resolvió amparar los derechos

fundamentales invocados por la señora Blanca María Zulúaga Duque en favor de la señora MARÍA NAZARETH ZULÚAGA DUQUE y como consecuencia de ello, ordenó a la EPS-S ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA, SAVIA SALUD:

“...PRIMERO. - CONCEDER la tutela a los derechos fundamentales invocados por la señora BLANCA MARIA ZULUAGA DUQUE, actuando como agente oficiosa de la señora MARIA NAZARETH ZULUAGA DUQUE.
SEGUNDO. - Como consecuencia de lo anterior, se ORDENA al Representante Legal de la EPS ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA (SAVIA SALUD), que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, AUTORICE el medicamento denominado EL TROMBOPAG TABLETAS DE 25 MG EN CANTIDAD DE 180 CADA TRES MESES DE MANERA INDEFINIDA a la señora MARIA NAZARETH ZULUAGA DUQUE.
TERCERO. - Igualmente se ordena el tratamiento integral que requiera la señora MARIA NAZARETH ZULUAGA DUQUE, como consecuencia del diagnóstico que actualmente presenta y que fue objeto de acción constitucional, de ahí que le deben ser suministrados todos y cada uno de los procedimientos, intervenciones, medicamentos y remisiones que requiera para recuperar su salud o evitar que se agrave...”

Debido al incumplimiento en el fallo de tutela, la 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 13 de febrero de 2023, a LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ, en calidad de representante legal de SAVIA SALUD EPS, para que se cumpla con el fallo de tutela, remitiéndose notificación el mismo día, esto es, el 13 de febrero de 2023 al correo electrónico que tiene la entidad habilitado para tal efecto, esto es, notificacionestutelas@saviasaludeps.com.

La entidad accionada informó que el servicio objeto del incidente se había autorizado para la COOPERATIVA DE HOSPITALES DE ANTIOQUIA -COHAN-, a la cual solicitó su dispensación residencial, por lo que solicitaba suspender el trámite mientras se obtiene la

respuesta de entidad encargada de la entrega del medicamento. Sin embargo, el Juzgado se comunicó con la accionante el 15 de febrero de 2023, donde indicó que no le había realizado la entrega del medicamento.

La Oficina Judicial mediante auto del 15 de febrero de 2023 ordenó abrir el trámite respectivo en contra de la Dra. Lina María Bustamante Sánchez Representante Legal de Savia Salud EPS S.A.S por ser la directamente responsable de cumplir las órdenes impartidas en el fallo de tutela, concediendo tres (03) días al accionado para que aportaran el informe correspondiente y aportara las pruebas que pretendiera hacer valer a su favor. Con el fin de notificar el auto que da apertura al incidente de desacato el Despacho remitió notificación el 15 de febrero de 2023 al correo notificacionestutelas@saviasaludeps.com; sin embargo, guardó silencio.

LA DECISIÓN CONSULTADA

Mediante auto del 21 de febrero de 2023, se resolvió el incidente de desacato, imponiendo sanción de tres (03) días de arresto y multa equivalente a un (01) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la Dra. LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ, Representante Legal de SAVIA SALUD EPS S.A.S., notificándole lo resuelto el 22 de febrero de 2023 al correo notificacionesjudiciales@saviasaludeps.com.co y

brayan.ramirez@saviasaludeps.com, siendo remitido el expediente a esta Sala a efectos de desatar la consulta.

Una vez ingresado el expediente, se ofició el 28 de febrero de 2023 con el fin de comunicarle a la Dra. Lina María Bustamante Sánchez, que en esa fecha se asumía el conocimiento del trámite de consulta, la cual fue notificada el 02 de marzo de 2023 al correo electrónico notificacionesjudiciales@saviasaludeps.com.co; la entidad guardó silencio a la comunicación.

Se procedió a realizar llamada telefónica al 3146415169 a la señora BLANCA MARÍA ZULÚAGA DUQUE con el fin de verificar si se le habían entregado el medicamento Trombopag a su hermana María Nazareth Zulúaga Duque, a lo que dijo que afirmó que el sábado (25/02/2023) le hicieron entrega del medicamento de manera completa.

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.

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.

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 El Santuario (Antioquia), consistió en:

“...PRIMERO. - CONCEDER la tutela a los derechos fundamentales invocados por la señora BLANCA MARIA ZULUAGA DUQUE, actuando como agente oficiosa de la señora MARIA NAZARETH ZULUAGA DUQUE.
SEGUNDO. - Como consecuencia de lo anterior, se ORDENA al Representante Legal de la EPS ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA (SAVIA SALUD), que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, AUTORICE el medicamento denominado EL TROMBOPAG TABLETAS DE 25 MG EN CANTIDAD DE 180 CADA TRES MESES DE MANERA INDEFINIDA a la señora MARIA NAZARETH ZULUAGA DUQUE.
TERCERO. - Igualmente se ordena el tratamiento integral que requiera la señora MARIA NAZARETH ZULUAGA DUQUE, como consecuencia del diagnóstico que actualmente presenta y que fue objeto de acción constitucional, de ahí que le deben ser suministrados todos y cada uno de los procedimientos, intervenciones, medicamentos y remisiones que requiera para recuperar su salud o evitar que se agrave...”

La entidad accionada si bien no se pronunció frente a la sanción impuesta a la Representante Legal de SAVIA SALUD EPS, por la comunicación sostenida con la incidentista que informó que la entidad le había cumplido con la entrega completa del medicamento el pasado sábado.

Significa entonces que, la Dra. LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ si bien se sustrajo del requerimiento dado en el fallo de tutela, posterior al trámite incidental, procedió a acatarlo.

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

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 prohijado y la efectividad del amparo aplicado por la jurisdicción de tutela, el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 prevé:

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

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

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

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

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

⁵ Sentencia T-421 de 2003

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, se cuenta con elementos de pruebas que constatan el cumplimiento al fallo de tutela por parte de la entidad y si bien la entrega del medicamento fue tardía, ya se efectuó luego de imponérsele una sanción a la Representante Legal de Savia Salud EPS, lo cierto es que logró por ahora verificarse su observancia que es lo que en últimas busca este trámite constitucional, lo que implica que la decisión proferida el 21 de febrero de 2023, por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario Antioquia, deba ser revocada respecto de la Dra. LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ como representante Legal de Savia Salud EPS pues efectivamente se confirmó el cumplimiento de lo ordenado por lo que puede hablarse que se está ante un hecho superado y por tanto es necesario revocar la sanción.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión objeto de consulta, por la cual se sancionó por desacato a la Dra. LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ como representante Legal de Savia Salud EPS, a la pena de TRES (3) días y multa de UN (1) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por incumplimiento al fallo de tutela proferido el 02 de junio de 2015.

SEGUNDO: Una vez notificada la presente decisión, remítanse las diligencias al Juzgado de origen⁶ para los fines pertinentes.

Notifíquese a las partes lo resuelto y devuélvase donde está ordenado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

⁶ Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, 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: **2cb79cefdcf860a4292724515b43e5269d268d9822c71ade6e5c4d6a2de9120**

Documento generado en 03/03/2023 03:31:24 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, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 042

PROCESO: 05000 31 07 002 2015 00914 (2022-0334-1)

DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO

SENTENCIADO: LUIS ALEJANDRO RÚA CÉSPEDES

PROVIDENCIA: INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala se pronuncia respecto de la apelación interpuesta la apoderada judicial contra el interlocutorio 306 proferido el 25 de enero de 2023, mediante el cual el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, negó libertad condicional al interno LUIS ALEJANDRO RÚA CÉSPEDES, por no cumplir el factor subjetivo.

ANTECEDENTES

Mediante interlocutorio 306 del 25 de enero de 2023, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El

Santuario, Antioquia, negó la libertad condicional al sentenciado LUIS ALEJANDRO RÚA CÉSPEDES, ya que el sentenciado gozando del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de pena otorgada por el fallador, desatendió su obligación de observar un buen comportamiento, trasgrediendo una vez más el ordenamiento jurídico penal, lo que le valió, la revocatoria de su beneficio, circunstancia que le permitió inferir fundadamente que el interno requiere continuar privado de la libertad purgando la pena impuesta, pues no se encuentra preparado para asumir responsablemente la libertad condicional.

IMPUGNACIÓN

La Dra. Yurany Andrea Isaza Botero apoderada judicial del señor LUIS ALEJANDRO RUA CÉSPEDES interpuso y sustentó recurso de apelación contra la decisión referente a la libertad condicional, quien después de hacer un recuento del transcurrir del proceso manifestó que el Despacho indicó y precisó dentro del auto que la ley aplicable era el artículo 64 de la Ley relativa a la libertad condicional (Ley 599 de 2000 sin modificaciones), donde la discrecionalidad del Juez es limitada, toda vez que basta verificar de manera objetiva el cumplimiento de las 3/5 partes de la condena y el buen comportamiento que al interior del centro carcelario tuvo el interno para conceder el subrogado de la libertad condicional.

Indicó que el total de tiempo descontado de su prohijado sobrepasa el requisito legal exigido para el cumplimiento de los 720 días que corresponden a las 3/5 partes de la condena y así mismo cuenta con la

resolución favorable N° 535 0040 del 17 de enero de 2023 donde el CPMS de Puerto triunfo certificó el buen comportamiento de Luis Alejandro dentro del Establecimiento Carcelario.

Resaltó que conforme al artículo original sobre la libertad condicional de la Ley 599 de 2000, el señor Rúa Céspedes es merecedor de la libertad condicional, pues se equivoca el Juzgado al analizar el comportamiento anterior que llevó a que se finiquitara la suspensión condicional de la ejecución de la pena, debiendo enfocarse en analizar la buena conducta de Luis Alejandro en el Establecimiento carcelario, lo cual se encuentra probado, ya que la norma indica que sólo debe valorarse el comportamiento del sujeto en el establecimiento carcelario, toda vez que ello obedece a que en caso de ser positivo da cumplimiento a su resocialización, siendo el fin de la pena.

Afirmó que al Despacho valorar dos veces el comportamiento anterior que conllevo a la revocatoria de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, para con ese mismo negar la libertad condicional, incurre en la violación del principio non bis in ídem, toda vez que le está atribuyendo una doble consecuencia sancionatoria a los mismos hechos.

CONSIDERACIONES

De conformidad con las previsiones hechas por el artículo 64 del Código Penal, vigente para la época de los hechos, el condenado se hará acreedor a la libertad condicional una vez haya cumplido las tres

quintas partes de la condena, siempre que de su buena conducta en el establecimiento carcelario el Juez pueda deducir motivadamente que no necesita la ejecución total de la pena; prohibiendo su negación con apoyo en las circunstancias antecedentes tenidas en cuenta para dosificación de la pena.

Por su lado, el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal dispone que las solicitudes de libertad condicional deben ir acompañadas de la resolución favorable del Consejo de Disciplina o en su defecto del Director del Establecimiento Carcelario, la cartilla biográfica y los demás documentos que evidencien los presupuestos exigidos por el Código Penal.

Pues bien, en este caso ningún reparo ofrece el requisito objetivo o temporal para acceder al beneficio que hoy se solicita, como quiera que en el proveído que se revisa, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, reconoció que el condenado había descontado pena en un monto superior a las tres quintas partes de su condena.

La controversia surge, está claro, porque el *A quo* estima que el comportamiento del señor RÚA CÉSPEDES no ha sido el mejor a lo largo del período de reclusión, pues de un lado, la suspensión condicional de la ejecución de la pena que se la había concedido tuvo que ser revocada debido al incumplimiento de las obligaciones que adquirió para tal fin.

La profesional del derecho que asiste a LUIS ALEJANDRO RÚA CÉSPEDES refuta tales conclusiones, en esencia porque el

comportamiento que debe analizarse a efectos de conceder o no la libertad condicional se encuentra circunscrito al desplegado en el establecimiento de reclusión, amén que las situaciones que se presenten en el desarrollo del proceso ya fueron sancionadas, por ejemplo, con la revocatoria de la “suspensión de la ejecución de la pena”.

Pero para la Colegiatura surge tal afirmación como errada, porque aunque es cierto que uno de los principios esenciales que orienta el sistema penitenciario y carcelario es precisamente el “*sistema progresivo*” (artículo 12 de la Ley 65 de 1993), según el cual el tratamiento penitenciario se surte en varias etapas, que se traduce en el otorgamiento de beneficios consecutivos a los reclusos, según la evolución de cada uno, por manera que la valoración de la conducta se precisa en momentos distintos, con finalidades también diferentes, en ningún caso el Juez llamado a resolver sobre la libertad queda excluido o relegado en la apreciación del comportamiento del interno durante la purga de la pena (ya en una cárcel, o bien en su domicilio).

En punto a la libertad condicional, corresponde al Juez de Ejecución de Penas, o al Juez que haga sus veces, de manera exclusiva, sopesar la conducta global del interno, durante toda su permanencia bajo el régimen penitenciario y carcelario, sea en una prisión o en su domicilio, para decidir motivadamente si existe o no necesidad de continuar con la ejecución de la pena; sin que la independencia el Juez deba quedar subordinada a la calificación que sobre la *conducta* emita el INPEC, ni supeditado a la resolución favorable del Consejo de Disciplina del establecimiento, a que se refiere el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal.

De ahí que el Juez para efectos de decidir sobre la libertad condicional pueda apartarse de dichos criterios, expresando los motivos que lo llevan a adoptar la decisión, bien sea cuando la autoridad administrativa haya calificado como bueno ese comportamiento, o cuando lo haya conceptuado negativamente.

La fase de ejecución de la pena es eminentemente judicial y, por tanto, las decisiones que durante ella deban tomarse sobre la libertad de los condenados, o las modificaciones sobre las condiciones de cumplimiento de la pena, o reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad deben ser adoptadas exclusiva y excluyentemente por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, o por el Juez que lo reemplace.

En el caso concreto, bajo las anteriores premisas, es claro que el Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, sí podía analizar críticamente el comportamiento de RÚA CÉSPEDES durante todo su período de prisión o que estuvo vinculado en el proceso como cuando estuvo gozando de la suspensión de la ejecución de la pena, sin que ello constituya vulneración del derecho establecido en el artículo 64 del Código Penal.

Y siendo, así las cosas, era razonable que se negará el beneficio cuando aparece patente que el sentenciado se ha sustraído de las obligaciones y deberes durante el lapso que estuvo gozando de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando no guardo el buen comportamiento exigido y que se comprometió a realizar, obligaciones y deberes que eran de su entero conocimiento ya que firmó el acta de compromiso por medio del cual se le otorgó la suspensión, defraudando

la confianza que en él se depositó cuando se le otorgó la suspensión de la ejecución de la pena.

RESUELVE:

CONFIRMAR el interlocutorio 306 del 25 de enero de 2023, mediante la cual el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, le negó libertad condicional al interno LUIS ALFREDO RÚA CÉSPEDES, por las razones quedaron expuestas en la parte motiva.

Contra la presente decisión, no procede recurso alguno.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrado

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: **34fc0f2595db64bf18ae25fa1ee4dfd1528560756d4446e0860eeff21eb41316**

Documento generado en 03/03/2023 03:51:53 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Radicado único	058376000315202200030
Radicado Corporación	2023-0148-2
Procesado	Carlos Alberto Sánchez Gutierrez
Delito	Actos sexuales con menor de 14 años
Trámite	Solicitud de preclusión
Decisión	Confirma decisión.

Medellín, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 025

1. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado Carlos Alberto Sánchez Gutiérrez y la fiscalía 73 seccional del municipio de Turbo contra la decisión del 25 de enero pasado de la Juez 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Turbo, mediante la cual decidió no precluir la acción penal en favor del procesado en relación con el delito de acto sexual con menor de 14 años

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. HECHOS

Según el escrito de acusación, son los siguientes:

De acuerdo con los hechos jurídicamente relevantes se ha podido establecer mediante informe de policía, judicial, noticia criminal formulada por Freisa Yurianny Hurtado Murillo, Historias clínicas, entrevistas a testigos y su respectiva valoración psicológica se puede inferir como primer hecho relevante que el imputado Carlos Alberto Sánchez Gutiérrez el día 15 de febrero del presente año (2022) a eso de entre las diez y diez y media de la mañana le mostro los genitales y al parecer incitándola para que se dejara acceder a su hija menor de 10 años. Hechos que tuvieron ocurrencia en el sector de la plaza de mercado más exactamente en el establecimiento "LEGUNBRERIA SANCHEZ" es de anotar que de acuerdo a la versión de la menor M.A.H.A. esta le manifestó al médico en la epicrisis que ella estaba jugando "YO ESTABA JUGANDO Y NOTE QUE UN SEÑOR ME MIRABA MUCHO. LUEGO SE FUE Y CUANDO VOLVIO SE METIO AL BAÑO Y EMPEZO A MOSTRARME LAS PARTES INTIMAS". El lugar de los hechos está ubicado en la carrera 13 con calle 101 del barrio Gaitán de Turbo. Lo anterior, sucedió en la casa del barrio julio Orozco del municipio de Turbo, más exactamente en la calle 16 al fondo. Es de anotar que esta persona tiene medida de restricción de acercarse a la víctima y la ha desconocido.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 8 de septiembre de 2022 se llevó a cabo ante el Juzgado 2 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías del municipio de Turbo, la audiencia de formulación de imputación por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, art. 209 del C.P. No hubo allanamiento a cargos. Por solicitud del delegado del ente acusador, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

La Fiscalía 073 Seccional radicó el escrito de acusación el 16 de noviembre de la pasada anualidad, correspondiéndole su conocimiento por reparto, al Juzgado 1 Penal del Circuito de Turbo. La diligencia que formalizó el escrito se efectuó el día 25 de noviembre de 2022.

Luego, el 25 de enero de esta anualidad, fecha dispuesta por el Despacho para adelantar audiencia preparatoria, el defensor de Carlos Alberto Sánchez Gutiérrez solicitó el uso de la palabra para exponer petición de preclusión de la investigación conforme a la causal tercera del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

Para el efecto destacó las entrevistas recepcionadas a la menor, de las cuales dedujo *“Su señoría, en ninguna de las dos declaraciones, la menor habla de una invitación o una incitación a que fuera accedida por parte del acusado, habría que clarificar esto, a fin de establecer que la conducta de Carlos Alberto Sánchez, se limitó a la exhibición de sus genitales a la menor víctima. En ocasiones tiene que haya ocurrido solo la conducta de exhibicionismo, conforme a lo que narra la menor, se debe determinar si esa conducta tiene trascendencia penal, si es como aparece en la acusación, si el exhibicionismo está tipificado”*.

En su análisis explicó que la conducta delictiva por la que, presuntamente se podría sancionar a su prohijado sería exhibicionismo, trayendo a detalle, un caso de similar connotación, que fuera resuelto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Así lo expuso: *“tal como lo dice la sentencia aludida la SP 1894/2020, es una sentencia que tiene muchos puntos de contacto, con el caso que nos ocupa hoy (...), y el acusado fue absuelto de los cargos, al haber exhibido el miembro a dos menores*

después de orinar en un sitio público, los hechos comunes, son la exhibición del miembro, en este caso, Carlos Alberto lo exhibe frente a la menor después haber orinado en el orinal de la legumbreira, al igual que el acusado en el caso anterior. (...) la defensora en ese recurso, expone que el exhibicionismo se sanciona como una contravención y el delito del 209, no se limita solo a la exhibición de las partes íntimas sino que requiere otros elementos, que en el presente caso no concurre, como lo son los actos sexuales adicionales, como gesticulaciones, masturbación, aspectos adicionales, a simplemente exhibir los genitales, frente a esto la corte es específica en manifestar: la aplicación del artículo 209, dependerá de los siguientes elementos típicos del acusado: 1. Realización del acto sexual, 2. Presente a un menor de 14 años, y 3. El conocimiento del hecho incluida la última circunstancia y voluntad de ejecutarlo para satisfacer la libido. El objeto de sanción de este tipo es un acto sexual del cual no es partícipe, pero si espectador un niño menor de 14 años, entendiendo por acto sexual toda conducta en su fase objetiva y subjetiva que dirige a excitar y satisfacer la lujuria del actor, y sus impulsos y deseos libidinosos, mediante el tacto, rozos corporales, implicando proximidad sensible y consumando en relación corporal, como lo ha expuesto la corte. La mera exhibición no constituiría acto sexual, y la corte ha expuesto lo siguiente; una actividad humana es de naturaleza sexual cuando sus elementos subjetivo y objetivo se dirige a excitar o satisfacer los impulsos libidinosos mediante los sentidos del gusto o del tacto, pero también con la participación de interacción visual o auditiva, tendiente a la realización del coito, pero que, en ninguna parte culmina en esto"

Prosiguió realizando un estudio comparativo entre las figuras de exhibicionismo y acto sexual, continuando con la lectura de la declaración rendida por la señora Rosa Elena David Castaño, abuelastra de la menor afectada, y quien explicó lo que su hijo alcanzó a observar – como quiera que es sordomudo- ya que aquel estaba en compañía de la víctima.

En sus palabras, la conclusión a la que arribó se plasma, así:

Su señoría, creo que es suficientemente claro, que, conforme a lo que aparece en el descubrimiento probatorio, en el escrito de acusación, se plantea con motivación en el siguiente proceso, no es procedente que continúe este proceso penal, la afectación de la libertad de mi defendido, viene determinado con la conducta, que puede llegar a ser contravencional, o puede llegar a configurarse bajo una injuria de hecho, pero en atención a lo que es el derecho penal y lo que protege con normas precisas no se llegó jamás a este punto declarando una inexistencia con respecto a la acción típica, que jamás llegó a existir penalmente. Se deja en claro que jamás existió una invitación de Carlos Alberto a la menor, a que realizaran cualquier tipo de acción sexual, porque no lo dijo dos horas después en el hospital que es cuando se tiene más frescos los conocimientos, ni tampoco lo manifestó a la psicóloga de la comisaría de familia, y si miramos el compendio testimonial, el testigo adicional, el sordomudo que aparece relacionado, tampoco observa que Carlos Alberto haya tenido una conducta y es algo que manifiesta la menor, porque solo ve que se sube el cierre, por lo tanto esto fue una situación bastante esporádica, porque si el testigo ve que la menor esta mirando para un lado, lo que observa es que la menor pudo haberse escandalizado por alguna situación que haya realizado Carlos Alberto al momento de terminar de orinar, pero que jamás Carlos Alberto haya tenido una intencional adicional, o haya realizado un acto sexual o la intención de llegar a lesionar la formación e integridad sexual de esta joven, más aun cuando no existía un conocimiento entre ellos, como lo manifestó la testigo, ellos no se conocían ni se conocían con la madre por lo tanto no existía ningún tipo de confianza para que Carlos Alberto llegue a incitar a la menor de alguna manera adicional a la que plantea.

Entonces, anotó el abogado, sino existen los elementos de la conducta enrostrada, no hay otra salida que decretar la preclusión del punible de actos sexuales con menor de 14 años, por inexistencia del hecho investigado.

Por su parte, el delegado de la Fiscalía General de la Nación destacó que, aunque la postulación del abogado gravitó en torno a la causal tercera, lo cierto del caso es que se ajusta más a la causal primera y cuarta. Al respecto, apuntaló: “yo encontraría más bien, que se debe encaminar hacia el numeral primero,

esa imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal, porque esta conducta no es castigable por el derecho penal, no es castigable la conducta realizada como lo pone el defensor, por lo que estaríamos también ante la causal 4, atipicidad de la conducta toda vez que, el exhibicionismo es una contravención y en ese caso se encamina hacia ese en cuanto, y también da la posibilidad de que el juez de conocimiento no le está vedado en cualquier momento si encuentra eximente de esas causales que son taxativas, del artículo 332, si es viable decretar la preclusión”.

Explica los elementos materiales de prueba con los que cuenta, para a partir de ahí, deducir “Son dos posturas que, en el contexto, encuadra dentro de la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia y no se puede llegar a un juicio porque no existe certeza de que ese hecho sucedió, no se puede demostrar dolo, es un caso que nos deja para estudio, teniendo respaldo de la corte suprema de justicia en la posición que ella toma. Este caso es para una absolución si lo llevamos a juicio porque no hay sino un solo testigo, y ni la madre presencia el hecho, según el contexto de su narración y no se puede probar que el la incito para realizar un acto sexual. Desde este punto su señoría, no se puede castigar a una persona por un juicio donde no se va a encontrar una condena, donde no va tenerse proyección de que se va a condenar, ya que se estaría faltando la presunción de inocencia y la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, y al analizar el contexto de la adecuación típica, no se encontraría esta acción dentro del contexto de la conducta típica de actos sexuales con menor de 14 años, sino un exhibicionismo según lo narrado a simple vista, que fue lo que observo la menor por simple curiosidad”.

Entonces, si los hechos no existieron como lo pretende hacer ver de su disertación, lo viable es decretar la preclusión de la investigación, en los términos solicitados por la defensa.

El representante de víctimas, se adhirió a la argumentación del delegado de la fiscalía, para lo cual manifiesto no oponerse a la petición elevada por la defensa.

4. LA DECISIÓN APELADA

La Juez Primero Penal del Circuito negó la solicitud, para lo cual argumentó que, en su sentir, si se presentó el punible de actos sexual. 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 es imposible acreditar la existencia del hecho o continuar con el ejercicio de la acción penal a efectos de acreditar la causal 3º y 1º del artículo 332 del código de procedimiento penal, además que los argumentos expuesto deben debatirse en el escenario propicio con el análisis en conjunto de todo el acervo probatorio y no solo la lectura de algunas declaraciones.

En sus palabras, explicó:

para la judicatura si existió un acto sexual, conforme a las acciones que el señor Carlos Alberto desarrollo cuando se encontraba en el baño, bien pudo haber sido en principio una actividad normal, que se desarrollaba y se tornaba en descuido para terminar su necesidad fisiológica y de ahí se va, no obstante la menor es clara en referir que él le hace unas señas para que vaya hasta el baño, y de ahí se hace unos tocamientos en su miembro viril, y ahí se enmarca esta conducta dentro de la tipicidad del hecho que se está investigando. La conducta existe, el hecho existió, el exhibicionismo, y esa activación de ese libido en ese momento, podría el señor haber ingresado al baño y la menor efectivamente haber observado, pero allí no solo se dio eso, sino que con lo que establece el código penal en el artículo 209, la menor si tiene una afectación y eso no lo puede desconocer la judicatura, la cual se evidencia en las

intervenciones por los profesionales médicos, habiendo un daño en el bien jurídicamente protegido, que en este caso la menor, no corresponde a la libertad sexual, sino que si corresponde a su integridad sexual, si bien pudo cometer el error de quedarse en el patio como lo quiere hacer ver el señor fiscal, viendo al señor mientras orinaba él no tiene por qué realizar actividades exteriores o actividades adicionales que si dan lugar a la activación de esa conducta, allí con ese aspecto se afectó la integridad sexual de la menor. No podemos hablar de la libertad sexual de la menor, porque no tiene como exigírsele de que se fuera cuando estaba en ese momento en el patio frente al baño, esos son argumentos que ya la corte ha ido variando, diciendo que no tiene por qué exigírsele a quien funge como víctima una reacción en modalidad de su protección, en lo que corresponde a su libertad física y moral. La menor no tiene esa disposición, está en cabeza de quien está realizando esa actividad prever y evitarlo, por eso desde ese entonces se maneja el aspecto del dolo, de la intencionalidad de realizar el acto. Si la tenía también la intención de orinar solamente, pues hubiera realizado otro tipo de acciones, diferentes al que realizar en llamar a la menor, para el despacho es claro que el testigo presencial del señor David, quien padece una limitación, es claro que no va a intervenir, porque existe una amenaza frente a ese grupo familiar, amenaza que la madre ya dio a conocer, una coacción que impide que intervengan de manera activa dentro de la actuación como tiene que hacerse, y que se busca en ello, establecer el daño efectivo en la menor, y la materialización de la conducta. La judicatura no puede pasar en alto la actitud de la menor asume cuando cuenta el evento, solo porque estamos enmarcando la situación en que el señor estaba orinando. Si el señor hubiera estado solo orinando como lo refiere en el escrito de acusación, seria claro que la menor no tendría ni siquiera esa afectación que tiene, ni que la menor hubiera tratado de hacer lo que hizo al decir. Es que incluso la mama se entera es por las señas o las manifestaciones que realiza su pariente y cuando llega a la legumbrera es cuando lo confirma con la señora marta. Falta para la judicatura elementos o aspecto que pudieran complementar esa actuación, falta escuchar personas, faltan actividades investigativas, la fiscalía tiene la facultad a través de su apoderado judicial de acudir al lugar donde se encuentra el señor David, tiene muchas más personas que se encontraban en este lugar, y tiene la real facultad de poder verificar cual era la real situación con la menor, y hacerle a la misma el restablecimiento de derechos. Y cuál es la intención entonces de la menor en decir que el señor Carlos quien no había visto nunca en su vida, está realizando este tipo de actos, esto no fue un asunto de solo sor prendimiento de la menor. Esto debe ahondarse mucho más, y los argumentos expuestos hoy deben debatirse en sede de juicio oral, y no solo en preclusión como la inexistencia del hecho, es que el hecho si existió y por eso hay una afectación, tanto existió que por eso hay amenaza y coacción en contra de la familia de la menor que no puede

desconocerse. La jurisprudencia que se citó plantea el caso desde un aspecto diferente al que se plantea aquí el día de hoy, porque si efectivamente se da un acto distinto, y ese acto sexual no surge porque la mamá así lo quiere ver, sino por las manifestaciones ha realizado en los diferentes espacios.

Sostuvo finalmente, que no era procedente acceder a la solicitud de preclusión, pues los aspectos traídos a colación, deben debatirse en el espacio propicio para ello, esto es, el juicio oral.

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

La defensa solicitó que la decisión fuera revocada, pues la a quo indicó negar la petición con fundamento en dos aspectos, así:

- Inexistencia de la conducta punible de actos sexuales. En este punto recordó los elementos materiales de prueba con los cuales soporto su solicitud, mismos que desdibujan las conclusiones de la falladora de primer grado. Así lo planteó: "lo cual no se especifica en las evidencias que se aportó, y es que la menor manifiesta que el señor Carlos Alberto realiza unos tocamientos de sus genitales, no especifica que tocamientos realizo, porque en mi intervención fui claro en leer lo que la menor había dicho en la epicrisis, manifestando lo que dijo a la comisaria de familia, y en ninguna de ellas aparece el relato de la menor que diga esta situación, interpreto que lo deduce de la madre, pero es que la madre no estuvo presente en el lugar de los hechos, por lo tanto, esa verificación periférica, recaería en el único testigo presencial ajeno al actor y al sujeto pasivo del delito que es el señor mudo, quien en ningún momento manifestó o le dijo a su madre que él estuviera amenazado, el solo dijo que él vio cuando observo a la menor y cuando él se sube el cierre"

- Inexistencia de amenazas: Frente a las supuestas amenazas, solo fue un diserto especulativo de la a-quo, como quiera que tal aspecto no aparece probado, subrayando “conozco la idoneidad que esta frente a este proceso, no es un fiscal que está empezando ayer en la zona de Urabá, de existir la más mínima sospecha o si tuviera conocimiento de esto, estoy seguro que lo hubiera expresado al momento de intervenir, de donde salen estas amenaza a la víctimas, después de todo ese conocimiento no aparece una denuncia frente a ese tipo de amenazas”

Con todo ello, solicitó se decretara la preclusión, para así dar por terminada de manera anticipada la causa penal.

La Fiscalía en calidad de recurrente, coadyuvó la solicitud de la defensa, solicitando, además, se aclare por parte de la Corporación cuáles deben ser los elementos objetivos y subjetivos conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, atener en cuenta a efectos de estructurar la conducta punible de acto sexual.

Por su parte, **la representación de víctimas**, sostuvo que, al no evidenciarse alteración de la realidad, más allá del daño interno que se le causare a la víctima, es procedente acceder a la solicitud elevada por la defensa.

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

Acorde a la sustentación del recurso interpuesto tanto por la defensa del procesado como por la Fiscalía en contra del auto impugnado, el problema jurídico a desatar por parte de la entidad tribunalicia se contrae a definir si la funcionaria de primer grado acertó o no, al negar la preclusión invocada en favor de Carlos Alberto Sánchez Gutiérrez.

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.

En ese orden, como la defensa invocó la causal N° 3, esto es, inexistencia del hecho investigado y la Fiscalía en sus disertos, expuso la causal N° 1, imposibilidad de adelantar o continuar con el ejercicio de la acción penal, debemos decir, que la terminación anticipada y sin condena de una causa penal en los términos de la causal tercera del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, al igual que la causal primera, imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, está justificada en la objetividad que de suyo representa cada una de ellas. Por ello, el legislador habilitó a quienes no son titulares de la acción penal y aun en etapa de juzgamiento, invocar su ocurrencia para terminar con el trámite del proceso.

La causal “Inexistencia del hecho investigado” se refiere, por su propia nominación, a la materia o realidad objetiva y por ello vinculada al mundo del ser.

Así entonces, cuando la ley establece como causal de preclusión, la inexistencia del hecho investigado, se refiere a que el hecho no existió en el mundo perceptible por los sentidos.

Piénsese, por ejemplo, imputación por los punibles de Homicidio y Desaparición forzada y luego aparece con vida la persona que se creía muerta. Igual sucede con el punible de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en el que se verifica que el menor era mayor de 14 años. Evento similar se presenta con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en el que se verifica que la sustancia no corresponde a las que menciona el artículo 376 del Código Penal.

Sin necesidad de mayor argumentación y menos de ejercicios de valoración de la evidencia que presenta el postulante, si se observa de manera objetiva que el hecho no ocurrió, no queda otra alternativa que precluir la investigación.

De la causal tercera del artículo 332 del CPP, la Corte Constitucional en sentencia C-920 de 2007, anotó: “(...) en cuanto a la inexistencia del hecho investigado, hace referencia a una situación fáctica, no jurídica, como cuándo aparece intacto el documento cuya destrucción se atribuyó al procesado²”

En tal sentido se ha pronunciado la Máxima Corporación de esta manera:

“El hecho a que se refiere la disposición debe entenderse con el alcance de una cosa que sucede como fenómeno natural.

Esto, para que tengan cabida y sean de aplicación todas las casuales regladas en el artículo 332. Por tanto, no resulta de buen recibo la inteligencia laxa que el señor defensor pretende darle al concepto para concluir que el “hecho” a que se refiere la disposición debe entenderse como “hecho típico” o “hecho

² Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

delictivo” o “hecho ilícito” o “hecho prevaricador” (en este caso).

Admitir la tesis defensiva comportaría la inaplicabilidad del motivo 4º de preclusión, que alude a la atipicidad de la conducta, porque este concepto equivaldría al “hecho típico” o al “hecho prevaricador” señalado por el señor apoderado, en tanto para concluir si existió o no un hecho con tales connotaciones, necesariamente se impondría al juez la carga de razonar, previa valoración anticipada de las pruebas, si lo acaecido en el mundo fenomenológico encuadra en el tipo penal de prevaricato, esto es, tendría que hacer el juicio de adecuación típica, de tipicidad, y ello es propio de la causal 4ª, que no de la 3ª, única (junto con la 1ª) que puede proponerse en sede del juicio y que correspondía probar en este caso.

La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado respecto de cuál es el alcance que debe darse a la expresión “inexistencia del hecho”. En auto del 18 de junio de 2010 (CSJ SP, rad. 33.642), dijo:

«En consecuencia, se tiene establecido que ante el fallador de primer grado, expresamente anunció el solicitante que recurría a la causal tercera del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, que remite a la “inexistencia del hecho investigado”.

No soslaya la Corte que la circunstancia delimitada como propia de la solicitud de preclusión adviene si se quiere objetiva, pues, parece claro que para separarla de otras causales insertas en la norma, dígame la atipicidad del hecho o la existencia de una causal que excluya responsabilidad, el numeral remite a que fenoménicamente eso que se denunció o conoce el funcionario por virtud de su facultad oficiosa, tenga manifestación material, concreta o perceptible por los sentidos.

Entonces, para que la solicitud compagine con la causal, el argumento de fondo debería establecer que, en efecto, no se materializó ese hecho fenoménico que trascendió al entorno objetivo, en otras palabras, que no fue expedida ninguna resolución, o un dictamen o concepto a partir de los cuales advertir si se halla o no conforme a derecho.

En otras palabras, la causal de preclusión se encontraría técnicamente alegada cuando, por ejemplo, los bienes no fueron sustraídos, y se atribuye un hurto, o se pregona un secuestro y se demuestra que la persona voluntariamente huyó de su casa o, en fin, todos aquellos casos en los que objetivamente la conducta básica, acción u omisión, no tuvo ocurrencia objetiva.

En el delito de prevaricato ocurre que a la par con la acción básica –proferir resolución, dictamen o concepto- se alza el

elemento normativo de que ese actuar sea “manifiestamente contrario a la ley”, lo que implica una valoración eminentemente subjetiva acerca del contenido y alcances de la acción.

Cuando lo pretendido es que se precluya porque la resolución, dictamen o concepto no son manifiestamente contrarios a la ley, el mecanismo no puede ser el de la causal tercera del artículo 332 en cita, por lo ya anotado, sino el de la atipicidad, contemplado en el numeral 4º, precisamente, porque se demuestra que no se configura ese elemento normativo del tipo penal.

Ello indica evidente que el solicitante erró de manera profunda cuando significó avenirse con la causal tercera, su solicitud de preclusión”.

(...)

Los lineamientos reseñados, esto es, que en el juzgamiento se puede invocar la preclusión únicamente por las causales 1ª y 3ª del artículo 332 procesal, cuando se estructuren por hechos que sobrevengan a la acusación, surgen del entendimiento de que en las fases previas es viable declarar el instituto por cualquiera de los motivos reglados, pero en el juicio solamente puede hacerse por causales que no exigen valoración alguna, cuya constatación es simplemente objetiva.

Ello sucede con la muerte del procesado, el desistimiento, la amnistía, la prescripción, la oblación, la conciliación, la indemnización integral, la retractación, supuestos en los cuales, una vez verificados, exigen la preclusión por vía de la causal 1ª, por cuanto en tales casos es imposible iniciar la acción penal, o continuarla. Lo propio ha de hacerse ante la inexistencia del hecho (causal 3ª)

La situación difiere cuando se está ante motivos que pueden denominarse subjetivos, en cuanto exigen del juez la valoración de las pruebas para desentrañar su estructuración. Mal puede el juzgador hacer tal ejercicio de estimación probatoria en estos eventos, como que el mismo es la razón de ser del juicio, del debate oral, luego en tales supuestos ha de agotarse el procedimiento para que el asunto sea resuelto en la sentencia.”³.
(Subraya fuera de texto)

Y más recientemente, la Alta Corporación precisó:

³ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. SP9245-2014. Radicación 44.043 del 16 de julio de 2014

“La literalidad de la norma no se presta a equívocos, porque la inexistencia del hecho no puede tener un entendimiento diferente al sentido fenomenológico, mientras que la tipicidad, como bien se sabe, no es otra cosa que la adecuación de la conducta a uno de los tipos penales. Esta diferenciación puede hacerse a la luz del entendimiento más básico del derecho penal.

Además, asumir que el legislador quiso decir exactamente lo mismo cuando se refirió a la inexistencia del hecho y a la atipicidad del mismo, no sólo contraviene el sentido natural y obvio de estos conceptos, sino que además va en contravía del principio de interpretación del efecto útil, porque implicaría que la diferenciación que se hizo en los números 3 y 4 del artículo 332 no tiene consecuencias o efectos jurídicos.

En términos simples, **fue voluntad del legislador que la preclusión en la fase de instrucción sólo proceda frente a fenómenos de constatación objetiva, que, una vez demostrados, no ameritan mayor discusión (inexistencia del hecho investigado e imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal). Lo demás, debe resolverse en el juicio oral, según los caminos procesales dispuestos en el ordenamiento procesal penal, como bien se anota en las decisiones de esta Corporación, ampliamente ventiladas en el debate surtido en la primera instancia** (CSJ SP 9245, 16 Jul. 2014, Rad. 44043, entre otras).⁴
(Subraya y negrilla fuera de texto)

Con ese recuento jurisprudencial, en el caso puesto en conocimiento de la Corporación, a pesar de la extensa intervención del abogado defensor, no concurre la causal de preclusión invocada y la postulación no deja de ser un alegato que no se compagina con la objetividad del asunto. Téngase en cuenta que el profesional del derecho no presentó la más mínima evidencia para acreditar que en el mundo fenomenológico no ocurrieron los hechos que sustentan los cargos que la Fiscalía General de la Nación le formuló a su poderdante en audiencia del 8 de septiembre de 2022.

⁴ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. AP8356-2016. Radicación 48.969 del 30 de noviembre de 2016.

El togado de la defensa presentó la petición de preclusión a partir de los hechos jurídicamente relevantes plasmados en el escrito de acusación con afirmaciones, tales como: "(...)situación pues que escandalizó a la menor, esto así es el aspecto fáctico, solo queda por aclarar algo, que se suma a los hechos jurídicamente relevantes, un aspecto indeterminado, que dice que le enseñó los genitales, y se suma, que al parecer incitándola para que se dejara acceder, de su hija de 10 años. Supongo que esto lo extraen de la declaración de la madre", "Para aclarar la situación de la incitación que se hace después de que se exhiben los genitales, es procedente precisar lo que la menor manifestó un rato después, el día 15 de febrero de 2022 a las 12:33 al ser recibida como víctima en el hospital Francisco Luis Valderrama" y "en ninguna de las dos declaraciones, la menor habla de una invitación o una incitación a que fuera accedida por parte del acusado, habría que clarificar esto, a fin de establecer que la conducta de Carlos Alberto Sánchez, se limitó a la exhibición de sus genitales a la menor víctima", pero que en ningún caso niegan la acusación verbalizada con anterioridad cuando la Fiscalía además de mencionar los hechos y su calificación jurídica, anunció y descubrió las pruebas y elementos materiales probatorios que haría valer en juicio.

La Sala puede sintetizar los argumentos de la defensa, así: i) la Fiscalía no tiene prueba de los cargos; ii) su representado realizó una conducta de reproche, pero desde el ámbito contravencional, al considerar que su actuar fue exhibicionista; iii) las distintas entrevistas realizadas a la menor no demuestran el elemento subjetivo del punible de acto sexual; iv) la única prueba que se tiene en contra de su defendido es el dicho de la menor víctima. El extenso discurso del abogado defensor es una petición que se anticipa a la resolución del conflicto, por

desconocer la estructura básica del proceso no tiene vocación de prosperar, además porque pretende sustentar tesis de que el hecho no existió, apelando a explicaciones, que no guardan relación con la conclusión misma.

Es diáfano para la Colegiatura que el abogado pretendió distraer la discusión desviando el problema real con razones que corresponden a la causal sexta del artículo 332 del CPP, porque carecía de elementos materiales para acreditar la causal tercera que es la que la ley le permite postular.

De contera, luce apresurada la postura del recurrente al señalar que los hechos investigados no se adecuan a ningún tipo penal de los descritos en el Título IV "Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales", pues a esa decisión arribará la Juez una vez que las pruebas se hayan incorporado al juicio oral, dado que la misma tiene efectos sustanciales y únicamente atañe resolverlo a la funcionaria de instancia cuando profiera el fallo que en derecho corresponda.

En conclusión, no se demostró la inexistencia de los hechos investigados y la cuestión se centró realmente en la tipicidad, la autoría y responsabilidad, aspectos que como lo tiene decantado la jurisprudencia corresponden al debate propio del juicio oral al que fue llamado Carlos Alberto Sánchez Gutiérrez.

De otro lado, en lo que respecta al pedimento del delegado del ente persecutor, sorprende a esta Sala la ligereza con la que actúa la Fiscalía, pues la coadyuvancia de la pretensión, en su sentir por la causal N° 1, lo que refleja es su voluntad de terminar

el trámite sin soporte alguno que la respalde, sobre todo cuando en esos mismos elementos con vocación probatoria se advierte que fue la presunta víctima quien al relatar los hechos señaló que el encausado le mostró sus partes íntimas, contándose además con una tercera persona que se dio cuenta de lo sucedido.

Nótese que en esta actuación la Fiscalía no solo formuló imputación sino que además presentó en su debido momento el escrito de acusación, lo que indefectiblemente lleva a concluir que después de las audiencias preliminares, en cumplimiento de su obligación constitucional y legal, el Fiscal adelantó sus propias labores investigativas que le permitieron superar ese primer grado de conocimiento inferencial y llegar a la probabilidad de verdad, de conformidad con el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, acerca de que la conducta delictiva sí existió y que el aquí procesado fue su autores.

Pese a lo anterior, en momento alguno el Fiscal delegado dio a conocer cuáles fueron los resultados de la investigación que necesariamente tuvo que adelantar y en qué medida los mismos apoyaban o no la pretensión preclusiva.

Entonces las apreciaciones en las que funda la Fiscalía su pedimento, todas ellas subjetivas, en manera alguna soportan una preclusión por atipicidad de la conducta, sobre todo cuando fácilmente se establece que el delegado del ente persecutor pretende la preclusión con base en razones que imponen un pronunciamiento de fondo sobre la materialidad de

la ilicitud y la responsabilidad del acusado, que por ser cuestiones que se deben debatir en juicio no pueden ser anticipadas a esta fase.

Así las cosas, como incontrovertible resulta que los argumentos planteados por la Fiscalía se sustentan en el alcance probatorio que debe dársele a los diferentes elementos con vocación probatoria arimados a la solicitud, ello demanda realizar juicios, valoraciones o interpretaciones ponderadas, en criterio de la Sala no se verifica la causal prevista en el artículo 332 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, por lo que su postulación tampoco está llamado a prosperar.

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

7. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 25 de enero pasado, por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Turbo (Ant), que negó la preclusión solicitada por la defensa y la fiscalía en favor de Carlos Alberto Sánchez Gutiérrez, por las razones señaladas en la parte motiva.

SEGUNDO: Regresen, por tanto, los diligenciamientos al juzgado de origen para la continuación del trámite procesal. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

COPÍESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA JARA RODRÍGUEZ
MAGISTRADA**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

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

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: **1bc5399bf4b35a40e2bbadf1d3523676d80c8855bab3c8371ff584b25e055450**

Documento generado en 03/03/2023 02:54:09 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, dos (02) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno : 2023-0303-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05001 60 99150 2021 50984
Imputado : Carlos Arturo Marín Londoño
Delito : Peculado por apropiación
Decisión : **Declara infundado**

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 051

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala de conformidad con lo preceptuado en materia de impedimentos, por el *artículo 57* de la legislación procesal penal *-Ley 906 de 20904-*, modificado por el *artículo 82, Ley 1395 de 2010*, a resolver en torno de la manifestación que en tal sentido efectuara el titular del *Juzgado Penal del Circuito de Sonsón (Ant.)*, Dr. Víctor Ricardo Ávila Galindo la cual no fue aceptada por el señor *Juez Penal del Circuito de La Ceja (Ant)*, a quien le fueron remitidas las diligencias.

ANTECEDENTES

En audiencia del 01 de febrero de 2023, el Juez Penal del Circuito de Sonsón se pronunció sobre la solicitud de preclusión elevada por la delegada del ente fiscal, desestimando la pretensión puesta de presente. Posteriormente, en audiencia

N° Interno : 2023-0303-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05756 6600349 2022 00014
Imputado : Carlos Arturo Marín Londoño
Delito : Peculado por Apropiación

celebrada el 21 de febrero de 2023 se declaró impedido para continuar adelantando la actuación, por considerar que al haber valorado todos los elementos puestos de presente como soporte de la solicitud elevada, se compromete su imparcialidad y transparencia en la etapa de conocimiento; conforme con ello, estima que, concurre el numeral 14 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal.

Bajo ese escenario, procedió el funcionario en mención a remitir las diligencias ante el *Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Ant.)*, por ser el más cercano a su jurisdicción para que, continuara con la etapa de conocimiento.

Por su parte, el señor *Juez Penal del Circuito de La Ceja (Ant.)*, no aceptó el impedimento propuesto pues, según criterio de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, para que se estructure la mencionada causal, se hace necesario que la intervención del Juez sea sustancial o trascendente.

En su criterio, la intervención del juez en la audiencia de solicitud de preclusión no versó sobre aspectos esenciales que permitieran anticipar un criterio definido de valoración, por ejemplo, con relación a la existencia de la conducta punible o a la responsabilidad del procesado, por el contrario, fue cuidadoso en manifestar que sin material técnico recolectado por la Fiscalía no se podía establecer la corroboración del informe de Contraloría para determinar la existencia o no del hecho investigado. En ese sentido, su pronunciamiento fue nominal pero no determinante de cara a la imparcialidad.

En razón de lo anterior, y por no compartir las razones esbozadas por el *Juez Penal del Circuito de Sonsón*, ordenó, remitir la actuación ante esta Corporación para que se tomara la decisión pertinente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Según el artículo 57 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Decisión es competente para resolver el impedimento declarado por el Juez Penal del Circuito de Sonsón, al amparo de la causal 14 del artículo 56 ibídem, y no aceptado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de La Ceja.

2. Del impedimento

Corresponde a la Sala en esta oportunidad, decidir si efectivamente el Juez Penal del Circuito de Sonson, se encuentra incurso en la causal de impedimento contemplada en el numeral 14° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

Es preciso indicar que en materia de impedimentos rige el principio de taxatividad, por lo tanto, sólo constituye motivo impeditivo aquel que de manera expresa señala la ley. Las causas que dan lugar a separarse del conocimiento de un determinado asunto a un funcionario judicial, no pueden deducirse por similitud ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto se trata de reglas de garantía de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez.

N° Interno : 2023-0303-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05756 6600349 2022 00014
Imputado : Carlos Arturo Marín Londoño
Delito : Peculado por Apropiación

Al respecto, en el AP1893 de 22 de mayo de 2019, Radicación N° 55.340, la Corte Suprema de Justicia, refirió:

“...La finalidad del régimen de los impedimentos y las recusaciones, no es otro que la satisfacción de la garantía fundamental de juez natural, independiente e imparcial que garantice a los ciudadanos una recta y cumplida administración de justicia, esto es, que la ponderación del funcionario judicial llamado a resolver el conflicto jurídico no se encuentren perturbadas por alguna circunstancia ajena al proceso.

Al respecto, esta Sala ha señalado de manera pacífica y reiterada que la manifestación de impedimento está sujeta al particular arbitrio de quien la declara y vinculada inevitablemente a la taxatividad de las causales, sin que sea posible acudir a la analogía o a la extensión de los motivos estrictamente señalados por la ley, en aras de sustentar su procedencia”

En el presente caso, el Juez Penal del Circuito de Sonsón, considera que se encuentra inmerso en la causal 14° de que trata el artículo 56 de la Ley 906 de 2004 para conocer de la etapa de juzgamiento que se sigue en contra de Carlos Arturo Marín Londoño.

El numeral 14 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, señala que es causal de impedimento y recusación, “Que el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.”

Norma que armoniza con lo previsto en el inciso final del artículo 335 ídem, que expresa: “el juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio”.

Con respecto a la causal en cita, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia tiene establecido que:

N° Interno : 2023-0303-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05756 6600349 2022 00014
Imputado : Carlos Arturo Marín Londoño
Delito : Peculado por Apropiación

“(…)

2. De acuerdo con los parámetros atrás indicados, el impedimento contenido en el texto legal transcrito es procedente cuando el conocimiento de la preclusión compromete de alguna manera el criterio del juez en relación con la posible participación o responsabilidad del procesado. (En similar sentido puede verse CSJ AP 29 ago. 2006, radicado 25775; AP 15 may. 2008, rad. 29779; AP 18 mar. 2009, rad. 31242; y AP629-2015, rad. 45280).

En otras palabras, no tiene cabida que el funcionario sea separado del proceso a partir de la audiencia preparatoria y particularmente del juicio –cuyo objeto es examinar las pruebas para conocer lo ocurrido con el fin de juzgar la conducta del procesado- si: (i) no ha llevado a cabo valoración alguna de los elementos materiales de prueba, evidencia física o información relacionada con el caso, y (ii) no se ha pronunciado respecto de los hechos objeto de juzgamiento; pues frente a estas situaciones no se advierte por qué podría originarse en el juez algún prejuicio que vicie su ecuanimidad, máxime si tampoco el líbello del impedimento da cuenta de ello”

También, en pronunciamiento de 22 de agosto de 2012, en el radicado 39.687, expresó la Alta Corporación que:

(…) el motivo de impedimento no surge automático del solo hecho de que el juez o corporación hayan intervenido en la decisión anterior de preclusión, pues, se hace menester consultar no solo el tipo de intervención realizado, de cara a la nueva decisión o participación de la cual buscan apartarse, sino la teleología del instituto, para, finalmente, verificar si objetiva y materialmente se pone en tela de juicio la imparcialidad y neutralidad de los funcionarios o la confianza de la comunidad en la administración de justicia.

Precisamente, en la decisión del 25 de julio de 2007, la Corte precisó:

“Es claro que el legislador, al instituir la causal expresa contemplada en el inciso segundo del artículo 335 del C. de P.P., ha querido preservar esos valores de imparcialidad e independencia tan caros a la sistemática acusatoria y por ello, en el entendido de que por lo general las

N° Interno : 2023-0303-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05756 6600349 2022 00014
Imputado : Carlos Arturo Marín Londoño
Delito : Peculado por Apropiación

causales de preclusión operan previas al adelantamiento de la fase del juicio –tanto que el artículo 331 de esta normatividad directamente consagra que el fiscal debe hacer la solicitud cuando no “existiere mérito para acusar”, y sólo por excepción se faculta en la etapa del juicio plantear la cuestión, incluso por la defensa o el Ministerio Público, respecto de dos específicas causales, como lo establece el parágrafo del artículo 332 ibídem-, estatuye que el funcionario a quien correspondió resolver sobre el tópico, no puede ser el mismo que adelante el juicio.

Y la razón aparece evidente, en tanto, como se anotó atrás, en la generalidad de los casos ya el funcionario ha evaluado los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes recopilados por las partes, arriesgando una consideración concreta respecto de sus efectos en punto de la materialización del delito y la participación en este del procesado sobre el cual se continúa el trámite, así que mal podría entenderse imparcial para que adelante la más crucial de las etapas del proceso, que en su decurso reclama de intervención profunda del funcionario en las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y del juicio oral” .

Es decir, no siempre que un funcionario niegue una preclusión queda impedido para conocer de las fases procesales subsiguientes, ya que en cada caso particular, debe analizarse si en su intervención inicial anticipó su juicio sobre la materialidad de los delitos y la responsabilidad del procesado, con la potencialidad de afectar su imparcialidad.

En el caso objeto de estudio, el Juez Penal del Circuito de Sonsón manifestó estar impedido para seguir conociendo de las diligencias, toda vez que profirió decisión por medio de la cual negó el decreto de preclusión pretendida por la Fiscalía.

Al escuchar el registro de la audiencia tramitada el 01 de febrero de 2023, se evidencia que el representante del ente acusador formuló su petición de preclusión de conformidad con lo normado en el numeral 3o del artículo 332 del Código Penal, y al

N° Interno : 2023-0303-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05756 6600349 2022 00014
Imputado : Carlos Arturo Marín Londoño
Delito : Peculado por Apropiación

momento de resolverla, el juez del caso realizó un resumen de los argumentos planteados por la delegada de la Fiscalía y, negó dicha postulación, argumentando que se desconocen las calidades del profesional universitario que suscribió el informe sobre el cual la delegada fiscal soportó su requerimiento. Al respecto el funcionario indicó:

“... Lo que llama poderosamente la atención a este funcionario y le genera variedad de incógnitas, es que la Fiscalía se sustenta desde luego en un informe que desde luego no se le va contrarrestar la credibilidad al mismo, lo cierto es que es elaborado un profesional universitario, se desconocen las calidades del mismo, adscrito a la Contraloría General de la Regional Antioquia, donde se hacen las medidas de campo y cálculos de cantidades de obras con registro fotográfico con las correspondientes mediciones, es decir, tan solo se contrae al informe establecido o creado por la Contraloría General o Regional de Antioquia, informe rendido por este profesional que practicó con el aquí imputado y con el secretario de planeación de esa época.

Lo que llama poderosamente la atención de la judicatura para establecer la información que da a conocer este informe, y que a juicio de la judicatura se hace necesario, se reitera no se está demeritando con los elementos que está aportando la Fiscalía General de la Nación, sino que considera que hace falta elementos y estudios en el que se ahonde por parte de investigadores propios de la Fiscalía General de la Nación, expertos o peritos expertos o técnicos en esta clase de áreas de los respectivos informes relacionados con los cálculos de obra medidas de lo que hizo ese personal especializado de la Contraloría, situación que no la evidencio dentro de los elementos que hayan sido constatados por la propia Fiscalía General de la Nación, a través de un técnico o un perito especializado en esta clase de situaciones por lo que se está en este caso presentando la solicitud de preclusión y que desde luego fue motivo de imputación....”

Prosiguió su intervención indicando que, no es suficiente ese informe para acreditar que efectivamente no hubo un detrimento, pues para arribar a esa conclusión se hacía necesario un dictamen de un perito experto adscrito por ejemplo a la Fiscalía General de la Nación y no de un profesional universitario sobre el

N° Interno : 2023-0303-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05756 6600349 2022 00014
Imputado : Carlos Arturo Marín Londoño
Delito : Peculado por Apropiación

cual se desconocen sus estudios y experiencia en el asunto.

Con tales argumentos, resulta evidente que el Juez Penal del Circuito de Sonsón no ha emitido un juicio sobre la materialidad de la conducta ni sobre la responsabilidad en cabeza de quien hasta hoy funge como imputado. En el marco de su exposición no se realizó un análisis frente a la conducta punible, pues sólo se limitó a indicar que el informe de Contraloría no era suficiente para determinar la existencia o inexistencia del detrimento patrimonial, pues, en su criterio, para verificar ese aspecto, se hacía necesario material técnico recolectado por el encargado de la persecución penal, el cual se echa de menos.

En ese orden, el funcionario judicial no comprometió entonces su criterio y en consecuencia, como no se presenta una actuación trascendente capaz de afectar su imparcialidad frente a la actuación penal que en la actualidad adelanta, se declarará infundado el impedimento en cuestión.

Sin necesidad de más consideraciones, en mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA INFUNDADA LA CAUSAL DE IMPEDIMENTO** invocada por el **titular del Juzgado Penal del Circuito de Sonsón, Antioquia**, para fungir como Juez de Conocimiento dentro de la presente actuación que se adelanta en contra de Carlos Arturo Marín Londoño, por el delito de peculado por apropiación.

En consecuencia, se dispone **DEVOLVER** la actuación a su

N° Interno : 2023-0303-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05756 6600349 2022 00014
Imputado : Carlos Arturo Marín Londoño
Delito : Peculado por Apropiación

lugar de origen e informar lo decidido a las partes interesadas.

Por último, **SE SIGNIFICA** que frente a la presente decisión no procede recurso alguno.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

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

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

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **2d80a66521b030ec7788af35ac781964e7760a97e58e5e5804620addfeb8fd94**

Documento generado en 03/03/2023 01:08:15 PM

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

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

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

Medellín, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2022-0529-4
Auto de incidente de desacato
Radicado : **05000-22-04-000-2022-00178**
Incidentista : Jhon Frank Gómez Noreña
Incidentado : Juzgado Penal del Circuito de La Ceja
y Fiscalía 85 Seccional de La Ceja
Decisión : Archiva incidente

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 055

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a resolver sobre la viabilidad del archivo de la solicitud de incidente de desacato presentado por el señor JHON FRANK GÓMEZ NOREÑA en disfavor del JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE LA CEJA y FISCALÍA 85 SECCIONAL DE LA CEJA

ANTECEDENTES

Mediante providencia del 05 de mayo de 2022, la Sala presidida por este Magistrado, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor JHON FRANK GÓMEZ NOREÑA, al entender que se había estructurado carencia actual de objeto por hecho superado.

N° Interno : 2022-0529-4
Auto de Tutela – Incidente Desacato
Incidentista : **Jhon Frank Gómez Noreña**
Incidentado : Juzgado Penal del Circuito de La Ceja y
Fiscalía 85 Seccional de La Ceja.
Decisión : Archiva incidente.

La decisión fue impugnada y revocada por la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia M.P. Hugo Quintero Bernate, mediante decisión del 12 de julio de ese mismo año:

“1. **REVOCAR** el fallo de tutela proferido el 5 de mayo de 2022 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, que negó por carencia actual de objeto la protección reclamada por la parte actora y, en su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de **JHON FRANK GÓMEZ NOREÑA**, de acuerdo con las razones explicadas en precedencia.

2. En consecuencia: i) **DISPONER** que, dentro del término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja proceda a enviar copia de los registros de audio -archivos y/o enlaces-, a través de los cuales el demandante pueda conocer lo acontecido en desarrollo de las diferentes audiencias adelantadas en las fases preliminar y de la causa dentro del proceso con radicado 053766000339201280006. ii) **ORDENAR** a la Fiscalía 85 Seccional de La Ceja que, en un término de tres (3) meses, contados a partir de la notificación de este fallo, proceda a definir la investigación identificada con radicado No. 056156000364201500468, ya sea, solicitando audiencia de formulación de imputación, preclusión o disponiendo el archivo motivado de la misma, todo de conformidad con el conocimiento aprehendido en virtud de la labor investigativa desarrollada“

Luego de notificarse en debida forma la sentencia de tutela, el señor JHON FRANK GÓMEZ NOREÑA allegó memorial a las diligencias, mediante el cual manifestó que los accionados no habían brindado cumplimiento al fallo constitucional.

En ese orden, procedió entonces la Magistratura a requerirlos de manera previa, a fin de que las autoridades accionadas ejercieran su derecho de contradicción.

N° Interno : 2022-0529-4
Auto de Tutela – Incidente Desacato
Incidentista : **Jhon Frank Gómez Noreña**
Incidentado : Juzgado Penal del Circuito de La Ceja y
Fiscalía 85 Seccional de La Ceja.
Decisión : Archiva incidente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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.

El objeto de dicha figura se encuentra centrado en 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

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

N° Interno : 2022-0529-4
Auto de Tutela – Incidente Desacato
Incidentista : **Jhon Frank Gómez Noreña**
Incidentado : Juzgado Penal del Circuito de La Ceja y
Fiscalía 85 Seccional de La Ceja.
Decisión : Archiva incidente.

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.

En el caso que concita el interés de la Sala, se observa que de acuerdo a la información suministrada por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, mediante oficio Nro. 570 de fecha 18 de octubre de 2022, enviado en la misma fecha a los correos aportados por el accionante, le fue puesto de presente el link de la carpeta digital identificada con Radicado 053766000339201280006, allí se observa la inclusión de los registros de audio solicitados por el promotor en el presente trámite³.

Por su parte, la Delegada del ente fiscal indicó que, el 01 de marzo de 2023 radicó solicitud de preclusión de la investigación por prescripción, ante el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja; y se está a la espera que ese despacho señale fecha y hora para llevar a cabo la audiencia respectiva. De ese trámite se enteró al incidentista por medio del correo electrónico señalado para efecto de notificaciones.

Explicó la delegada que no había tomado antes esa determinación, en razón a la alta carga laboral que tiene a su cargo, aproximadamente 530 radicados, una cantidad considerable

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

³ Archivo N° 09 del expediente digital

N° Interno : 2022-0529-4
Auto de Tutela – Incidente Desacato
Incidentista : **Jhon Frank Gómez Noreña**
Incidentado : Juzgado Penal del Circuito de La Ceja y
Fiscalía 85 Seccional de La Ceja.
Decisión : Archiva incidente.

de audiencias programadas, procesos priorizados, con detenidos y situaciones administrativas que le habían imposibilitado el estudio oportuno del presente asunto.

Lo dicho en precedencia constituye razón suficiente para concluir que los entes accionados, han dado cabal cumplimiento a lo dispuesto por el Juez constitucional, pues el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja remitió la información solicitada⁴ y, la Fiscalía Delegada procedió a definir la investigación identificada con Radicado No. 056156000364201500468⁵, solicitando la preclusión de la investigación por prescripción. En tal medida, resulta imperioso archivar el presente incidente de desacato, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **ARCHIVA** el trámite incidental dentro de la acción de tutela presentada por el señor JHON FRANK GÓMEZ NOREÑA en contra del JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE LA CEJA y FISCALÍA 85 SECCIONAL DE LA CEJA. Lo anterior, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva de esta decisión.

En consecuencia, **SE DISPONE** que por

⁴ **DISPONER** que, dentro del término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja proceda a enviar copia de los registros de audio -archivos y/o enlaces-, a través de los cuales el demandante pueda conocer lo acontecido en desarrollo de las diferentes audiencias adelantadas en las fases preliminar y de la causa dentro del proceso con radicado 053766000339201280006.

⁵ **ORDENAR** a la Fiscalía 85 Seccional de La Ceja que, en un término de tres (3) meses, contados a partir de la notificación de este fallo, proceda a definir la investigación identificada con radicado No. 056156000364201500468, ya sea, solicitando audiencia de formulación de imputación, preclusión o disponiendo el archivo motivado de la misma, todo de conformidad con el conocimiento aprehendido en virtud de la labor investigativa desarrollada

N° Interno : 2022-0529-4
Auto de Tutela – Incidente Desacato
Incidentista : **Jhon Frank Gómez Noreña**
Incidentado : Juzgado Penal del Circuito de La Ceja y
Fiscalía 85 Seccional de La Ceja.
Decisión : Archiva incidente.

Secretaría de la Sala se proceda con el archivo de las diligencias.

CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

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

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

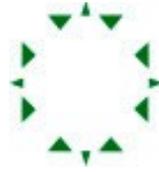
Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **f0893fa81cbd2755de5261eb8c4c263efe6b1a904ea5fb389c9ba51b978f3685**

Documento generado en 03/03/2023 02:54:07 PM

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



TRIBUNAL SUPERIO DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 18

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Falta de motivación
Radicado	050016000000202200479 (N.I. 2022-0236-5)
Decisión	Nulidad

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de preacuerdo del 23 de enero de 2023 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó Antioquia que negó a Fabio Andrés Ortiz Sosa la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

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

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia del 31 de mayo de 2022 la Fiscalía presentó los términos del preacuerdo al que llegó con el procesado.

En el trámite de la audiencia del artículo 447 del C.P.P. la defensa pidió que se concediera a su representado la suspensión de la ejecución de la pena según el artículo 63 del Código penal. Subsidiariamente solicitó la prisión domiciliaria de acuerdo con el artículo 38 ibídem.

La Juez no se pronunció en relación con la petición de suspensión de la ejecución de la pena del artículo 63 del Código penal, en su lugar resolvió de acuerdo con los requisitos del artículo 64 ibídem, negando el subrogado. Igualmente, al resolver la solicitud de prisión domiciliaria, solo argumentó que: *“en tratándose de delitos de estupefacientes, está excluido de este beneficio tal como lo establece el artículo 68ª de la Ley 599 de 2006”* (sic.).

La decisión fue apelada por la defensa.

Argumentó en esa oportunidad el recurrente, que la Juez de instancia no hizo ningún pronunciamiento referente a la concesión del subrogado de suspensión de la ejecución de la pena prevista en el artículo 63 del C. Penal, ni a la prisión domiciliaria del artículo 38 y siguientes.

Informó que la Juez se apartó de la realidad jurídica de la solicitud de suspensión de la ejecución de la pena y motivó la negativa del subrogado de acuerdo con el artículo 64 del Código Penal. Además, realizó una

interpretación errada de la norma, y tergiversó las figuras jurídicas de la suspensión de la ejecución de la pena con la figura de la libertad condicional. Solicitó revocar el numeral tercero de la sentencia apelada.

Al momento de realizarse el estudio de la apelación presentada por el recurrente, la Sala evidenció la irregularidad planteada. Por tanto, mediante auto del 15 de septiembre de 2022 se decretó la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia proferida el 5 de agosto de 2022, por falta de motivación.

El 23 de enero de 2023 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó Antioquia emitió nuevamente sentencia condenatoria en contra de Fabio Andrés Ortiz Sosa, le impuso como pena treinta y dos (32) meses de prisión y le negó el subrogado de la “ejecución condicional de la pena” (sic.), y la prisión domiciliaria. No obstante, al momento de resolver la solicitud del subrogado de suspensión de la ejecución de la pena, nuevamente se refirió a los presupuestos del artículo 64 del Código penal. Informó lo siguiente:

“Se desprende de lo anterior que el sentenciado solo ha descontado 388 días de prisión, faltándole 572 (19.06 meses) del total de la pena impuesta, por lo que no ha cumplido con las 3/5 partes (576 días), para acceder a este beneficio, y por no cumplirse con el factor objetivo, de entrada no hay lugar a dicha concesión, sin embargo refiere el defensor del acusado que su cliente no tiene antecedentes penales de un lado y de otro que el hecho del portar la sustancia incautada ello no lleva a pregonarse que el fin ulterior era la venta, obviando de contera el profesional del derecho que no fue portar ni llevar consigo el verbo rector por el que preacordó su poderdante sino OFRECER para traer como sustento la sentencia del 29 de enero de 2020 ratificada nuevamente por la del 29 de abril de la misma calenda de la doctora PATRICIA SALAZAR CUELLAR, toda vez que allí se hace relación al verbo rector PORTAR O LLEVAR CONSIGO, que incluso ni siquiera da lugar para aprobación de preacuerdo, por la no

comprobación de ese fin ulterior o subjetivo de "VENDER" o "EXPENDER", aquí estamos frente al verbo rector de OFRECER, sin que interese a que título se haga el mismo y por tanto existe prohibición de carácter legal para la concesión de cualquier subrogado.

Frente a la prisión domiciliaria sabido es que en tratándose de delitos de estupefacientes, está excluido de este beneficio tal como lo establece el artículo 68 A de la Ley 599 de 2006, por lo tanto no hay lugar a ninguna inaplicación ya que no se acreditó de ningún modo que el acusado por alguna connotación especial como por ser padre cabeza de familia, tener una enfermedad o que su estado de salud, que no sea compatible atenderla en un centro de reclusión y otras similares, que fuera necesario estudiarla excepcionalmente en esta sede, pero no se acreditó de ningún modo alguna situación que ameritara la concesión de la domiciliaria; se allegó una certificación donde refiere que el señor FABIO ANDRES ORTIZ es consumidor desde hace cinco años, sin que se hubiese debatido en el proceso tal situación; tampoco se acreditó en forma alguna el comportamiento que tuvo el acusado cuando estuvo en detención intramural y domiciliaria, para adentrarse esta funcionaria a revisar las condiciones particulares del señor ORTIZ OSSA frente a este tópico y resolver sobre la concesión de la domiciliaria; amén de como se dijo en párrafos anteriores esta clase de delitos no tienen ningún subrogado, al menos que se acrediten circunstancias legalmente autorizadas por la jurisprudencia y que en este evento brillan por su ausencia, además de no reunirse los criterios objetivos y subjetivos, y no existir elementos materiales probatorios para avalar cualquier decisión al respecto, motivo por el cual, una vez acreditado los elementos de carácter objetivo y subjetivo para acceder a cualquier subrogado, deberán realizar tales peticiones ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad."(sic.).

IMPUGNACIÓN

La defensa interpuso y sustentó el recurso de apelación con la finalidad de obtener la revocatoria del numeral tercero de la decisión. Soporta su pretensión de la siguiente manera:

Advierte que los argumentos en la decisión por parte de la Juez de primera instancia fueron los mismos de la sentencia anterior. El objeto del recurso de apelación parte de la negativa de la suspensión de la ejecución de la pena conforme el artículo 63 del Código Penal, y la prisión domiciliaria del artículo 38 ibídem.

Afirma que la pena impuesta a su prohijado no excede los 4 años, y no cuenta con antecedentes penales. Que si bien, la conducta no debe de estar en el listado de delitos del inciso 2º del artículo 68A, el numeral 2º del artículo 63 del C.P. indica que: *"el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1º de este artículo."* Por tanto, como la pena impuesta no excede los 4 años la Juez podía conceder el subrogado, pero como se indicó, no fue resuelta la solicitud bajo lo regulado en el artículo 63 de la ley 599 de 2000.

En lo referente a la prisión domiciliaria del artículo 38 del Código penal. Afirma que no está de acuerdo con que la Juez realice valoraciones ceñidas a una sola posición o contexto, pues se demostró el arraigo familiar y social del procesado. Advierte que en la negociación y la declaración de responsabilidad se partió de unos elementos materiales probatorios, pero no se probó la finalidad del delito. Fabio Andrés Ortiz Sosa es un consumidor de estupefacientes y el verbo rector aplicado de OFRECER se aceptó solo con el ánimo de preacordar, debido a que el ofrecimiento no se realizaba con el ánimo de lucrarse sino de satisfacer los deseos de personas en igual condición de drogadicción que la del procesado. Indica que se debe brindar el subrogado o el sustituto, de

acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad desarrollados por la Corte Constitucional.

CONSIDERACIONES

Sería del caso resolver el recurso de apelación promovido contra la decisión apelada, si no fuera porque se advierte una irregularidad sustancial por vulneración al debido proceso que lleva a decretar la nulidad de lo actuado a partir de la decisión objeto de alzada, conforme a lo previsto por el artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

La primera instancia no se pronunció frente la solicitud de **suspensión de la ejecución de la pena prevista en el artículo 63 del Código penal**¹ solicitada por la defensa de Fabio Andrés Ortiz Sosa.

El ejercicio del recurso de apelación requiere como requisito, que la providencia contenga las razones de la decisión, que no pueden ser entendidas en toda su dimensión si en ellas no se contiene una respuesta puntual, expresa y clara de lo solicitado por la parte, especialmente si esto será desestimado.

La defensa de Fabio Andrés Ortiz Sosa en audiencia del artículo 447 solicitó la suspensión de la ejecución de la pena según el artículo 63 del Código

¹ **ARTÍCULO 63. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.** <Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> *La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

- 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*
- 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.*
- 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.*

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento

penal, y subsidiariamente la prisión domiciliaria de acuerdo con el artículo 38 ibídem. La Juez de instancia no se pronunció en relación con la petición de suspensión de la ejecución de la pena del artículo 63 del Código penal y en su lugar, resolvió la solicitud de acuerdo con los requisitos del artículo 64 del Código penal negando “*el subrogado de la ejecución condicional de la pena*” (sic.),.²

La Juez no cumplió con el deber que se le impone de dar respuesta a lo solicitado. Omitió nuevamente resolver la solicitud de suspensión de la ejecución de la pena del artículo 63 del Código penal.³ En su lugar resolvió con los presupuestos para acceder a la libertad condicional del artículo 64 ibídem. Normatividad que no es aplicable al problema jurídico planteado por la defensa.

Ante la ausencia de pronunciamiento de fondo de la Juez, esta instancia no puede abordar el estudio alguno respecto de la decisión apelada, pues socavaría la garantía de la doble instancia y el derecho a la impugnación que hace parte integral del debido proceso.

En consecuencia, se decretará la nulidad de lo actuado a partir de la decisión de primera instancia del 23 de enero de 2023, para que la Juez se pronuncie de fondo sobre la solicitud de la defensa de Fabio Andrés Ortiz Sosa presentadas en audiencia del artículo 447 del C.P.P. es decir, del **subrogado de suspensión de la ejecución de la pena prevista en el artículo 63 del C. Penal.**

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

RESUELVE

² Así se transcribe en la sentencia de primera instancia. Además, luego de analizar la situación jurídica actual del procesado, informó que no cumplía con el primer requisito objetivo al no haber descontado las 3/5 partes de la pena. Páginas 14 y 15 “38Sentencia”.

³ **Ibídem**

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó Antioquia el 23 de enero de 2023 conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Remítanse de inmediato las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

Contra esta decisión no proceden recursos.

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

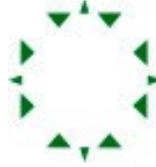
Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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: **903c52cc817c74a08aaeee6c22885e0f3ba3dbe6db5066d2bfd8f368b3512a8d**

Documento generado en 02/03/2023 11:45:24 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 18

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Fabián de Jesús Marín García
Accionado	UARIV
Tema	Pago de indemnización administrativa
Radicado	05615 31 04 001 2023 00003 (N.I. TSA 2022-0141-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá la impugnación presentada por la parte accionante contra la decisión proferida el 26 de enero de 2023 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia que negó por hecho superado el amparo solicitado por Fabián de Jesús Marín García.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1. Expuso el accionante que es víctima de desplazamiento forzado del municipio de Alejandría Antioquia para el año 2001. Su núcleo familiar está compuesto por cinco personas y son beneficiarios de la medida de indemnización administrativa. Resalta que su hijo Maicol Stiven Marín Álvarez identificado con la C.C. 1.001.142.073 padece de “*sarcoma de ewing en seños paranasales y clivus, celdilla etmoidal posteriores, paladar blando,*”. Considera que cumple con los requisitos para acceder a la medida de priorización.

De acuerdo con lo anterior, presentó solicitud el 9 de diciembre de 2022 ante la Unidad de Víctimas, sin que se hubiera recibido la respuesta de fondo. Solicita que la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las víctimas brinde respuesta de fondo a la solicitud presentada.

2. El juzgado de primera instancia negó el amparo por hecho superado.

DE LA IMPUGNACIÓN

El fallo proferido en primera instancia fue impugnado por la parte actora quien informó lo siguiente:

En la petición presentada se está solicitando la priorización de su hijo Maicol Stiven Marín Álvarez quien está amparado en la resolución 0582 del 26 abril de 2021 por sufrir una enfermedad ruinosa, sin que la Unidad de Víctimas hubiese procedido a dar la prioridad solicitada.

Advierte que la respuesta no es de fondo no se le brindó la prioridad que solicita y tampoco se dio fecha exacta del pago.

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.

2. Problema jurídico planteado

La Sala determinará en esta oportunidad si se ha configurado un hecho superado en relación con la pretensión de amparo constitucional.

3. Valoración y resolución del problema jurídico

La presente tenía por objeto que la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas respondiera la solicitud de priorización de entrega de indemnización administrativa presentada por el accionante.

La parte accionante impugnó la decisión que declaró la carencia de objeto por hecho superado, argumentando que no ha obtenido respuesta de fondo a la solicitud, ya que no fue priorizada la entrega y tampoco se dio fecha exacta del pago.

En la respuesta suministrada por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas se observó que la entidad elaboró la respuesta solicitada por la parte actora sin desconocer la solicitud de priorización realizada en razón a la situación de salud de uno de los beneficiarios. Frente al tema informó:

"Ahora, en atención a lo manifestado por usted nos permitimos informar que no se encuentra acreditado por ningún miembro del grupo familiar

acreditado algún criterio de priorización, **la solicitud debe acreditarse mediante certificado médico que cumpla con los requisitos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social. (...)**" *negrillas del Despacho.*

Si bien, el accionante aportó historia clínica de donde se podría extraer la patología con la que cuenta en beneficiado Maicol Stiven Marín Álvarez, no está siendo acreditada según lo establece la Resolución 1049 de 2019.¹

Por otro lado, le informó que no era procedente indicarle fecha cierta de pago, hasta tanto, no se cuente con los resultados del Método Técnico de Priorización del 31 de julio de 2023.

De acuerdo con lo anterior, se constató que la respuesta cumple a cabalidad con lo pretendido sin afectar el debido proceso administrativo del afectado. Además, cumple con los requisitos de protección del derecho de petición decantados por la Corte Constitucional.²

¹ Debe acreditarse mediante certificado médico que cumpla con los requisitos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Lugar y fecha de expedición de la certificación.

- Datos completos de la persona (víctima).
- Firma y registro médico o tarjeta profesional del médico tratante.
- Diagnóstico clínico según la clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud.
- Papelería identificada con el nombre y/o logo institucional de la entidad prestadora de servicios de salud a la cual se encuentra afiliada la víctima.

Para discapacidad:

Conforme con la Circular 009 de 2017 de la Superintendencia de Salud, el certificado debe ser firmado por el médico tratante y debe tener fecha de expedición anterior al 1 de julio de 2020; este soporte será válido hasta el 31 de diciembre de 2026.

Conforme a la Resolución 0113 de 2020 del Ministerio de salud, el certificado de discapacidad debe ser expedido por la institución prestadora de servicios de salud autorizada por el ente territorial, evaluado por un equipo multidisciplinario de mínimo 3 profesionales; este soporte será válido a partir del 1 de julio de 2020 en adelante (Por lo cual se adopta el procedimiento para reconocer y otorgar la indemnización por vía administrativa, se crea el método técnico de priorización, se derogan las Resoluciones 090 de 2015 y 01958 de 2018 y se dictan otras disposiciones.)

² "La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición. La respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita." Sentencia T-412 de 2006, entre otras.

Siendo así, queda claro para la Sala que se ha configurado un hecho superado respecto de la pretensión constitucional como lo advirtió el Juzgado fallador.

Se confirmará el fallo impugnado que declaró la carencia actual de objeto de protección constitucional por presentarse un hecho superado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro 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: **645dd2a2404e6fce6286fbca96743a65860a867c1b9ef5208170c42ad984a566**

Documento generado en 02/03/2023 11:45:32 AM

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

RADICADO: 05 000 22 04 000 2023 00021 (NI: 2023-0038-6)

ACCIONANTE: HORACIO DE JESÚS GUZMÁN GUTIÉRREZ por medio de apoderado

ACCIONADOS: COMISARIA DE FAMILIA DE LIBORINA (ANTIOQUIA) Y OTROS

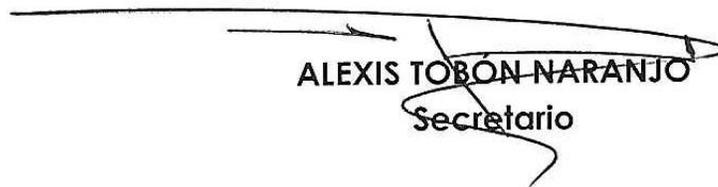
CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionante interpone oportunamente recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹.

Es de anotar que el trámite de notificación culminó el día 14 de febrero de 2023, fecha en la que cual hubo de tenerse notificado conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8° de la ley 2213 de 2022 a la fiscalía 135 Seccional de Unidad de Género – Antioquia, a quien se le remitió vía correo electrónico la respectiva notificación del fallo de tutela en dos oportunidades, sin que acusare recibido del mismo, siendo efectivo el último envío el 10 de febrero de 2023².

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 quince (15) de febrero de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día diecisiete (17) de febrero de 2023.

Durante los días subsiguientes y tras superar algunos problemas con el OneDrive para organizar cronológicamente todos los archivos allegados al correo institucional, paso a despacho el expediente digital.

Medellín, febrero veintiuno (21) de 2023.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivo 46-47

² Archivo 45

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, febrero veintidós (22) 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 Dr. Rodrigo Arcángel Urrego Mendoza apoderado del accionante Horacio de Jesús Guzmán Gutiérrez, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **63ba4e6f8074904677ff76284a30e54401ebbc1c40fd3ec5d13a2a7122950aa3**

Documento generado en 23/02/2023 01:57:40 PM

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

Medellín marzo 3 del 2023

Toda vez que el auto emitida dentro de la actuación radicada al número 2023-0231 -fue aprobadas el por la Sala de decisión que preside el suscrito magistrado lo procedente es entrar a señalar el próximo diez de marzo a las 9 a.m. para la respectiva audiencia de lectura. Con los correo para la citación de la audiencia virtual de lectura remitase copia de la respectiva providencia.

CUPLASE

GUSTAVO ADOLFO PINZON JACOME

MAGISTRADO

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

Código de verificación: **4e3df44c9fad0b5b67f714870bfb0c3c48e90d25ef5d711935599816b1a814e0**

Documento generado en 03/03/2023 12:07:25 PM

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

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

Sentencia de segunda instancia incidente de reparación integral

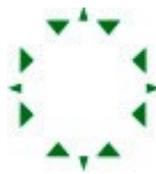
Demandado: Olber León Zapata Rúa

Demandante: Luisa Fernanda Espinosa Villa

Delito: Lesiones personales culposas

Radicado: 05-736-61-00103-2016-00288

(N.I. TSA 2022-0856-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente:

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 12 del 15 de febrero de 2023

Proceso	Incidente de reparación integral de perjuicios
Instancia	Segunda
Apelante	Apoderado de la parte demandante
Demandado	Olber León Zapata Rúa
Tema	Valoración probatoria – liquidación de perjuicios
Radicado	05-736-61-00103-2016-00288 (N.I. TSA 2022-0856-5)
Decisión	Confirma y modifica

ASUNTO

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, Luisa Fernanda Espinosa Villa, en contra de la sentencia proferida el 13 de junio de 2022 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Remedios – Antioquia dentro del incidente de reparación integral adelantado en contra de OLBER LEÓN ZAPATA RUA.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

Agotado el trámite previsto en los artículos 102 a 104 del C.P.P., el Juzgado Promiscuo Municipal de Remedios condenó a OLBER LEÓN ZAPATA RUA al pago, en favor de Luisa Fernanda Espinosa Villa, de dos millones ciento sesenta y ocho mil trescientos pesos (2.168.300\$) como daño emergente, cuatro millones ciento cuatro mil doscientos ochenta y cinco (4.104.285\$) pesos como lucro cesante, y diez (10) SMLMV como daño moral subjetivado. Además, se abstuvo de condenar en costas y agencias en derecho pues no se desmostraron. Para soportar su decisión adujo esencialmente que:

- Las lesiones sufridas por la demandante se encuentran probadas con el dictamen de medicina legal, el registro fotográfico y la sentencia penal del 11 de noviembre de 2020, en donde se condenó a ZAPATA RUA por el delito de lesiones personales culposas.

- Sobre el daño emergente, se aportaron facturas de consultas médicas particulares por ortopedia, medicamentos y rayos x, por un monto de dos millones ciento sesenta y ocho mil trescientos (2.168.300\$) pesos. Así que se estimó este valor como indemnización por tal concepto.

Aunque se incorporaron recibos de caja menor de transporte, no se acreditó que tal servicio haya sido utilizado por Luisa Fernanda. También se aportó una cotización de daños de una motocicleta, pero el documento no tenía identificación de la persona que la elaboró. En consecuencia, no se accedió a las pretensión que se pidió con fundamento en estos dos elementos.

- En cuanto al lucro cesante, se aportó certificado laboral donde se acreditaba el trabajo que desempeñaba y el salario devengado por

Espinosa Villa para el momento del delito, además, dictamen pericial del 23 de agosto de 2017 donde se determinó una incapacidad de 150 días. Conforme a tales medios de conocimiento, se fijó una indemnización de cuatro millones ciento cuatromil doscientos ochenta y cinco (4.104.285\$) pesos por este concepto.

- En lo relativo al daño a la vida de relación, este no fue demostrado, por el contrario, con la prueba testimonial practicada se evidenció que Luisa Fernanda Espinosa Villa continuó con sus actividades exteriores normales, como conducir moto y bailar, por lo que no se reconoció la indemnización por tal aspecto.

- Respecto a los daños morales, los objetivados no fueron probados, y los subjetivados se presumen por la lesión física padecida. En consecuencia, teniendo en cuenta un precedente del Consejo de Estado¹ donde se estableció que el monto máximo por este concepto es de cien (100) SMLMV, pero por delitos graves, fijo la indemnización para el caso en diez (10) SMLMV para la época de su pago.

- No se condenó en costas y agencias en derecho pues la parte demandante las solicitó pero no las demostró.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión, el apoderado de la demandante presentó recurso de apelación, el cual puede sintetizarse así:

- Destacó que la pretensión económica de la demanda no se modificó durante la segunda audiencia del incidente de reparación integral, en la que se enunció un monto menor pero exclusivamente

¹ Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, radicado 26251.

para efectos de propiciar un acuerdo entre las partes, el que finalmente resultó infructuoso. En ese orden, la Juez, indebidamente, negó el reconocimiento del pago total solicitado por los conceptos de daño emergente, lucro cesante -consolidado y futuro-, daño a la vida de relación y daño moral subjetivo.

- Sobre el perjuicio patrimonial, a título de daño emergente consolidado, adujo que tales pretensiones tienen fundamento en los gastos en los que se incurrió como consecuencia directa del delito, en concreto:

- (i) Por los daños a la motocicleta de placas ZWY22D. Al respecto, se calculó una indemnización por un valor de cinco millones doscientos diez mil quinientos (5.210.500\$) pesos, con fundamento en la cotización a nombre de la demandante, y que se corresponde con el monto de los gastos en que ella incurrió para reparar tal bien, en el que se desplazaba al momento del accidente de tránsito por el que ZAPATA RUA fue condenado penalmente.
- (ii) Por los gastos de transporte a citas médicas. En relación a este punto se fijó un monto de quinientos treinta y siete mil quinientos (537.500\$) pesos, conforme al recibo de caja menor expedido por Luis Albeiro Mejía, suma que fue asumida por la víctima a fin de asistir a las citas médicas necesarias para tratar las lesiones que sufrió a causa del delito.

- En cuanto a la pretensión por el lucro cesante, consolidado y futuro, aduce el apelante que fue indebidamente tasado por la Juez, quien no tuvo en cuenta que, a causa del delito, la víctima tuvo una pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 53.64% de carácter permanente, lo que le impidió, desde el día de ocurrencia del delito (2 de abril de 2016) y en adelante (hasta la expectativa de vida, 60.2

años), desarrollar la actividad productiva que antes ejercía y percibir el correspondiente ingreso económico.

De modo que no bastaba con reconocer el lucro cesante solo en razón de los 150 días que duró la incapacidad de la víctima, pues se cuenta con elementos que sirven de soporte a la pretensión de 130.552.162\$.

- Sobre el daño a la vida de relación, manifiesta que Luisa Fernanda cuenta con un dictamen de invalidez en un porcentaje alto en razón de las lesiones que le causó OLBER LEÓN ZAPATA RUA, afectación que limita sus posibilidades para caminar de manera normal y desempeñar la labor que antes ejercía, así como de disfrutar de actividades de recreación y sano esparcimiento, lo cual impiden hacer más agradable su existencia. De modo que, las pruebas de sus lesiones son suficientes para deducir el impacto negativo que los hechos delictuales generaron en su vida. De ahí que no sea de recibo el argumento de la Juez, según la cual, no se probó este daño por el que se pretende una indemnización de cincuenta (50) SMLMV, equivalentes a cuarenta y cinco millones cuatrocientos veintiséis mil trescientos (45.426.300\$) pesos.

- En relación al monto reconocido con ocasión del daño moral subjetivo, considera que no se compadece con la afectación emocional, física y psicológica que padeció la víctima. En ese sentido, estima que se debe aumentar la suma definida por la primera instancia teniendo en cuenta que en la demanda se solicitaron cien (100) SMLMV, correspondientes a noventa millones ochocientos cincuenta y dos mil seiscientos (90.852.600\$) pesos, cantidad que tiene fundamento en lo establecido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.²

² SC780-2020, radicado 18001-31-03-001-2010-00053-01, del 10 de marzo de 2020, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

- En cuanto a las costas y agencias en derecho, negadas por la Juez porque no fueron probadas, considera el recurrente que al tratarse de un asunto civil que genera erogaciones, diferente a lo que sucede en el proceso penal, resulta ineludible la condena en tal sentido.

No se allegó a esta instancia pronunciamiento por parte de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala procederá a resolver los temas objeto de apelación sin entrar a evaluar otros aspectos que no fueron objeto de impugnación, en respeto a la regla de limitación de la segunda instancia, artículo 328 C.G.P. En ese orden, se evaluará si fue correcta la decisión de la Juez en relación a las pretensiones de indemnización por daño emergente, lucro cesante, daño moral subjetivado, daño a la vida de relación, y lo resuelto sobre las costas y agencias en derecho.

Previo a ello, se impone precisar que el monto de las pretensiones de la actora fueron fijadas en la demanda, lo que define el marco para la debida aplicación de la regla de consonancia, contenida en el artículo 281 *ibídem*. A propósito, no se advierte que el valor de las reclamaciones variara en razón de las propuestas manifestadas durante los intentos de acuerdo entre las partes.

1. Sobre el daño emergente

En relación con este rubro se confirmará la decisión apelada por las siguientes razones:

El artículo 1614 del C.C. define el daño emergente como el *“perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”*. A su vez, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia³ ha precisado que este daño patrimonial responde *“a la idea de disminución o detrimento, por salida o egreso pasado, presente o futuro de derechos patrimoniales”*.

En tal sentido, no puede obviarse que el impugnante aludió expresamente al daño emergente consolidado, sobre este, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴ ha señalado: *“Por perjuicio consolidado se entiende aquel que existe, es el perjuicio cierto, que «ya se exteriorizó», es «una realidad ya vivida».* En tratándose del daño emergente, consiste en los desembolsos, egresos, o gastos efectuados; (...)”.

Además, se debe destacar que, en principio y conforme al artículo 167 del C.G.P., la carga de la prueba es de la parte que pretende la indemnización por el menoscabo patrimonial.⁵ Al respecto, la apelación se centra en la valoración de los medios de conocimiento presentados con el propósito acreditar los gastos en que incurrió Luisa Fernanda Espinosa Villa para: (i) reparar la motocicleta de placas ZWY22D, y (ii) transportarse a citas médicas.

Ahora bien, la Sala encuentra que le asiste razón a la Juez al evaluar los medios de conocimiento incorporados al proceso para acreditar tales situaciones. Véamos.

³ SC CSJ, radicado 15322-31-03-001-2015-00078-01, SC4843-2021, del 2 de noviembre de 2021, M.P. Franciso Ternera Barrios.

⁴ SP CSJ, radicado 50659 del 8 de julio de 2020, SP2295-2020, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

⁵ Sobre la carga probatoria para la demostrar menoscabo patrimonial, véase SC CSJ radicado 63001-31-003-0001-2015-00095-02, SC506-2022, del 17 de marzo de 2022, M.P. Hilda González Neira.

- **En lo relativo a la motocicleta**

El recurrente expuso que su pretensión es el reconocimiento de los gastos en que incurrió Luisa Fernanda para reparar los daños que sufrió la referida motocicleta como consecuencia de delito cometido por ZAPARA RUA. Para probar este hecho presentó una cotización a nombre de la demandante.

Efectivamente, se cuenta con un documento que tiene una tabla en donde se discriminan algunos elementos por código, nombre, cantidad, valor unitario y valor total, este último por la suma de cinco millones doscientos diez mil quinientos (5.210.500\$) pesos. El elemento cuenta con un membrete simple en la parte superior donde se lee "DISTRIBUIDORA COLOMBIA" en el lado izquierdo, y el logotipo de Yamaha en el lado derecho, además, en el margen inferior de la página, datos de dirección, teléfono y correo electrónico, del que parece ser un establecimiento de comercio. También se percibe, a mano alzada, las placas de la moto, el nombre e identificación de Luisa Fernanda Espinosa Villa, así como un número, posiblemente de un celular.⁶

La descripción acabada de realizar es necesaria para exponer una conclusión obvia: el documento no acredita suficientemente ningún pago, egreso, gastos o desembolsos efectuados por Espinosa Villa. De ahí que resulte insuficiente para demostrar el daño emergente consolidado.

Nótese que la identificación de la demandante y de la motocicleta aparecen de manera informal en el elemento, el que tampoco tiene la identidad de quién los elaboró, lo que no puede superarse con el membrete.

⁶ Folio 45 del documento "8 AnexosincidenteP.5".

Es ostensible la poca claridad que el documento aporta para solucionar el punto que se analiza. No se puede afirmar que se trate de una cotización, como alude el impugnante, ya que el elemento no tiene ninguna identificación en tal sentido. En gracia de discusión, aceptando que sí lo es, ello no ayuda a superar el problema advertido, pues si Luisa Fernanda pagó el arreglo del vehículo, por lo que enmarca su pretensión en el daño emergente consolidado, no se entiende por qué aportó tan solo una cotización y no un documento en donde conste lo que realmente canceló, el motivo del pago y a quién lo hizo.

Adicionalmente, no se acreditó cuál fue el daño concreto de la motocicleta a causa del delito por el que se condenó a ZAPATA RUA, y en consecuencia, por qué se requerían todos los elementos discriminados en el documento para su reparación.

- **Sobre los gastos de transporte a citas médicas**

Para probar este rubro, se aportaron copias simples de 35 recibos de caja menor suscritos por Luis Albeiro Mejía, por concepto de “transporte”.⁷

Ahora, en estos documentos no se determina si los valores allí señalados realmente fueron pagados por Luisa Fernanda Espinosa Villa, tampoco se precisa si fue ella quien hizo uso del transporte al que alude cada elemento, y menos, que tales servicios tuviera como fin, acudir a las citas médicas para tratar las lesiones que le produjo el delito.

Entonces, nuevamente los documentos aportados resultan insuficientes para demostrar el ítem al que la parte alude con el propósito de reclamar la indemnización por un daño emergente consolidado.

⁷ *Ibíd*em, folios 46-51.

2. Sobre el lucro cesante

En el presente caso no se discute que se causó este perjuicio, en su lugar, el apelante objeta el monto definido por la primera instancia. La razón le asiste al impugnante como pasará a explicarse.

Según el artículo 1614 del Código Civil se entiende por lucro cesante, *“la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”*, lo que implica las ganancias dejadas de percibir por la víctima en virtud de lesión sufrida.

Jurisprudencialmente se han discriminado dos formas diferentes de liquidarse, que comprende dos periodos definidos: lucro cesante pasado o consolidado, y lucro cesante futuro.

En reciente pronunciamiento, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia reiteró: *“En tratándose del lucro cesante, el actual es la ganancia o el provecho que, se sabe, no se reportó en el patrimonio del afectado; y el futuro es la utilidad o el beneficio que, conforme el desenvolvimiento normal y ordinario de los acontecimientos, fundado en un estado actual de cosas verificable, se habría de producir, pero que, como consecuencia del hecho dañoso, ya no se presentará”*.⁸

A tono con esto, la doctrina ha señalado: *“el primero abarca el tiempo transcurrido entre el momento del accidente y el del proferimiento del fallo (lucro cesante pasado o consolidado); de otra parte muchas veces la incapacidad continúa con posterioridad a la sentencia condenatoria. Es preciso entonces liquidar el lucro cesante futuro que*

⁸ SC CSJ radicado 11001-31-03-037-2001-01048-01, SC4703-2021, del 22 de octubre de 2021, M.P. Armando Tolosa Villabona.

se produce entre el momento del fallo y aquel en que termina la incapacidad, sea por muerte de la víctima, sea por su recuperación".⁹

Para efectos de procederse con los anteriores cálculos es preciso, en primer lugar, determinar cual era el ingreso laboral de la víctima al momento del accidente.

En el caso que nos ocupa, se aportó copia simple del contrato de trabajo del 29 de octubre de 2015 entre Luisa Fernanda Espinosa Villa (Empleada) y Fidelity Security Company Ltda. (empleador), en el que se pactó un salario de seiscientos cuarenta y cuatro mil trescientos cincuenta (644.350\$) pesos mensual.¹⁰

Además, copia simple de constancia laboral del 3 de marzo de 2017, en donde la directora de gestión humana del empleador certificó que Luisa Fernanda contaba con un salario básico de setecientos treinta y siete mil setecientos diecisiete (737.717\$) pesos, adicionalmente, señaló el promedio mensual por horas extras y recargo en el periodo de enero a abril del año 2016.¹¹ Nótese que tales valores corresponden a los salarios mínimos legales mensuales fijados para los años 2015 y 2017.¹²

Ahora, de esos documentos se extrae que para la fecha de los hechos, 2 de abril de 2016, Espinosa Villa se encontraba laborando en la empresa Fidelity Security Company Ltda., de tal información también se puede inferir que devengaba un salario mínimo, pues este fue el valor que se pactó desde la suscripción del contrato laboral.

En ese orden, debe tenerse en cuenta que, es un hecho notorio que para el año 2016 el salario mínimo legal mensual era de 689.455\$,¹³ cifra

⁹ Javier Tamayo Jaramillo. *De la Responsabilidad Civil. 2ª edición, tomo II. Bogotá: Temis. 2007. Pág., 925*

¹⁰ Folios 5-13 del archivo "4 AnexosincidenteP.1".

¹¹ *Ibidem*, folio 15.

¹² Conforme a los decretos 2731 de 2014, y 2209 de 2016.

¹³ Conforme al decreto 2552 de 2015.

que debe ser actualizada para la liquidación que amerita el caso. Esto último deberá hacerse conforme a la siguiente fórmula de indexación:

$$Va = Vh \frac{If}{Ii}$$

Donde:

Va= valor actualizado.

Vh= valor histórico (689.455\$).

If= IPC final, último índice de precios al consumidor certificado por el DANE (enero de 2023: 128,27).

Ii= IPC inicial, índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el mes del accidente (abril de 2016: 91.63).

Entonces:

$$Va = 689.455\$ \frac{128,27}{91.63}$$

$$Va = 689.455\$ \times 1,39986904$$

$$Va = 965.146,708\$$$

Teniendo en cuenta que este valor actualizado (Va) es menor al salario mínimo legal mensual vigente (un millón ciento sesenta mil -1.160.000\$-pesos)¹⁴, debe tenerse como valor actualizado (Va) el último monto referido.¹⁵ Además, como dicho concepto surge de una relación laboral, debe sumársele un 25% del mismo, a modo de factor prestacional. En consecuencia, como el 25% de 1.160.000\$ es igual a 290.000\$:

$$Va = 1.160.000\$ + 290.000\$$$

$$Va = 1.450.000\$$$

¹⁴ Decreto 2613 de 2022.

¹⁵ Resultaría contrario a la equidad aceptar que la víctima devengaba un salario mínimo y tener como criterio para la liquidación de perjuicios un valor inferior a tal valor. Además, porque lo que se busca con la indexación es traer al valor presente tal salario mínimo, teniendo en cuenta la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Conforme a este valor se procederá con la liquidación de cada perjuicio reclamado.

- **En cuanto al lucro cesante consolidado**

Teniendo en cuenta que la pérdida de capacidad laboral de Luisa Fernanda Espina Villa es superior al 50%,¹⁶ el valor actualizado (Va) con el que se procederá realizar la liquidación del lucro cesante consolidado es del total acabado de definir, es decir, un millón cuatrocientos cincuenta mil (1.450.000\$) pesos. Para la liquidación del perjuicio abordaremos la siguiente fórmula:

$$LCC = Va \cdot \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

En ella, lucro cesante consolidado (LCC) es el resultado de multiplicar el valor de la renta dejada de percibir actualizada (Va) por el resultado de sumar "1" más porcentaje del interés a aplicar (i), elevado al número de meses transcurridos entre la fecha del daño y la sentencia (n), menos la constante "1", dividido todo esto sobre el porcentaje del interés aplicado, esto es, el 6% anual (0,4867% mensual).

Va: Renta actualizada o valor actual

n: número de meses desde la fecha del accidente (2 de abril de 2016) hasta el 13 de febrero de 2023, fecha aproximada del fallo sustitutivo,¹⁷ los cuales corresponden a 82,36 meses.

¹⁶ Conforme al dictamen de pérdida de capacidad laboral del 1 de agosto de 2017, folio 48-49 del archivo "7 AnexosincidenteP.4".

¹⁷ Así procedió la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia dentro de un proceso en el que emitió un fallo sustitutivo por conceptos de lucro cesante y daño moral. Radicado 11001-31-03-037-2001-01048-01, SC4703-2021, del 22 de octubre de 2021, M.P. Armando Tolosa Villabona.

Sentencia de segunda instancia incidente de reparación integral

Demandado: Olber León Zapata Rúa

Demandante: Luisa Fernanda Espinosa Villa

Delito: Lesiones personales culposas

Radicado: 05-736-61-00103-2016-00288

(N.I. TSA 2022-0856-5)

$$LCC = 1.450.000\$ \frac{(1 + 0,004867)^{82.36} - 1}{0,004867}$$

$$LCC = 1.450.000\$ \frac{(1,004867)^{82.36} - 1}{0,004867}$$

$$LCC = 1.450.000\$ \frac{1,491636462869 - 1}{0,004867}$$

$$LCC = 1.450.000\$ \frac{0,491636462869}{0,004867}$$

$$LCC = 1.450.000\$ x 101,014272214711$$

$$LCC = \$146.470.694,71$$

Entonces, se concluye que el lucro cesante consolidado a favor de la demandante corresponde a la suma de ciento cuarenta y seis millones cuatrocientos setenta mil seiscientos noventa y cuatro pesos con setenta y un centavos (\$146.470.694,71).

- **En cuanto al lucro cesante futuro**

Respecto al lucro cesante futuro, debemos precisar que el mismo se liquida con base en la expectativa de vida de la lesionada y para tales efectos, nos debemos remitir a la resolución 110 de 2014, por medio del cual se establecen la tabla mortalidad de hombres y mujeres.

Para el momento del accidente, 2 de abril de 2016, Luisa Fernanda Espinosa Villa, quien nació el 10 de julio de 1990, tenía 25 años, 8 meses y 23 días, por lo que su expectativa de vida, según la resolución 110 de 2014, se extiende por otros 58,7 años, esto es, por 704,4 meses en total, dentro de los cuales se hallan los que corresponden al lucro cesante pasado y los relativos al futuro, así como al tiempo de vida adicional a los 25 años.

Así que hay que restar los meses correspondientes al lucro cesante consolidado y el tiempo adicional a los 25 años, esto arroja un total de

Sentencia de segunda instancia incidente de reparación integral

Demandado: Olber León Zapata Rúa

Demandante: Luisa Fernanda Espinosa Villa

Delito: Lesiones personales culposas

Radicado: 05-736-61-00103-2016-00288

(N.I. TSA 2022-0856-5)

613,28 meses para liquidar el lucro cesante futuro con base en lo siguiente formula:

$$LCF = Va \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

$$LCF = 1.450.000\$ \frac{(1 + 0,004867)^{613,28} - 1}{0,004867(1 + 0,004867)^{613,28}}$$

$$LCF = 1.450.000\$ \frac{(1,004867)^{613,28} - 1}{0,004867(1,004867)^{613,28}}$$

$$LCF = 1.450.000\$ \frac{19,640497808846 - 1}{0,004867 \times 19,640497808846}$$

$$LCF = 1.450.000\$ \frac{18,640497808846}{0,095590302836}$$

$$LCF = 1.450.000\$ \times 195,00406689606$$

$$LCF = 282.755.896,99\$$$

De este modo que el lucro cesante futuro asciende a doscientos ochenta y dos millones, setecientos cincuenta y cinco mil ochocientos noventa y seis mil pesos con noventa y nueve centavos (\$282.755.896,99).

En consecuencia, la suma total por el lucro cesante, consolidado y futuro, sería de cuatrocientos veintinueve millones doscientos veintiséis mil quinientos noventa y un mil pesos con setenta y un centavos (429.226.591,71\$).

Sin embargo, este no podrá ser el monto que defina la Sala por tal concepto, pues ello excedería lo pedido por la parte actora. A propósito, la Corte Suprema de Justicia ha resaltado la aplicación del artículo 305 del C.P.C., actual art 281 del C.G.P., para la

regulación de la pretensiones tramitadas por el incidente de reparación integral del sistema acusatorio.¹⁸

Así las cosas, atendiendo que la petición de indemnización elevada por el incidentista, en la presentación de la demanda, fue exclusivamente por lucro cesante, consolidado y futuro, en una suma de ciento treinta millones quinientos cincuenta y dos mil cientos sesenta y dos (130.552.162\$) pesos, la consecuencia necesaria es que la sentencia no exceda tal petición.

¹⁸CSJ Penal 13 de abril de 2011 rad 34145 M.P. Espinosa Pérez. "El principio de congruencia en materia civil se encuentra consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1, en los siguientes términos:

"La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

"Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

"En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al Despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio".

De acuerdo con este principio procesal civil, el juez, en su sentencia no puede reconocer lo que no se le ha pedido (extra petita), ni más de lo pedido (ultra petita), ni dejar de resolver lo que le fue solicitado (citra petita), pues en cualquiera de tales eventos estaría desbordando, positiva o negativamente, los límites de su potestad. Así lo ha reconocido la pacífica y reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de esta Corporación, por ejemplo, en el fallo del 22 de febrero de 2002, en el cual dijo expresamente:

"En virtud del principio de la congruencia, la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, motivo por el cual no le permite al juzgador desbordar cualitativa o cuantitativamente la pretensión y sus fundamentos, como tampoco dejar de resolver sobre lo que fue solicitado o debió ser objeto de pronunciamiento, de donde se colige que habrá incongruencia si el fallo resulta omiso o diminuto (citra petita), o cuando se excede sobre el thema decidendum, cual sucede si el fallo se profiere sobre lo que jamás se reclamó de la jurisdicción (extra petita), o cuando se concede más de lo pedido (ultra petita)."

La importancia de que el fallo sea congruente con las pretensiones y las excepciones propuestas o las que hayan debido reconocerse de oficio, ha llevado al legislador civil a contemplar el vicio de inconsonancia como causal de casación, en los siguientes términos:

"Artículo 368. Modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1º. Son causales de casación:

(...)

"2ª. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio. (...)"

Este principio que rige el proceso civil, por supuesto que irradia en toda su extensión el incidente de reparación integral, cuyo trámite debe entonces asegurar la existencia del debate y de la contradicción -que le son consustanciales y que son el presupuesto de una sentencia justa - sobre una base de lealtad y de pleno conocimiento de sus extremos fundamentales."

Ahora, atendiendo que dicha pretensión se elevó al inicio del incidente de reparación integral, esta se indexará a la fecha de esta providencia, conforme al artículo 283 del C.G.P., aplicando la misma fórmula con base en la cual se indexó el salario devengado por Luisa Fernanda Espinosa Villa.

$$Va = Vh \frac{If}{Ii}$$

$$Va = 130.552.162\$ \frac{128,27}{106,58}$$

$$Va = 130.552.162\$ \times 1,2035091$$

$$Va = 157.120.715\$$$

En total, la suma a pagar por este rubro, lucro cesante consolidado y futuro, será de ciento cincuenta y siete millones ciento veinte mil setecientos quince (157.120.715\$) pesos, sentido en el cual se modificará la decisión de primera instancia.

3. De los perjuicios extrapatrimoniales por daño a la vida de relación y daño moral subjetivo

En este punto se impone realizar una precisión conceptual con fuertes implicaciones procesales de cara a la solución del caso bajo análisis, en relación al daño a la vida de relación y el daño moral subjetivo.

No puede confundirse el daño moral con el daño a la vida de relación, también denominado daño por alteración a las condiciones de existencia o daño fisiológico. El *daño a la vida de relación* o *alteración de las condiciones de existencia*, es un concepto autónomo y distinto frente a otro tipo de perjuicios que se pueden ocasionar como consecuencia del delito, es decir, no confundible con la comprensión tradicional de los perjuicios materiales y morales.

Sobre el primero la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado:¹⁹

“Tratándose del daño moral entendido como el dolor, aflicción, desesperación, desasosiego, temor y zozobra padecidos por la víctima como consecuencia del hecho dañoso (...).”

En cuanto al daño a la vida de relación, la misma Corporación determinó:²⁰

“...surge la necesidad de reconocer que la conducta ilícita, en ocasiones, además de producir afectación al patrimonio de la víctima, la salud, o la integridad psicológica, altera, en forma trascendental, el modo como el individuo se relaciona social, familiar, laboral y afectivamente, siendo ésta una categoría que continúa en construcción y que ha sido denominada: el daño a la vida de relación.”

Expresamente, en el mismo precedente citado en el párrafo anterior, haciendo relación al desarrollo de estos conceptos, la Corte puntualizó que a pesar de ostentar la categoría de extrapatrimoniales, el daño moral y el daño a la vida de relación eran diferentes:

“... el perjuicio fisiológico o a la vida de relación, debe distinguirse en forma clara del daño material, en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, e igualmente, de los perjuicios morales subjetivados, en cuanto el primero exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar “...otras actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia”.²¹

(...)

¹⁹ CSJ SP, Radicado 47053 del 16 de agosto de 2017, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

²⁰ CSJ SP, Radicado 46181 del 29 de junio de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

²¹ Ídem.

Resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. **Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo.** En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral.

(...)

Recopilando, el perjuicio denominado daño a la vida de relación es una subcategoría del daño inmaterial, distinta y autónoma del perjuicio moral y el fisiológico. Los dos pueden presentarse en los directamente afectados y también en las víctimas indirectas; sin embargo, **mientras el perjuicio moral se presume, la concreción del daño a la relación de vida debe acreditarse probatoriamente.**" (Negritas fuera del texto original).

La trascendencia de diferenciar las diversas categorías de perjuicios extrapatrimoniales, apunta a la forma en cada uno debe probarse, sobre el particular, la Corte destacó:

"Ahora, si bien en las primeras etapas del desarrollo de esta clase de daño inmaterial, el reconocimiento de la compensación acrecentaba el monto previsto para el daño moral, desconociéndose su autonomía, desde el punto de vista probatorio siempre se diferenció uno del otro, debido a que mientras éste se agota en el ámbito interior de la personalidad que se limita al deterioro de los sentimientos, por tanto, su determinación resulta difícil; en aquél, la existencia e intensidad de este tipo de perjuicio (a la vida de relación) puede ser fácilmente demostrada dentro del proceso por quien pretende su reconocimiento, debido a que en todos los casos este daño se manifiesta en la vida exterior de las víctimas.

(...)

Por ende, si la pretensión de la apelante se concibió con fundamento en el dolor, sufrimiento, desdicha, o congoja que obviamente las víctimas indirectas (hijas y hermanas) de la señora Mariela Giraldo Herrera experimentaron con su muerte, ello constituye el perjuicio moral ocasionado con el hecho punible, que, además, se presume (en los grados de parentesco señalados en el artículo 5º de la Ley 975 de 2005, modificado por la Ley 1592 de 2012), por tratarse del plano psíquico interno del individuo. Por el contrario, el daño a la vida de relación se refleja sobre la esfera externa del individuo y para probar su existencia, no es dable invocar las mismas nociones, por ser un perjuicio extrapatrimonial diferente, pues, de ser así, se estaría compensando doblemente la misma afectación.

En conclusión, la víctima de un delito no siempre verá afectada su relación de vida, aunque el hecho le haya generado perjuicio moral. Producida la afectación, esta se manifiesta en el comportamiento exterior del ser humano y su reconocimiento judicial requiere de la prueba que soporte este perjuicio de carácter inmaterial.”²²

Así las cosas, le correspondía a la parte incidentista demostrar la estructuración de cada uno de los daños en los que funda sus diferentes pretensiones indemnizatorias.

4. Sobre el daño a la vida de relación

En lo atinente a este ítem, el apelante aduce que las lesiones, la incapacidad, no continuar con la labor que desempeñaba y la necesidad de ayudas para desplazarse, son suficientes para concluir la estructuración del daño a la vida de relación que sufrió Luisa Fernanda.

²² CSJ SP, Radicado 46181 del 29 de junio de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

A propósito, la Sala advierte que, entre los documentos incorporados al trámite, se cuenta con el dictamen pericial de clínica forense del 23 de agosto de 2017²³ en donde se consignó que Espinosa Villa presenta como *“secuelas medico legales: deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente por lo notorio y ostensible de las cicatrices en pierna izquierda, muslo izquierdo y abdomen; Perturbación funcional de órgano La (Sic) locomoción de carácter permanente por la necesidad de apoyo para la marcha Perturbación funcional del miembro inferior izquierdo de carácter permanente por la limitación para el apoyo y falta de consolidación ósea”*.

Tal concepto fue recogido entre los elementos tenidos en cuenta para el dictamen de pérdida de capacidad laboral del 1 de noviembre de 2017,²⁴ donde se concluyó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 53.64%.

Además, en el documento de sustentación al dictamen se expuso la *“historia sociofamiliar”* de la evaluación del 26 de octubre de 2017, conforme al cual, Luisa Fernanda Espinosa Villa *“vive con sus padres, su compañero permanente y su hijo; casa familiar, posee todos servicios básicos, tiene 2 perros de mascota pero no puede cuidarlo. Actualmente está incapacitada, no recibe subsidio económico de incapacidad desde hace 2 meses, actualmente su compañero es el encargado del sustento económico del hogar, él trabaja como minero, sus padres no trabajan ni tiene otros ingresos. Dice que tiene deuda con entidad financiera y no ha podido cubrir las cuotas. Necesita ayuda para las actividades básicas cotidianas, se baña y se viste sentada y con ayuda de sus familiares, se alimenta sola, puede preparar algunos alimentos estando sentada, no puede hacer aseo del hogar. Siempre sale a la calle acompañada, se transporta como pasajera de motocarro o taxi, camina con dos muletas desde el accidente. No*

²³ Folios 45-47 del archivo *“7 AnexosincidenteP.4”*.

²⁴ *Ibidem*, folios 48-58.

puede realizar compras ni cargar paquetes. Debido al accidente tuvo que suspender sus estudios, ya no puede jugar con su hijo, permanece la mayor parte del tiempo en casa".²⁵

Nótese que tales elementos sirven para evidenciar que la vida externa de Luisa Fernanda Espinosa Villa sufrió cambios en componentes sustanciales como caminar, bañarse, vestirse, jugar con su hijo, realizar oficios del hogar, preparar alimentos, cuidar sus mascotas, continuar sus estudios y salir del hogar.

Así que la víctima sufrió variaciones en sus relaciones personales familiares, educativas y sociales, información relevante para demostrar el daño a la vida de relación.

Ahora, teniendo en cuenta que la decisión de la Juez se basa en que los testimonios practicados dan cuenta de que Espinosa Villa siguió con una vida social y personal normal, por lo cual, no era evidente que las lesiones y sus secuelas hayan alterado su relación de vida. La Sala escuchó la audiencia de pruebas del 25 de agosto de 2021, en donde la parte demandante solo presentó el testimonio de María del Carmen Ruiz Villa,²⁶ tía de Luisa Fernanda Espinosa Villa. Mientras que el demandado aportó los testimonios de Yesenia Patricia Macías Calderón²⁷ y Marta Elena Muñoz Montoya.²⁸

María del Carmen Ruiz Villa informó que su sobrina, Luisa Fernanda Espinosa Villa, vive cerca de sus casa y la visita los domingos. También destacó que el 2 de abril de 2016 aquella sufrió un accidente de tránsito que le produjo una lesión en el pie, por lo que tuvo que viajar a Medellín y someterse alrededor de 16 intervenciones médicas. Adujo que Luisa Fernanda sonríe pero en ocasiones llora, por lo que la consuela

²⁵ *Ibídem*, folios 55-56.

²⁶ Audiencia del 25 de agosto de 2021, archivo "30 Audio25ago2021", récord 00:04:30 a 00:13:26.

²⁷ Audiencia del 25 de agosto de 2021, archivo "30 Audio25ago2021", récord 00:15:00 a 00:20:43.

²⁸ Audiencia del 25 de agosto de 2021, archivo "30 Audio25ago2021", récord 00:21:05 a 00:28:05.

recordándole que aun cuenta con su pie, que no tiene conocimiento de que haya recibido alguna indemnización por los daños causados, que antes del incidente Espinosa Villa laboraba como vigilante y ahora se dedica a ventas informales, además, que esta se desplaza en motocicleta porque los recorridos largos caminando le producen dolor.

Yesenia Patricia Macías Calderón manifestó conocer a Luisa Fernanda como vecina de su barrio, en Remedios, y aunque no ha tenido trato con ella, la ve caminando -en ocasiones con bastón o muletas- y conduciendo motocicleta, precisa que supo que aquella tuvo un accidente y que antes la veía vestida con un uniforme de vigilancia.

Marta Elena Muñoz Montoya testificó ser amiga de ZAPATA RUA, que ha visto a Luisa Fernanda Espinosa Villa en la calle, a quien también conoce de unas clases de peluquería, que le contaron del accidente de la mujer y sus lesiones, y que la ha observado caminar con un bastón, conduciendo motocicleta y bailando.

Ahora bien, la delimitación exacta de la información aportada por cada testigo permite establecer el tipo de daño demostrado, su intensidad y trascendencia, aspectos relevantes de cara a la indemnización reclamada.

Nótese que estas testigos aportan información que se corresponde con la consignada en las valoraciones tenidas en cuenta para el dictamen de pérdida de capacidad laboral. Todas coinciden en la alteración que padeció Luisa Fernanda para caminar, siendo esta una función básica que los seres humanos, en condiciones normales, requieren para el disfrute de la vida, y que la víctima encuentra limitada con ocasión del delito.

En tal sentido, se advierten suficientes los medios de conocimiento referidos para dar cuenta de que en realidad se produjo el daño a la

vida de relación. Sobre este concepto, resulta pertinente citar lo dicho recientemente por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“(...) siendo considerado un perjuicio de naturaleza extrapatrimonial, distinto del moral, pues tiene carácter especial y con una entidad jurídica propia, al no corresponder certeramente al dolor físico y moral que experimentan las personas por desmedros producidos en su salud, o por lesión o ausencia de los seres queridos, sino a la afectación emocional que, como consecuencia del daño sufrido en el cuerpo o en la salud, o en otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, causados la víctima directa o a terceras personas allegadas a la misma, genera la pérdida de acciones que hacen más agradable la existencia de los seres humanos, como las actividades placenteras, lúdicas, recreativas, deportivas, entre otras.

Igualmente, tiene dicho la Sala que es entendido como «un menoscabo que se evidencia en los sufrimientos por la relación externa de la persona, debido a 'disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad', que por eso queda limitado a tener una vida en condiciones más exigentes que los demás, como enfrentar barreras que antes no tenía, conforme a lo cual actividades muy simples se tornan complejas o difíciles» (SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-00114-01).”²⁹

En ese orden, para la Sala no es acertada la decisión de la Juez pues las pruebas con las que se cuenta es posible asegurar la estructuración del daño alegado, ya que tareas básicas como caminar, vestirse, jugar, y hacer oficio le resultan claramente difícil a la víctima del delito.

²⁹ SC CSJ radicado 66682-31-03-003-2012-00247-01, SC3919-2021, del 24 de junio de 2021, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Ahora, para la tasación de este perjuicio, dada su naturaleza extrapatrimonial, corresponde al Juez conforme a su prudente arbitrio y acorde con las particularidades de cada evento.³⁰ Además, resultan de particular ayuda las decisiones jurisprudenciales en donde se han estudiado este tipo de pretensiones.³¹

Así las cosas, para la Sala es acertado reconocer el pago de veinte (20) SMLMV por el daño a la vida de relación teniendo en cuenta que Luisa Fernanda Espinosa Villa padeció el delito en el año 2016, y desde allí se advierte que no ha podido desarrollar, con total normalidad, tareas básicas personales como caminar, lo que le ha impedido el disfrute de la vida, nótese, por ejemplo, que ha visto limitada la posibilidad de disfrutar de juegos con su hijo.

5. Sobre el daño moral subjetivado

Es importante resaltar que la Juez encontró probado tal perjuicio y ello no fue reprochado dentro del trámite del incidente, de modo que no hay discusión en que Luisa Fernanda Espinosa Villa, víctima directa del

³⁰ Entre otras, SC CSJ radicados 18001-31-03-001-2010-00053-01, SC780-2020, del 10 de marzo de 2020, M.P. Ariel Salazar Ramírez; y 66682-31-03-003-2012-00247-01, SC3919-2021, del 24 de junio de 2021, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

³¹ SC CSJ en el radicado 11001-31-03-037-2001-01048-01, SC4703-2021 del 23 de octubre de 2021, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. En esta decisión se precisó que “*En materia de alteración de las condiciones de existencia o daño a la vida de relación ha señalado algunas pautas en las siguientes providencias: CSJ AC2923-2017, 11 may., rad. 2017-00405-00; CSJ AC3265-2019, 12 ago., rad. 2019-02385-00; CSJ AC1323-2020, 6 jul., rad. 2020-00686-00; CSJ AC188-2021, 1° feb., rad. 2020-02990-00), pero también la ha deferido al arbitrium iudicis: CSJ SC 13 may. 2008, rad. 1997-09327-01, reiterada en CSJ SC21828-2017, 19 dic. 2017, rad. 2007-00052-01.*

(...)

*En daño a la vida de relación a determinado: Sent. Sustitutiva 20 ene. 2009, rad. 1993-00215-01 la suma de \$90.000.000 lesiones cerebrales por disparo imprudente de arma de fuego; SC 9 dic. 2013, rad. 2002-00099-01, la suma de \$140.000.000 a persona que perdió el 75% de su capacidad laboral; SC16690-2016, la suma de \$50.000.000 por daño neurológico a recién nacido en responsabilidad médica; SC9193-2017 la suma de \$70.000.000 cuadriplejía y parálisis cerebral por mala atención en el parto; SC5686-2018 la suma de \$50.000.000 por voladura de oleoducto (Machuca); **SC665-2019, la suma de \$30.000.000 a cónyuge de peatón fallecido en accidente de tránsito**; SC562-2020, la suma de \$70.000.000 a víctima y padres por ceguera total, extracción globo ocular, parálisis medio lado corporal y retraso mental por mala atención médica a neonato; **SC780-2020, la suma de \$40.000.000 a víctima de accidente de tránsito por deformidad física permanente.**” (Negrillas nuestras).*

delito, padeció, a causa de este, sentimientos como dolor, sufrimiento, desdicha o congoja en su vida interna, es decir el daño moral.

En ese orden, se destaca que lo objetado por el apelante es el monto indemnizatorio reconocido por la primera instancia, diez (10) SMLMV, y pide que en su lugar se tenga en cuenta que su pretensión es el reconocimiento de cien (100) SMLMV, equivalente a noventa millones ochocientos cincuenta y dos mil seiscientos (90.852.600\$) pesos, con fundamento en la afectación emocional, física y psicológica que padeció la víctima, y lo establecido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.³²

Ahora bien, en la decisión jurisprudencial referida por el apelante, contrario a lo dicho por este, no se estableció un monto de 100 SMLMV como indemnización del daño moral, sino de treinta millones (30.000.000\$) de pesos para la víctima directa de un accidente de tránsito, quien sufrió una deformidad permanente en el rostro. Para dicho calculo, la Corte tuvo en cuenta que *“por muerte de un ser querido se han reconocido hasta \$60'000.000, y las lesiones sufridas por la demandante fueron de mediana gravedad”*.

Aunque se advierte que el recurrente aportó una tabla en la que se observa el reconocimiento del monto que reclama, al parecer tomada de la jurisdicción contencioso administrativa,³³ esta Sala considera más apropiado recurrir a los parámetros que pueden extraerse de la jurisdicción civil, teniendo en cuenta que el incidente de reparación integral es de naturaleza civil.

³² SC CSJ radicado 18001-31-03-001-2010-00053-01, SC780-2020, del 10 de marzo de 2020, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

³³ Una tabla similar fue expuesta por la SP CSJ en el radicado 46181 del 29 de junio de 2016, SP8854-2016, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. En aquella oportunidad la Sala de Casación Penal decidió apartarse de las tablas propuestas por el Consejo de Estado pues estas aplican para la *“disminución laboral ocurrida a raíz de accidentes laborales, o fallas en el servicio del Estado, más no, para los casos de los cuales se ocupa la justicia transicional”*, y era justamente este último escenario en el que se desarrolló el objeto de tal providencia.

Ahora, para tasar el monto de este perjuicio, los jueces están regidos por su *“discreto arbitrio”*, el cual *“les impone el deber de actuar con prudencia, valiéndose de los elementos de convicción que obren en el plenario y atendiendo la naturaleza del derecho afectado y la magnitud del daño”*.³⁴

En este caso, no puede olvidarse que Luisa Fernanda Espinosa Villa, quien nació el 10 de julio de 1990,³⁵ es una persona joven, que a causa del delito padeció un daño de una gravedad importante, de ahí que le haya sido reconocido un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, padecimiento que, según expuso su tía, María del Carmen Ruiz Villa,³⁶ le ha provocado momentos de tristeza expresados en llanto, lo que corrobora la congoja interna de la afectada.

Conforme a lo señalado, y a lo determinado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la decisión acabada de referir,³⁷ se considera acertado modificar el monto fijado por la primera instancia y reconocer el favor de Espinosa Villa el pago de treinta y cinco (35) SMLMV por perjuicios morales subjetivados.

6. De las costas y agencias en derechos

A propósito, se precisa que conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 365 del C.G.P. en la sentencia se debe condenar en costas a la parte vencida, y como el incidentante logró que se accediera a su pretensión, se configura lo allí regulado, por lo que deberá condenarse

³⁴ SC4703-2021, radicado 11001-31-03-037-2001-01048-01, del 22 de octubre de 2021, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

³⁵ Así se advierte en la copia de su cedula de ciudadanía, folio 1 del archivo *“4 AnexosincidenteP.1”*.

³⁶ Audiencia del 25 de agosto de 2021, archivo *“30 Audio25ago2021”*, récord 00:04:30 a 00:13:26.

³⁷ SC CSJ radicado 18001-31-03-001-2010-00053-01, SC780-2020, del 10 de marzo de 2020, M.P. Ariel Salazar Ramírez, en donde se reconoció la suma de \$30.000.000 para víctima y familiares por lesiones de mediana gravedad en accidente de tránsito por perjuicios morales.

en costas y agencias en derecho, en la primera instancia, a la parte demandada. Sobre la liquidación de este particular aspecto se deberá dar el trámite respectivo en despacho de origen.³⁸

Ahora bien, en segunda instancia no se impondrá el pago de costas toda vez que el fallo apelado será modificado, lo que implica que no se cumple con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 365 del C.G.P., pues la decisión no fue totalmente adversa al recurrente.³⁹

7. conclusiones

Se confirmará la decisión de la Juez en relación a las pretensiones de indemnización por daño emergente, en tanto no fueron totalmente probadas.

Se modificara el numeral primero de la sentencia recurrida en el sentido de establecer como lucro cesante -consolidado y futuro, la suma de ciento cincuenta y siete millones ciento veinte mil setecientos quince (157.120.715\$) pesos. Igualmente, se modificara el mismo numeral en el sentido de reconocer, por concepto de daño moral subjetivado, el pago de treinta y cinco (35) SMLMV.

Se adicionará el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de reconocer el perjuicio por el daño a la vida de relación, en un monto de veinte (20) SMLMV.

³⁸ Sobre la condena en costas, su procedencia en el incidente de reparación integral, su liquidación y demostración, véase entre otras, SP CSJ radicados 49493 del 28 de febrero de 2018, SP440-2018, M.P. José Luis Barceló Camacho; y 34145 del 13 de abril de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. en estas decisiones se reiteró que se “entiende por costas procesales los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio. La noción incluye las expensas y las agencias en derecho”.

³⁹ ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:
(...)

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

Se revocará el numeral segundo del fallo impugnando, y en su lugar, se condenará en costas y agencias en derecho, en primera instancia, a la parte vencida, es decir, la demandada. La respectiva liquidación de deberá ser efectuada por despacho de origen.

En este caso, en segunda instancia no hay lugar a condena en costas. Quedan de esta manera resueltas todas las inconformidades de la apelación.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos, en relación al daño emergente.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia apelada, en el sentido de reconocer **por concepto de lucro cesante** -consolidado y futuro- la suma de ciento cincuenta y siete millones ciento veinte mil setecientos quince (157.120.715\$) pesos; y **por concepto de de daño moral subjetivado**, el pago de treinta y cinco (35) SMLMV.

TERCERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia recurrida, en el sentido de reconocer, **por concepto de daño a la vida de relación**, en un monto de veinte (20) SMLMV.

CUARTO: REVOCAR el numeral segundo del fallo de primera instancia, y en su lugar, **condenar en costas y agencias en derecho, en primera instancia, a la parte vencida**, es decir, la demandada. La liquidación de este aspecto estará a cargo del despacho de origen

QUINTO: Se abstiene de condenar en costas y a fijar agencias en derecho en segunda instancia.

SEXTO: En lo restante se confirma la decisión apelada.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos de los artículos 180 a 183 del C.P.P., y 338 del C.G.P.

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

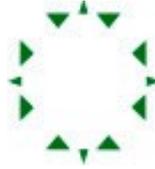
Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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: **78f760c250712503284256aaf91a0ee57a2a86fba51b486314457a2441ed5574**

Documento generado en 16/02/2023 04:53:07 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, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 12 del 15 de febrero de 2023

Proceso	Penal
Instancia	Segunda
Apelante	Defensa
Tema	Prisión domiciliaria por padre cabeza de familia
Radicado	054906000000202200003 (N.I. TSA 2023-0058-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala a resolverá el recurso de apelación presentado por la Defensa en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 9 de diciembre de 2022 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo 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.

No se relacionan los hechos porque no fueron objeto de apelación.

ANTECEDENTES PROCESALES Y SENTENCIA IMPUGNADA

La Fiscalía presentó los términos del preacuerdo al que llegó con el acusado previa asesoría de su abogado defensor. El convenio consistió en que el procesado aceptara su responsabilidad en la comisión de la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes artículo 376 del C.P, a cambio se le degradó su participación de autor a cómplice estableciendo una pena de 64 meses de prisión y multa de 667 S.M.L.M.V.

En el trámite del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, la Defensa solicitó el reconocimiento de la prisión domiciliaria por estimar que concurre en su representado la calidad de padre cabeza de hogar.

El 9 de diciembre de 2022 el Juzgado profirió sentencia condenatoria en contra de Vitalino Guevara Mena en razón del preacuerdo por la conducta punible ya reseñada, imponiendo pena de sesenta y cuatro (64) meses de prisión. Le negó el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por padre cabeza de hogar.

IMPUGNACIÓN

En contra de la decisión la defensa interpuso y sustentó recurso de apelación con el que pretende se conceda la prisión domiciliaria por concurrir la condición de padre cabeza de hogar. Del escrito se pueden sintetizar los siguientes aspectos:

Sentencia de segunda instancia

Sentenciado: Vitalino Guevara Mena
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Radicado: 05 490 60 00000 2022 00003
(N.I. TSA 2023-0058-5)

Advierte que se debió valorar la situación particular de salud que padece el menor Jesús Mateo Guevara quien necesita ayuda y apoyo de sus dos padres para salir adelante. Se desconoció el interés superior del menor debido a su incapacidad física, sensorial y por su vulnerabilidad. Se deben aplicar a su favor las máximas garantías constitucionales. Continuar sin el apoyo de su padre es agravarle más su situación y afectar más sus condiciones psicológicas, emocionales y económicas.

Afirma que se demostró plenamente que Daicy Torres Barrios es compañera permanente de Vitalino Guevara Mena y la joven Karolyn Zoraide Guevara Barrios hija del procesado, quien estudia casi todo el día y depende de sus padres, padece de serios trastornos vaginales. A Daicy Torres Barrios le diagnosticaron enfermedad catastrófica y otras afectaciones médicas que la incapacitan para trabajar y realizar sus labores diarias. Vitalino Guevara tenía estas personas a su cargo antes de ser detenido.

Cuestiona que la Juez afirme que Daicy Torres Barrios y Karolyn Zoraide Guevara Barrios cuentan con la nuera -Aleidy Mattos- hecho que dio por probado mediante información básica que no está confirmada ni verificada. Alega que no resulta suficiente dar por cierto que Aleidy Mattos sea la nuera de Daicy Barrios Torres y que se sospeche que tenga más familia de la que eventualmente se espere ayuda solidaria. Estima que se necesita más pruebas para acreditar un parentesco civil en esa categoría y ese supuesto acompañamiento para ayudar la familia de Vitalino Guevara Mena.

Alude que se acreditó de manera cierta y veraz que Vitalino Guevara Mena tiene a su cargo de manera exclusiva a su compañera permanente Daicy Barrios Torres quien está plenamente incapacitada para trabajar por las graves enfermedades que padece, esto es, "moya moya", artrosis, migraña y aneurisma cerebral. Asimismo, Karolyn

Zoraide Guevara Barrios quien también está enferma y sufriendo afecciones médicas.

Advierte que hay suficientes pruebas que dan cuenta que Daicy Barrios Torres es su compañera permanente desde hace más de 20 años, y que su hija estudia, siendo una responsabilidad de Guevara Mena hasta que ella cumpla 25 años. Vitalino Guevara Mena nunca ha abandonado su hogar ni se ha sustraído de sus obligaciones. Se ha concentrado en apoyar a su pareja que está enferma y desprotegida por las graves afecciones médicas que padece. Por último, afirma que existe una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. Frente a esta exigencia se aportaron suficientes pruebas que dan cuenta que Daicy Barrios y su hija Karolin Zoraide Guevara Barrios no tienen ayuda de otros miembros de su familia.

CONSIDERACIONES

La Sala anuncia desde ya que confirmará la sentencia recurrida, de acuerdo con lo siguiente:

En audiencia de individualización de pena la defensa pidió que se concediera la prisión domiciliaria por concurrir en Vitalino Guevara Mena la condición de padre cabeza de familia. Adujo que el procesado es quien ve única y exclusivamente por su compañera permanente y sus dos hijos. Su compañera padece de una enfermedad catastrófica llamada "moyamoya", además de artrosis, migraña y un aneurisma cerebral que le impide laborar. Advierte que Vitalino Guevara Mena era el encargado de sus cuidados y de velar económicamente por su núcleo familiar.

Como soporte a la petición, entregó estudio socio familiar del 18 de marzo de 2022, registro civil de los hijos JMGR y Karolyn Zoraida Guevara

Barrios, historia clínica de Deisy Torres Barrios compañera permanente. Declaraciones extrajuicio de Deisy Torres Barrios y Ana Soreida Guevara Mena (hermana del procesado), entre otras.

La condición de hombre o mujer cabeza de familia, dispuesta en el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008 constituye un presupuesto indispensable para conceder la prisión domiciliaria. Implica que quien alegue tal condición debe acreditar que ejerce la jefatura exclusiva del hogar, teniendo bajo su cargo afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar. La calidad que discute el sentenciado, es que es la única persona que puede hacerse cargo de su compañera permanente y sus hijos frente a las necesidades que demandan.

Del análisis realizado por la Juez de primera instancia se extrajo que efectivamente los medios de convicción aportados no logran demostrar los supuestos de hecho que permiten derivar la condición de padre cabeza de familia. Es necesario probar los supuestos que fundamentan la petición.

En este caso y según los criterios jurisprudenciales¹ no se demostró la condición que se aduce. Indicó el recurrente que la Juez debió valorar particularmente la salud del menor JMGR haciendo alusión a su incapacidad física y sensorial. Sin embargo, quedó establecido en el informe de Comisaría de Familia, que el menor se encuentra a cargo de la familia materna en la ciudad de Cartagena,² es decir, no convive

¹ SP4945-2019 de 13 de noviembre de 2019 "Por ello, el juez debe valorar (i) que la medida sea manifiestamente necesaria, en razón al estado de abandono y desprotección a que quedarían expuestos los hijos del condenado, (ii) que ésta sea adecuada para proteger el interés del menor y (iii) que no comprometa otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes."

² Folio 6 Expediente digital "43. Documentosparteinicial"

ni convivía en el municipio de Turbo bajo la protección de Vitalino Guevara Mena. Sin duda, se evidencia que la familia materna tiene la carga afectiva, económica y social de forma permanente del menor. No hay lugar a considerar un estado de abandono y desprotección del menor JMGR.

En lo demás, concentró sus argumentos en advertir que Daicy Torres Barrios y Karolyn Zoraida Guevara Barrios han quedado desprotegidas por la detención intramural de Vitalino. La Sala no cuestiona que en realidad el procesado tenga una relación sentimental con la señora Daicy Torres Barrios, al igual que el delicado estado de salud con el que cuenta la señora Torres Barrios debido a la enfermedad catastrófica que padece y el aneurisma cerebral. Sin embargo, comparte lo expuesto por la Juez de primera instancia al advertir que no se encuentra desprotegida por lo siguiente:

Luego de valorar los elementos presentados por la defensa, la Juez de instancia determinó que Daicy Torres Barrios cuenta con una red extensa encargada de brindar apoyo y evitar la desprotección y abandono en su estado de salud, pues acudió en varias oportunidades a consultas médicas con la acompañante “Aleida Mattos – nuera”. El recurrente cuestionó la valoración realizada por la Juez, advirtiendo la necesidad de más pruebas para acreditar el parentesco civil entre ellas, además, de que no hay pruebas que acrediten la existencia de más personas dispuestas ayudar a la familia de Vitalino.

Cotejada la historia clínica presentada en la solicitud, se constató que en ninguna consulta médica de Daicy Torres Barrios acudió el procesado para brindar acompañamiento. Se pudo determinar que en realidad Torres Barrios no se encuentra desprotegida. En historia clínica del 12 de octubre de 2018 emitida por el Instituto Neurológico de Colombia se transcribió que Daicy Torres Barrios cuenta con **6 hijos**³

³ Expediente digital folio 74 “45.Documentos1”

información que concuerda con la historia clínica del 8 de julio de 2019, emitida por la IPS artmedica donde la paciente fue acompañada por la señora Rosmeri Pérez Barrios – Hija.⁴ Es decir, la defensa omitió informar la existencia de más personas que cuentan con la obligación legal de brindar la asistencia y apoyo a la compañera permanente del procesado.

Por otro lado, el recurrente pasa por alto que Karolyn Zoraida Guevara Barrios hija en común entre Daicy Torres Barrios y el procesado cuenta actualmente con 19 años edad, de la cual no se informó que contara con alguna discapacidad que la impida trabajar o estar al pendiente de su madre, esto, sin contar con los 5 hijos restantes que omitieron informar en la actuación con el fin de obtener el sustituto penal de Vitalino Guevara Mena.

Como nada se informó frente a las demás personas que componen el núcleo familiar de Daicy Torres Barrios y Vitalino Guevara Mena, no es posible determinar que exista una deficiencia sustancial de ayuda, al contrario, se observó que son ellos los que brindan el apoyo y la ayuda a su madre debido a las patologías que padece.

Sin necesidad de más consideraciones la Sala confirmará la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo Antioquia.

En caso de que los presupuestos sobre los que solicitó la sustitución varíen, el condenado podrá solicitar su reconocimiento ante el Juez de Ejecución de Penas.

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

⁴ Expediente digital folio 72 "45.Documentos1"

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida por los motivos previamente expuestos.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **7ef2e9b77af7aded21e11df7f0650233a18ff69ca6f6976e61bdb635f0295509**

Documento generado en 16/02/2023 04:52:51 PM

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