

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 051

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	ACCIONANTE/SOLICITANTE DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	Decisión	Fecha de decisión
2023-0345-1	Tutela 2° instancia	GLORIA ARCELA PÉREZ RESTREPO	COLPENSIONES	Confirma fallo de 1° instancia	Marzo 22 de 2023
2023-0388-4	Tutela 1ª instancia	Yoisser Andrés Vinasco Torres	Juzgado 2° de E.P.M.S. de Antioquia y otros	Concede derechos invocados	Marzo 22 de 2023
2023-0369-4	Tutela 2° instancia	Levis Predis Ramírez Torres	COOMEVA EPS Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Marzo 22 de 2023
2023-0354-8	Tutela 2° instancia	Gloria Sanabria	COOMEVA EPS Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Marzo 22 de 2023
2023-0397-4	Tutela 1ª instancia	William de Jesús Hernández Molina	Juzgado 1° de E.P.M.S. de Antioquia y otros	Concede derechos invocados	Marzo 22 de 2023
2023-02363-5	Tutela 2° instancia	Violencia intrafamiliar	ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Marzo 22 de 2023
2023-0296-6	Tutela 2° instancia	MARÍA DE LAS MERCEDES GÓMEZ HENAO	COLPENSIONES	Revoca fallo de 1° instancia	Marzo 22 de 2023
2023-0306-6	Tutela 2° instancia	AMPARO GALLEGO MARÍN	NUEVA EPS	Revoca sentencia de 1 instancia	Marzo 22 de 2023
2023-0319-6	Tutela 2° instancia	JUAN CARLOS OCAMPO RUÍZ	NUEVA EPS	modifica fallo de 1° instancia	Marzo 22 de 2023
2023-0273-6	Tutela 2° instancia	RAFAEL ENRIQUE NEGRETE NÚÑEZ	ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y OTROS	Confirma sentencia de 1° Instancia	Marzo 22 de 2023
2023-0362-6	auto ley 906	ACOSO SEXUAL	JUAN CARLOS ORJUELA	confirma auto de 1° Instancia	Marzo 22 de 2023

2022-2000-6	sentencia 2ª instancia	acceso carnal violento	JHON FREDYS CARVAJAL MENDOZ	Revoca sentencia de 1 instancia	Marzo 22 de 2023
2023-0366-6	auto ley 906	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego	JONATAN PARRA RAMIREZ y otros	confirma auto de 1º Instancia	Marzo 22 de 2023
2022-1995-6	auto ley 906	Concierto para delinquir agravado	JESUS ALBEIRO CANO VALENCIA	confirma auto de 1º Instancia	Marzo 22 de 2023
2023-0312-6	auto ley 906	trafico, fabricación o porte de estupefacientes	ALEJANDRO DE JESUS SALAZAR OYAGA	confirma auto de 1º Instancia	Marzo 22 de 2023

FIJADO, HOY 23 DE MARZO DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

DESIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 053

PROCESO : 05376 31 04 001 2023 00010 (2023-0345-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : GLORIA ARCELA PÉREZ RESTREPO
ACCIONADO : COLPENSIONES
PROVIDENCIA: FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la señora GLORIA ARCELA PÉREZ RESTREPO en contra de la sentencia del 22 de febrero de 2023 emitida por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, Antioquia, mediante la cual declaró improcedente la solicitud de amparo.

LA DEMANDA

Manifestó la accionante que cuenta con 65 años, padece de una enfermedad denominada fibromialgia.

Indicó que el 19 de noviembre de 2015 la AFP Protección

reconoció la pensión mínima de vejez en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente a partir del 27 de julio de 2015; sin embargo, en proceso ordinario laboral el Tribunal Superior de Medellín, el 17 de febrero 2021 decretó la ineficacia de su afiliación a Protección S.A., y ordenó el traslado a Colpensiones. Afirmó que el 30 de marzo de 2022 solicitó ante las dos entidades, Protección y Colpensiones el cumplimiento de la sentencia, por lo que la AFP Protección mediante comunicación del 11 de marzo de 2022 le informó el traslado a Colpensiones de todos los aportes, comisiones y rendimientos; sin embargo, Colpensiones hasta el momento no ha dado cumplimiento a dicha sentencia.

Aseveró que el 29 de septiembre de 2022, radicó ante Colpensiones la solicitud de la pensión de vejez, esperando los cuatro (4) meses que establece la ley, sin que su solicitud haya sido resuelta.

Mencionó que Colpensiones está desconociendo la Resolución Judicial de una sentencia ejecutoriada que hace tránsito a cosa juzgada y que le ha ordenado precisamente, el reconocimiento de la pensión de vejez, por lo cual se encuentra vulnerado su derecho al mínimo vital, por ello acude a la acción de tutela, para evitar un perjuicio irremediable, que con el actuar de Colpensiones se le está generando.

Por último, solicitó se tutelaran sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a Colpensiones, atender la petición de reconocimiento de la pensión de vejez ordenada por Sentencia Judicial.

LAS RESPUESTAS

1.- La AFP Protección indicó que la presunta vulneración de derechos fundamentales se le atribuye únicamente a Colpensiones, con relación a una presunta falta de respuesta a su solicitud de cumplimiento de la sentencia y esa Administradora Protección SA desconoce la veracidad de los hechos.

Manifestó que revisados los sistemas de información no se encuentra radicada alguna petición que este pendiente de respuesta, ya se dio cabal cumplimiento a la orden impartida por el Juez Ordinario anulando la afiliación de la tutelante a esa entidad, realizando el traslado de sus aportes hacia COLPENSIONES y el reporte y entrega de la historia laboral a dicha administradora.

Afirmó que la señora Gloria Arcela Pérez Restrepo identificada con la CC 32315359, no presenta afiliación ACTUAL al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A., presentó afiliación desde el 01 de julio de 1997 como traslado proveniente del Régimen de Prima Media Administrado por el ISS, hoy Colpensiones y hasta el 01 de marzo de 2022 fecha en que se anuló su afiliación con ocasión del fallo proferido por el Juzgado 001 Laboral del Circuito de Medellín, por lo que a la fecha solo presenta afiliación con Colpensiones.

Aseveró que procedió con la anulación de la afiliación de la demandante a esa Administradora el 01 de marzo de 2022 y el traslado de la totalidad de sus aportes hacia COLPENSIONES el 03 de marzo de 2022 tal y como se observa en el certificado de

aportes trasladados, y en el sistema de información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones - SIAFP-, las transacciones de aportes y pagos realizados entre los fondos, entre el que se incluye el pago realizado por Protección a Colpensiones en virtud de la anulación del traslado realizado por la accionante; de igual forma realizaron la actualización de la historia laboral de la accionante ante SIAFP, para que Colpensiones actualice la suya.

Expresó que los fondos de pensiones al momento de realizar algún traslado ante otra AFP o en este caso una anulación de la afiliación, deben marcar en SIAFP la novedad de traslado o anulación, reportar el pago y actualizar la historia laboral de los afiliados con el fin de que el fondo destino del traslado pueda actualizar la suya, gestión que ya realizó Protección.

Adujo que la actualización de la historia laboral de Colpensiones no depende de Protección, por lo que consideró que la acción debe ser denegada por carencia de objeto en lo que respecta a Protección.

2.- La AFP Colpensiones expresó que revisado el histórico del accionante evidencio que el 30 de marzo de 2022 bajo el radicado No. 022_4119104, solicitó el cumplimiento del fallo ordinario 05001 31 05 001 2016 00486 02 del Tribunal Superior de Medellín y en cumplimiento del fallo la Dirección de Afiliaciones de la entidad emitió el OFICIO DEL 30 DE JUNIO DE 2022 indicando al accionante que "... La Dirección de Afiliaciones procedió a ejecutar en la Base de Datos de Colpensiones la anulación de la trazabilidad de salida de régimen para activar por sentencia su afiliación, razón por la cual usted actualmente se encuentra afiliado (a) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, razón por la cual le damos la Bienvenida a

Colpensiones.”

Indicó que el 12 de agosto de 2022 bajo el radicado No 2022_11434977 el accionante solicitó información sobre el cumplimiento del fallo ordinario, por lo que la Dirección de Ingresos por Aportes de la entidad emitió el OFICIO DEL 20 DE AGOSTO DE 2022, indicando que la Dirección de Ingresos por Aportes le solicitó a la AFP PROTECCION por medio de Reclamo Jurídico No. 0066886 anotación (0327584) en el aplicativo denominado Mantis con fecha del 20 de agosto del 2022 verificar la entrega y priorización de la información para los ciclos desde el 201211 hasta el 201505 que se encuentran pendientes por trasladar.

Afirmó 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 de fondo de pensiones PROTECCIÓN, dado que el trámite de traslado implica unos trámites complejos que dependen de otra entidad y que no basta que la AFP señale que ya traslado los recursos, sino que debe demostrar que además traslado la información de la historia laboral de manera adecuada y consistente para que COLPENSIONES pueda actuar conforme a sus competencias.

Mencionó que el 23 de diciembre de 2022 bajo el radicado No 2022_189000048 el accionante solicitó información sobre el reconocimiento pensional, la cual fue atendida por la Dirección de Administración de Solicitudes y PQRS en OFICIO DEL 23 DE DICIEMBRE DE 2022, indicando al accionante que la solicitud de

pensión de vejez, se encuentra en proceso de decisión.

Adujo que cursa proceso ejecutivo en el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Medellín bajo el radicado No 05001 31 05 001 2022 00307 00, en donde se libró mandamiento de pago en auto del 29 de agosto de 2022.

Solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela en atención a que Colpensiones, se encuentra desarrollando las acciones a su cargo para acatar integralmente el fallo ordinario a través del cual se ordenó la nulidad del traslado, lo que implica realizar acciones conjuntas con la AFP Protección.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de primera instancia declaró improcedente la acción de tutela, argumentando lo siguiente:

“...En el presente caso, se infiere que la parte actora pretende se protejan sus derechos fundamentales, debido a que radicó ante Colpensiones la solicitud de cumplimiento a Resolución Judicial mediante el cual se decretó la ineficacia de su afiliación a Protección S.A., y se ordenó el traslado a Colpensiones, y consecuentemente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

En primer lugar es necesario indicar que, fue voluntad del Constituyente mediante la regulación expresa de la acción de tutela en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, el establecimiento de un procedimiento preferente y sumario para que toda persona reclame ante los jueces, en todo momento y lugar, por sí mismo o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente señalados en la ley, la cual se producirá emitiendo una orden para aquél respecto de quien solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo, siempre que el afectado no disponga de otro medio judicial.

La vulneración lleva implícito el concepto de daño o perjuicio, la amenaza en cambio es una violación potencial que se presenta como inminente y próxima. De esta manera resulta entonces que se vulnera un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado; se amenaza, cuando ese mismo bien jurídico, sin ser destruido, es puesto en trance de sufrir mengua, de tal manera que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando los hechos que pueden implicar violación de los derechos fundamentales no se han producido, pero existe razón objetiva, fundada y claramente establecida en cuya virtud se pueda considerar - con miras a su protección- que existe una amenaza cierta y contundente contra ellos¹.

Esa vulneración puede reflejarse igualmente en el desconocimiento de los derechos fundamentales de los afiliados a las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social o que contribuyen con la prestación del servicio, por la omisión en el cumplimiento de sus deberes legales frente aquellos, como en efecto sucede en este evento, donde se discute es hacer efectiva la ineficacia de la afiliación a Protección S.A., y el traslado a Colpensiones, y como se indicó, consecuentemente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez para la señora Gloria Arcela Pérez Restrepo.

Sin embargo, una vez revisado el escrito de tutela, las respuestas de las entidades y la consulta de procesos de la Rama Judicial, la señora Gloria Arcela, aparece como demandante en procedimiento ejecutivo en el Juzgado 1 Laboral de Medellín en contra de Colpensiones Radicado 05001310500120220030700, en el que se libró mandamiento de pago. Por tal motivo, debe considerarse en el presente caso, lo descrito en el Artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, improcedencia de la acción tutela numeral primero. La acción de tutela no procederá:

“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”. Se entiende por perjuicio irremediable el perjuicio que solo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

De acuerdo a lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia T-375 de 2018: El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo

¹ Sentencia 952 de 2003

constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.²

La tutela no constituye por regla general, el mecanismo idóneo para ventilar conflictos que son de competencia de la jurisdicción ordinaria, pues la acción de tutela es subsidiaria y residual y no ha sido prevista para restablecer oportunidades procesales o suplir otros procedimientos ordinarios, sino para hacer efectivos los derechos fundamentales con sujeción al ordenamiento jurídico, a menos que se trate de evitar un perjuicio irremediable.

En el caso de la señora GLORIA ARCELA, si bien su pensión debe ser reconocida y pagada por Colpensiones, ya hizo uso de otra vía judicial mediante proceso ordinario laboral y luego en uno de carácter ejecutivo, en el que no solo se libró mandamiento de pago, sino que se ordenó el embargo de una de las cuentas de la entidad. Por tanto, la protección de los derechos que reclama vía acción de tutela, se encuentra por fuera de la esfera del juez constitucional.

Debe tenerse muy en cuenta que, en el presente caso, emitir una orden constitucional, es ir en contravía de las normas legales que regulan la efectividad de las condenas impuestas a las entidades públicas.

La referencia al derecho de petición que hace la accionante, lo que en realidad tiene como contenido no es distinto a que se cumpla por COLPENSIONES la sentencia laboral que en su favor se profirió, y para el efecto no está dispuesta la tutela utilizando como vía el derecho de petición, como se advirtió y ya lo hizo la accionante, se debe proceder con la ejecución forzada de la decisión judicial mediante tramite ejecutivo.

Ahora, en cuanto al mínimo vital la accionante reconoce el pago de una mesada correspondiente al salario mínimo legal mensual, la cual viene recibiendo varios años atrás, el mayor valor que pueda obtener por la pensión en Colpensiones no genera amenaza de su mínimo vital, en tanto recibe una pensión por aquel valor, y perjuicio irremediable tampoco causa, debido a que ese mayor valor que puede recibir no genera que sus derechos fundamentales se vayan a ver afectados de forma irreparable, precisamente por razón del tiempo que ha pasado desde que tiene la calidad de pensionada y el valor que ha recibido mensualmente.

Por lo anterior, la acción de tutela no está llamada a prosperar y por el contrario se declarará improcedente...”

² Sentencia T-375 de 201

LA IMPUGNACIÓN

La accionante impugnó la decisión indicando que es un hecho cierto e indiscutible que se ha presentado una reclamación judicial mediante un proceso ordinario laboral del cual han transcurrido aproximadamente 6 años, también lo es, que se ha tenido que acudir a un proceso ejecutivo para el cobro de las obligaciones y entre que se presentó la demanda ejecutiva, a hoy, ha transcurrido más de un año y medio sin que se haya verificado el cumplimiento de la sentencia.

Manifestó que no se discute que se haya presentado un proceso ejecutivo, lo que se observa en ese caso, es que pese a que han transcurrido más de 10 meses de haber solicitado ante la entidad Colpensiones el cumplimiento de la sentencia y pese a que han transcurrido más de 4 meses, término en el que debió contestar la solicitud de pensión de vejez que ordenó el Tribunal Superior de Medellín, la entidad no lo ha hecho, incumpliendo con ello, las obligaciones que le impuso la ley 100 de 1993 y la misma Constitución Nacional; faltó en la sentencia, un análisis de que es precisamente ese incumplimiento, lo que agrava su situación personal de enfermedad, justamente esa demora le está afectando sus derechos fundamentales, como lo es el mínimo vital y móvil, por cuanto, sus gastos de subsistencia son muy superiores al mínimo legal mensual que percibe, hechos que no tuvieron las más mínimas consideraciones, y que si hubiera valorado en la sentencia, otro habría sido el resultado.

Expresó que se pasó por alto tres consideraciones vitales en su caso particular:

- La primera es que se encuentra en una situación de enfermedad

y vejez; y, que la demora en el reconocimiento pensional ha agravado su situación, que ha tenido que padecer la demora en la resolución del conflicto por más de 7 años, sin que se vea solución ni que se le vean establecidos sus derechos pensionales.

- La segunda, es que existe un criterio reiterativo que cuando se desconocen sentencias judiciales ejecutoriadas con efectos de cosa juzgada para temas pensionales, ese sólo hecho constituye una violación a los derechos fundamentales, para sustentar eso, adjuntó las sentencias donde se esboza los criterios reiterativos en ese sentido de la Corte Constitucional.

- La tercera, es que también ha sido reiterativo por parte de la Corte Constitucional, su criterio consistente en que pese a existir un mecanismo como es el proceso ejecutivo, ese resulta ineficaz para el restablecimiento de los derechos y por ello, es que en innumerables pronunciamientos se ha reconocido la acción de tutela como un mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable, en otras palabras, el proceso ejecutivo, no cumple su objetivo de hacer efectivos los derechos fundamentales, como resulta particularmente en su caso, donde la sola admisión de la demanda ejecutiva llevó más de un año, y probablemente ese proceso se resuelva en otros tres años, lo que evidencia la ineficacia del otro medio judicial existente.

Solicitó que observe en el escrito de la acción de tutela los fundamentos de derecho y las consideraciones jurisprudenciales a las que hizo referencia y las cuales remito íntegramente que sirven de soporte para resolver favorablemente su petición y en consecuencia, se ordene de manera transitoria acceder a la acción de tutela y ordenar el cumplimiento de la sentencia en aras de la protección a los derechos fundamentales, pues los derechos que se vulneran por la morosidad y el trascurso del tiempo se

hacen nugatorios.

CONSIDERACIONES

Como se conoce, la acción de tutela se encuentra prevista para proteger derechos constitucionales fundamentales lesionados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas y, en determinados casos, de particulares; siendo procedente únicamente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando la misma sea instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Y si bien el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 destaca la improcedencia de la acción frente a actos generales, impersonales y abstractos, dicha preceptiva debe ser apreciada en concreto en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Así que, en términos generales, la acción de tutela ha sido concebida única y exclusivamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, para las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la protección del derecho presuntamente amenazado.

Además, debe insistir la Sala en que conforme lo dispone el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces para obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales

fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, cuando existiendo, se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

En el presente caso, tenemos que el accionante solicita se ordene el cumplimiento de la sentencia ordinaria donde se ordenó anular la vinculación a la AFP Protección y trasladar los aporte a Colpensiones con el fin de obtener la pensión por vejez a su favor.

Es así como, el accionante pretende por esta vía constitucional solicitar la protección al derecho a la seguridad social, aduciendo que es una persona de especial protección constitucional por estar inmersa en las condiciones de edad y enfermedad.

Ha dicho nuestro máximo organismo Constitucional:

“... la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció, en su sentencia T-119 de 1997, que dentro de las labores que le impone la Constitución está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas.”³

Es de anotar, que únicamente la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable y la vulneración de un derecho fundamental, haría

³ Sentencia T-625 de 2000

posible tramitar la petición de tutela para proteger transitoriamente los derechos de GLORIA ARCELA PÉREZ RESTREPO, pero el mismo no se observa en éste caso, pues del análisis de las pruebas allegadas, si bien la afectada puede estar soportando un perjuicio, este no tiene el carácter de irremediable, que pudiera evitarse con el ejercicio transitorio de esta acción, ya que como se pudo confirmar con la misma accionante recibe un mínimo mensual y se encuentra afiliada a la EPS Sura.

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la acción de tutela posee la calidad de ser un mecanismo subsidiario y no principal para la protección de los derechos constitucionales, es decir, sólo podrá hacerse uso de ella a falta de otro medio de defensa o en presencia de un perjuicio irremediable, significando que éste: *“(i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. La caracterización de estas condiciones fue planteada por la Corte desde la sentencia T-225/93 y se ha mantenido de forma invariable en la jurisprudencia posterior⁴ y en el presente caso no se acreditó dicho daño irreparable.*

Respecto de las características del perjuicio irremediable en reiteración de jurisprudencia la H. Corte Constitucional en sentencia T-900 de 2014 indicó:

“... en aquellos casos que el accionante cuente con otros mecanismos alternos para la defensa judicial de sus derechos, la acción de amparo procederá en la medida que se verifique la existencia de un perjuicio irremediable.

⁴ Sentencia T-956 del 19 de diciembre de 2013, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Sin embargo, es necesario aclarar aquellos eventos o factores que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable. En relación a este tema, esta Corporación ha aplicado varios criterios para determinar su existencia; veamos:

“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”

Bajo tales parámetros, en la Sentencia T-225 de 1993 la Corte Constitucional definió y explicó los elementos configurativos del perjuicio irremediable, en el siguiente sentido:

“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A). El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan (sic) señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en

el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D).La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”

Asimismo, en lo que se refiere a la determinación del perjuicio irremediable, se ha definido que es obligatorio sustentar o presentar los factores de hecho que configuran el daño o menoscabo cierto a los derechos fundamentales invocados. En la sentencia SU-713 de 2006 la Sala Plena de la Corte explicó lo siguiente:

“(...) debe recordarse que la situación fáctica que legitima la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable, supone la necesidad de conferir un amparo transitorio, o en otras palabras, de adoptar una medida precautelativa, para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se invocan. De suerte que, la prueba de su configuración debe recaer necesariamente sobre el posible daño o menoscabo que sufriría el derecho fundamental objeto de protección y no en relación con las consecuencias económicas que se derivarían de los efectos nocivos de un acto de la Administración. (...)”

“Así, a manera de ejemplo, en sentencia SU-219 de 2003, previamente citada, esta Corporación reconoció que la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, requiere de la comprobación de un perjuicio irremediable, el cual además de su carácter personal, específico y concreto, debe comprometer los derechos de naturaleza ius fundamenal invocados por el demandante, como lo fue, en dicha ocasión, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (C.P. art. 14) derivado de la imposición de una sanción de “inhabilidad” que privó de manera total del ejercicio de la capacidad jurídica a las sociedades demandantes.

(...)

“Por consiguiente, es claro que ante la falta de demostración de un perjuicio irremediable que tenga la virtualidad de comprometer o amenazar los derechos fundamentales invocados, la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, no está llamada a prosperar. Esta conclusión se complementa, por lo demás, con dos (2) argumentos adicionales que impiden la procedencia del amparo tutelar, por una parte, el carácter de estricta legalidad de las razones invocadas en la demanda, y por la otra, la posibilidad de solicitar, en el trámite de las acciones contenciosas y contractual, la suspensión provisional del acto administrativo que se considera lesivo de los derechos alegados, como medida cautelar con la idoneidad y eficacia suficiente para evitar un daño contingente sobre los mismos.”

Conforme con el recuento frente a los hechos expuestos en la demanda y la documentación aportada, tal y como acertadamente lo analizó el juez de primera instancia, no se aportó prueba del perjuicio irremediable que padece la afectada, toda vez que recibe un pago mensual del mínimo vital y se encuentra afiliada a la EPS Sura para su atención en salud, situación que le puede permitir sobrevivir mientras se desarrolla el proceso ejecutivo que inclusive se encuentra en trámite para lograr su cometido, por tanto, no está demostrada esa situación irreparable que haga procedente de manera excepcional el amparo.

Es de advertir, que la señora Gloria Arcela Pérez Restrepo está realizando el cobro de una acreencia económica que fue a su favor en una sentencia dictada dentro de un proceso ordinario laboral, y es una situación que de ser estudiada de la vía ordinaria.

En consecuencia, en el presente caso no se encuentran configurados los requisitos de procedibilidad de esta acción constitucional que habiliten su estudio excepcional, pues la parte actora cuenta con otros medios de defensa establecidos en la ley para demandar su pretensión y no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable. Así mismo, se advierte que no es la acción

de tutela el instrumento adecuado por el cual se pueda entrar a ordenar el pago de los derechos pensionales y aún más cuando de reitera en este momento la accionante no está totalmente desprotegida ya que recibe una pensión y está afiliada a la EPS para el cuidado referente a su estado de salud, por lo que se insiste no es un tema constitucional en el presente caso.

En resumen, es clara la improcedencia de la acción de tutela por dos razones: la primera porque no se vislumbra un perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez constitucional en el asunto por las razones que se anotaron en precedencia; y la segunda en lo atinente con la existencia de otro medio de defensa judicial idóneo, pues la protección reclamada se puede lograr por vía de los mecanismos ordinarios de defensa, como lo es acudir al correspondiente proceso ejecutivo, sí que existen medios legales para hacer efectivos los términos dentro de los procesos ordinarios a los que puede acudir en caso tal.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la acción de tutela no puede invocarse a fin de sustituir las peticiones que debe elevar quien pretenda pronunciamiento sobre información de un trámite y demás, toda vez que, frente al mismo, existen medios ordinarios para solicitarlo. Esto además de acuerdo con el principio de subsidiariedad en el que se erige la acción de tutela.

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: **b57505bcd8093d8e2d962b4aaf2175cd72089dacdbfb00e984c8f626c0b885ce**

Documento generado en 21/03/2023 05:38:35 PM

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

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

Medellín, veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2023-0388-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00103
Accionante : Yoisser Andrés Vinasco Torres
Accionado : Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otro
Decisión : Ampara derecho petición

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 74

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano YOISSER ANDRÉS VINASCO TORRES, contra el JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA y el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ, en procura de la protección de su garantía fundamental de petición, vida digna y libertad.

ANTECEDENTES

Indicó el accionante que, el 19 de enero de 2023 solicitó ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó

N° Interno : 2023-0180-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00056
Accionante : María Petrona Aguas Carval
Accionado : Fiscalía 02 Seccional de Guarne
Decisión : Ampara

que, se procediera a realizar la comunicación a las autoridades de la extinción de la pena dentro del radicado 05 045 60 00000 2015 00009, pues desde el 10 de febrero de 2021 se encuentra en libertad y en repetidas ocasiones ha sido detenido por la fuerza pública al figurar requerimiento en su contra.

Aseguró que el Despacho de Conocimiento remitió la solicitud al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, pero a la fecha ninguno le ha brindado respuesta a su requerimiento.

Con esa omisión por parte de los accionados se incurre en una vulneración a su derecho fundamental a la petición, vida digna y a la libertad.

Solicita que, por medio de un fallo de tutele se ordena la comunicación de la extinción de la sanción penal.

La titular del **Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó**¹ indicó que, ciertamente el señor Vinasco Torres radicó el pasado 19 de enero del año 2023 solicitud de publicidad respecto de la pena cumplida que le fuere impuesta por el Despacho Judicial que regenta.

Sin embargo, que una vez revisado el asunto, se percató que el expediente al cual hace referencia no ha sido recibido para su archivo definitivo por lo que, no se podía comprobar si de forma efectiva había cumplido la pena que se le

¹ Archivo N° 009 del expediente digital.

N° Interno : 2023-0180-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00056
Accionante : María Petrona Aguas Carval
Accionado : Fiscalía 02 Seccional de Guarne
Decisión : Ampara

impuso.

Conforme con ello, el 19 de enero del año 2023 remitió la petición ante los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, pues es esa autoridad judicial la responsable de emitir y comunicar las condenas y extinciones a las diferentes entidades, de la actuación le comunicó al accionante.

Solicita se la desvinculación, pues no recae en su Despacho la función de realizar el trámite que requiere la parte actora.

La titular del **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**² indicó que, en efecto ese Despacho tuvo a su cargo la vigilancia de la pena impuesta a Yoisser Andrés Vinasco Torres en el proceso CUI 05 0456000000201500009; diligencias en las cuales el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó le impuso la pena de 84 meses de prisión, al haber sido hallado penalmente responsable del delito de fabricación o porte de estupefacientes.

El 8 de febrero de 2021 decretó la extinción de la pena por cumplimiento total de la misma y ordenó su libertad.

Como era previsible, una vez el auto alcanzara ejecutoria, el Centro de Servicios de esa especialidad, debía enviar el expediente fallador para su archivo definitivo y a comunicar la extinción de la condena a las mismas autoridades a las que se le

² Archivo N° 012 del expediente digital.

N° Interno : 2023-0180-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00056
Accionante : María Petrona Aguas Carval
Accionado : Fiscalía 02 Seccional de Guarne
Decisión : Ampara

informó la emisión de la sentencia.

Según lo registrado en el sistema de gestión, el 6 de enero de 2022 la dependencia en mención, remitió el expediente al Despacho fallador, pero no obra constancia que permita establecer que realizó el envío de los oficios a las autoridades, comunicando la extinción de la pena, función que únicamente es del resorte de esa oficina.

Solicita que, de prosperar la solicitud de amparo, la orden de cumplimiento del fallo se dirija a la dependencia encargada de cumplir con lo ya dispuesto por ese Juzgado, en relación con la comunicación de la providencia a través de la cual se decretó a extinción de la pena.

El Secretario del **Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** indicó que³, el proceso al cual hace referencia el accionante fue remitido para su archivo definitivo el día 18 de julio de 2022 a través de la guía de correo 4-72 CT030266259CO, recibido en el despacho de conocimiento el día 19 de ese mismo mes.

Por otra parte, la extinción se informó desde el día 06 de enero de 2022 a las mismas autoridades a las cuales se había informado la condena.

Revisada la página de la Policía Nacional se

N° Interno : 2023-0180-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00056
Accionante : María Petrona Aguas Carval
Accionado : Fiscalía 02 Seccional de Guarne
Decisión : Ampara

observa que no tiene requerimientos judiciales; por su parte en la Procuraduría General de la Nación le figura la inhabilidad para desempeñar cargos públicos hasta el 21 de abril de 2023.

La gestión que le competía a esa dependencia respecto del informe de la extinción de la pena fue realizada de manera oportuna, y conforme con ello, estima que, no se ha vulnerado derecho alguno. Solicita excluir a esa dependencia del presente trámite.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si se han vulnerado los derechos fundamentales del promotor, al no haberle resuelto la petición radicada el 16 de enero de 2023. También será procedente verificar si con alguna acción u omisión de los despachos demandados se están violentando las garantías de debido proceso, vida digna y la libertad.

N° Interno : 2023-0180-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00056
Accionante : María Petrona Aguas Carval
Accionado : Fiscalía 02 Seccional de Guarne
Decisión : Ampara

Cabe precisar que el artículo 23 Superior consagra el derecho de petición, como garantía fundamental que tienen las personas de presentar solicitudes ante las autoridades por motivos de interés general o particular y el deber de éstas de responder en forma pronta, cumplida y de fondo.

Tal prerrogativa se encuentra regulada en el artículo 13 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 1755 de 2015, en donde se establece:

“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma. Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos. El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado, o de persona mayor cuando se trate de menores en relación a las entidades dedicadas a su protección o formación”.

En lo que tiene que ver con la estructura del derecho, la jurisprudencia constitucional ha establecido este se compone de dos elementos interdependientes, que comprenden tanto la garantía de presentar peticiones ante las autoridades, como la de que se emita respuesta de fondo, eficaz, oportuna y congruente con lo solicitado.⁴

Asimismo, ha dicho que su núcleo esencial se circunscribe a i) la formulación de la petición; ii) la pronta resolución;

⁴ Corte Constitucional, T-230 de 2020.

N° Interno : 2023-0180-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00056
Accionante : María Petrona Aguas Carval
Accionado : Fiscalía 02 Seccional de Guarne
Decisión : Ampara

iii) la emisión de una respuesta de fondo y completa; y iv) la notificación de la decisión al peticionario.⁵

En relación con la formulación de la petición, se tiene decantado que cualquier persona está facultada para realizar solicitudes respetuosas a las autoridades, ya sea de forma verbal, escrita o por cualquier otro medio apto para ese fin.⁶

Acerca de la pronta resolución, el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, consagra que salvo norma legal especial, toda petición deberá resolverse en los quince (15) días siguientes a su recepción; lapso que debe ser acatado por el funcionario encargado, o en su defecto, informar al interesado cuando no sea posible resolver la postulación en los plazos señalados, so pena de sanción disciplinaria.

De otro lado, la respuesta de fondo implica que para la satisfacción de esta garantía, la entidad debe emitir una contestación que abarque en forma sustancial la materia objeto de solicitud. En ese orden, según lo ha dicho la H. Corte Constitucional, la respuesta debe ser, clara por tener argumentos de fácil comprensión; precisa, en la medida en que se dirige a lo pedido sin incurrir en evasivas; congruente, por abarcar el objeto de petición y resolver conforme a lo solicitado; y consecuente, al informar el trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente⁷.

⁵ Ibidem

⁶ Artículos 23 Constitución Política y 13 de la Ley 1437 de 2011.

⁷ Corte Constitucional, T-230 de 2020.

N° Interno : 2023-0180-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00056
Accionante : María Petrona Aguas Carval
Accionado : Fiscalía 02 Seccional de Guarne
Decisión : Ampara

Ello quiere decir que la respuesta comunicada al petente dentro de los términos antes establecidos, así resuelva de forma desfavorable lo pedido, no deriva en una vulneración del derecho de petición⁸.

Por último, en cuanto a la notificación de la decisión al peticionario, constituye una exigencia a cargo de la entidad, dar a conocer al solicitante el contenido de la respuesta. En tal virtud, la autoridad deberá realizar su efectiva notificación, incluso, cuando se trate de respuestas dirigidas a explicar sobre la falta de competencia y la remisión a la entidad encargada.⁹

De acuerdo con la demanda de tutela y los anexos que la acompañan, se conoce que el promotor radicó el **19 de enero de 2023** solicitud ante el **Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó** en la cual solicitó la comunicación de la extinción de la sanción penal dentro del Radicado 05 045 60 00000 2015 00009.

Frente a esa solicitud, el Despacho en mención, corrió traslado al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, argumentando que el proceso aún se encontraba en esa fase procesal.

La solicitud fue reenviada el 19 de enero de 2023 a las 10:35 a.m. a los correos electrónicos csepenant@cendoj.ramajudicial.gov.co y de ese trámite se le informó al petente.

⁸ Corte Constitucional T-908 de 2014.

⁹ Corte Constitucional, T-230 de 2020.

N° Interno : 2023-0180-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00056
Accionante : María Petrona Aguas Carval
Accionado : Fiscalía 02 Seccional de Guarne
Decisión : Ampara

Sin embargo, habiendo transcurrido más de 38 días hábiles para emitir una respuesta, la dependencia vinculada optó por guardar silencio, y no obra constancia alguna que permita establecer que a la fecha le hayan puesto de presente al actor, por lo menos la información que hoy se ventila en los informes rendidos por esta vía constitucional.

Según el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, esa oficina - Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia- es la encargada de comunicar la extinción de la sanción penal; pero a pesar de haber llegado a su conocimiento una solicitud radicada por el promotor en ese sentido, no se ha pronunciado de fondo.

No obra constancia alguna que permita establecer que ya le informó al petente las labores realizadas con miras a actualizar las bases de datos de las autoridades y conforme con ello, hasta que no se emita un pronunciamiento y que el mismo no sea notificado al accionante, no podrá entenderse que se culminó con la conculcación de ese derecho de rango constitucional.

Por otra parte, frente a la presunta conculcación al derecho fundamental al debido proceso, a la vida en condiciones dignas y a la libertad no se advierte que se deba emitir alguna orden; y no comprende la Sala el motivo por el cual señala el promotor que constantemente es detenido por figurar en su contra proceso penal, pues no obra constancia de ello, además el Centro

N° Interno : 2023-0180-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00056
Accionante : María Petrona Aguas Carval
Accionado : Fiscalía 02 Seccional de Guarne
Decisión : Ampara

de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia allegó certificación expedida el 15 de marzo de 2023, en la cual, al buscar con el número de documento de identidad, no reporta ningún tipo de requerimiento.

Conforme con ello se procederá a amparar únicamente su derecho fundamental de petición ordenando al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, que, en un plazo de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente proveído, responda de fondo la petición presentada por Yoisser Andrés Vinasco Torres.

En mérito de lo brevemente 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,

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental de petición del cual es titular el señor Yoisser Andrés Vinasco Torres.

SEGUNDO. - ORDENAR al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia que, si aún no lo ha hecho, en un plazo de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente proveído, responda de fondo la petición presentada por Yoisser Andrés Vinasco Torres el 19 de enero de 2023.

N° Interno : 2023-0180-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2022-00056
Accionante : María Petrona Aguas Carval
Accionado : Fiscalía 02 Seccional de Guarne
Decisión : Ampara

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

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **589ff289d655c2c0437cd50a6e0d799ebe462bcd82b56810a4ccfa6cef1c0cb7**

Documento generado en 21/03/2023 04:50:53 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, veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2023-0369-4
Sentencia de Tutela - 2ª instancia.
Radicado : 05045 31 04 002 2023 00050 00
Accionante : Levis Predis Ramírez Torres
Accionada : U.A.E. para la Atención y Reparación
Integral a las Víctimas.
Decisión : **Confirma**

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 073

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida por el *Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó - Antioquia*, mediante la cual se negó el amparo constitucional solicitado por el señor LEVIS PREDIS RAMÍREZ TORRES diligencias en las que figura como demandada la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS -UARIV-

ANTECEDENTES

Expuso el accionante que el 15 de junio de 2021, fue víctima de acceso carnal violento, en la vereda Santa María la Nueva del Darién Belén de Bajira del municipio de Rio Sucio Chocó;

en virtud de ello, fue incluido en el RUV por los delitos de acceso carnal violento, código FUD BK000563943 – 3881869.

Es cabeza de hogar, afronta una situación difícil, no tiene las condiciones económicas para vivir dignamente, se encuentra desempleado y sin ayuda. Los ingresos que se rebusca son pocos, para cubrir las necesidades básicas como alimentación, vivienda, vestuario, manifiesta que no ha podido lograr su auto sostenimiento económico, se encuentra pasando hambre física en una vivienda en mal estado, sin agua potable y en condiciones indignas.

Mediante Resolución N° 2022-57974 del 28 de julio de 2022 resolvieron reconocer el derecho a la medida de indemnización administrativa y, el 29 de diciembre de 2022 presentó derecho de petición ante la UARIV, solicitando se le informara la fecha en la cual se haría entrega de los recursos.

Y por medio del oficio del 22 de enero de 2023 le indicaron que la entidad contaba con el término de 120 días para brindarle una respuesta de fondo en la que se indicará si tiene derecho o no a la asignación dineraria.

Reiteró que a la accionada ya se le notificó el acto administrativo que le otorga la medida y en razón de ello, la respuesta brindada se torna violatoria a derechos fundamentales, es una contestación evasiva pues siguen sin indicarle el momento en el cual se hará efectiva la entrega monetaria.

Solicitó que, por medio de un fallo de tutela se ordene a la UARIV realizar una visita domiciliaria con el fin de demostrar y establecer las condiciones de pobreza extrema en las que vive, miseria de vulnerabilidad, indefensión manifiesta, desprotección social y estatal. Una vez se determine esa situación solicita que, de forma priorizada, se le asigne turno con fecha cierta, determinada, razonable aproximada de pago, para el desembolso o en defecto se realice el pago inmediato de la indemnización.

También solicita que, se resuelva la solicitud impetrada el 29 de diciembre de 2022.

Seguidamente, el Juez de instancia declaró improcedente la solicitud de amparo constitucional, pues en este momento no se ha cumplido el término de los 120 días con los que cuenta la entidad para resolver su solicitud indemnizatoria.

Por otra parte, declaró carencia actual del objeto por hecho superado, pues la UARIV dentro del trámite de tutela le brindó respuesta de fondo a la solicitud elevada.

Respecto a la solicitud de visita domiciliaria que compruebe el estado real de pobreza, la primera instancia no accedió a la pretensión, por cuanto la UARIV, se encuentra dentro del término de los 120 días para estudiar la petición de indemnización administrativa y decidir si el accionante tiene o no tiene derecho a la misma, por lo que no encuentra vulneración alguna al debido proceso.

Fue así que, mediante escrito presentado por el accionada, procedió a manifestar su disenso por vía de impugnación, frente a la decisión de instancia, argumentando que, ya superó el tiempo de espera de los 120 días hábiles para una respuesta de fondo frente a la solicitud de entrega de la medida de indemnización administrativa, pero a la fecha no ha obtenido respuesta, vulnerándose así su derecho fundamental a la petición.

Reiteró las precarias condiciones en las cuales habita, los escasos recursos económicos con los que cuenta y, reiteró las solicitudes invocadas en el escrito de amparo constitucional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991¹, la Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela².

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

1 Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017

2 La Dirección General de Sanidad Militar es una entidad del orden nacional y del nivel central – artículo 38 Ley 489 de 1998. De otro lado la alegada violación de los derechos fundamentales y sus efectos ocurrieron en esta ciudad donde tiene jurisdicción.

Del caso en concreto

Estudiado en su totalidad el escrito de tutela, los documentos anexos e informes allegados al trámite constitucional, se tiene que el señor **Levis Predis Ramírez Torres**, instauró solicitud de Inscripción al Registro Único de Víctimas el **09 de mayo de 2022**.

Mediante **Resolución N° 2022-57974 del 28 de julio de 2022** se decidió su inscripción de conformidad con lo normado en el artículo 156 de la Ley 1448 de 2011:

“RECONOCER en el Registro Único de Víctimas -RUV- a LEVIS PEDIS RAMIREZ TORRES identificado (a) con Cédula de Ciudadanía N° 8064863 los hechos que atentan contra la libertad e integridad personal y el nuevo evento del hecho victimizante de Desplazamiento Forzado por las razones señaladas en la parte motiva de la presente resolución”

Ahora bien, el hecho de que se haya formalizado su inscripción en el RUV, no significa que se haya accedido a su solicitud indemnizatoria, como al parecer lo entiende el promotor, pues son trámites completamente independientes.

Nótese que el artículo 3 de la Resolución 1049 de 2019 *“Por la 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”*, prescribe:

“ARTÍCULO 3o. ALCANCE DEL PROCEDIMIENTO. La medida de indemnización será otorgada a las víctimas que la

*hayan solicitado de acuerdo con el procedimiento establecido en la presente resolución y que, para la fecha de su reconocimiento, **se encuentren con estado incluido en el Registro Único de Víctimas (RUV)** por los siguientes hechos victimizantes: (i) homicidio, (ii) desaparición forzada, (iii) secuestro, (iv) delitos contra la libertad e integridad sexual, (v) lesiones que no generaron incapacidad permanente, (vi) lesiones que generaron incapacidad permanente, (vii) reclutamiento forzado de menores de edad, (viii) tortura o tratos inhumanos o degradantes, y (ix) desplazamiento forzado interno con relación cercana y suficiente al conflicto armado.”*
Negrillas fuera del texto.

Lo anterior significa que, la Resolución N° 2022-57974 del 28 de julio de 2022 mediante la cual se resolvió la inscripción del accionante, es sólo el primer paso del proceso indemnizatorio, pues una vez obtenida esa decisión, lo procedente es solicitar la entrega de los recursos y, tal como lo predica la entidad accionada, ese trámite sólo fue materializado el 07 de diciembre de 2022 asignándosele el Código BK000563943.

Luego, es a partir del 07 de diciembre de 2022 –y no desde el 28 de julio de 2022- que la UARIV cuenta con el término de 120 días hábiles para brindarle una respuesta de fondo al accionante, en la que se indicará si tiene derecho o no a la entrega de la medida de indemnización.

Sobre ese aspecto, el artículo 11 de la Resolución en comento establece:

“Fase de respuesta de fondo a la solicitud. Se trata de la fase en la cual la Unidad para las Víctimas resolverá de fondo sobre el derecho a la indemnización. Una vez se entregue a la víctima solicitante el radicado de cierre de la solicitud en los términos del artículo 7, la Unidad para las Víctimas contará con un término de ciento veinte (120) días hábiles para resolver de fondo la solicitud, al cabo de lo cual, la Dirección Técnica de Reparación deberá emitir un acto administrativo motivado en el cual se

reconozca o se niegue la medida.”

Teniendo en cuenta que la solicitud fue radicada desde el 07 de diciembre de 2022, los 120 días hábiles con los que cuenta la entidad para emitir un pronunciamiento de fondo aún no se han cumplido, razón por la cual, no puede predicarse una vulneración al derecho fundamental al debido proceso administrativo.

Tampoco se advierte vulneración al derecho fundamental de petición, por cuanto la accionada mediante oficios bajo código lex 7146636 de fecha 22 de enero de 2023 y 7211688 del 08 de febrero de 2023, le comunicó al accionante la etapa en la cual se enmarca su requerimiento.

De manera insistente le informaron que se encuentran dentro del término legal para brindar respuesta a su solicitud indemnizatoria, y también le enlistaron de manera detallada los documentos que debe allegar para acreditar que se encuentra incurso en alguna de las tres situaciones de que trata el artículo 4 de la Resolución 1049 de 2019 y, conforme con ello, en caso de accederse a la entrega de la indemnización administrativa, proceder de una vez, a priorizar la entrega de los recursos.

Se plasmaron los motivos por los cuales no es procedente en este momento fijar una fecha para la asignación monetaria y ello se debe a la fase del proceso en el cual se encuentra su requerimiento; al no haberse resuelto su solicitud indemnizatoria mucho menos se le podría establecer la fecha en la cual se hará el pago correspondiente, pues esta segunda

pretensión se deriva de los resultados de la primera.

Y es que si bien no se desconoce la difícil situación económica por la que atraviesa el promotor, lo cierto es que actualmente la accionada no ha incurrido en alguna vulneración a sus derechos fundamentales, pues los términos para resolver su pretensión indemnizatoria aún no se han cumplido y, por otra parte, ha contestado de manera detallada las solicitudes de información elevadas.

Conforme con lo antes expuesto, se procederá a **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia, negando en consecuencia, el amparo constitucional al señor **LEVIS PREDIS RAMÍREZ TORRES**.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia, conforme a lo anotado en la parte considerativa y, en su lugar, se deniega el amparo constitucional al señor **Levis Predis Ramírez Torres**.

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

N° Interno : 2023-0369-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Accionante : Levis Predis Ramírez Torres
Accionada : Unidad para la Atención y Reparación
Integral a Víctimas UARIV

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

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

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

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

Rene Molina Cardenas

Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **82d241f3e3c909257eff09430086ee88e3090ca623f3f1ca9bbb92ffaab76c24**

Documento generado en 21/03/2023 04:50:43 PM

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

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

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

N° interno : 2023-0358-4
Sentencia de Tutela - 2ª Instancia.
Radicado : 05376-31-04-001-2023-00009-00
Accionante : Gloria Sanabria
Accionada : NUEVA EPS
Decisión : Confirma

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 071

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida el 23 de febrero de 2023, por el *Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Ant.)*, por medio de la cual se concedió el amparo de las garantías fundamentales en favor de *GLORIA SANABRIA*, diligencias que se adelantaron contra la NUEVA EPS.

ANTECEDENTES

Manifiesta la accionante que cuenta con 62 años de edad, con diagnóstico de Blefarocalasia y Blefaroptosis, por lo que el médico especialista le ordenó el procedimiento BLEFAROSPLASTIA SUPERIOR, procedimiento que ha sido negado por NUEVA EPS argumentando que por tener fines estéticos, no estar incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

Solicita se le ampare su derecho a la vida, a la salud, y la igualdad ordenándose a NUEVA EPS, autorizar el procedimiento prescrito.

Fue así como el Juez de instancia procedió a dictar sentencia mediante la cual concedió el tratamiento integral y ordenó la práctica del procedimiento, pues el mismo no se realizaba con fines estéticos sino con miras a mejorar la calidad de vida de la promotora tal y como lo había enunciado su médica tratante.

Conforme con ello resolvió:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, en conexidad con el derecho fundamental a la vida invocados por GLORIA SANABRIA identificada con la cédula de ciudadanía 63.284.868 quien actúa en nombre propio y en contra de NUEVA EPS.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de la NUEVA EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, AUTORICE Y SE CUMPLA con el procedimiento BLEFAROPLASTIA SUPERIOR y PLASTIA DE CEJAS CON SUTURA, ordenado a la señora Gloria Sanabria por su médico tratante en la Clínica Oftalmológica de San Diego. Así mismo garantizar tratamiento integral frente a su patología Blefarocalasia y Blefaroptosis...”

Frente a dicha decisión, interpuso recurso de apelación el apoderado judicial de la NUEVA EPS, quien manifestó que la entidad que representa siempre ha actuado conforme a la normativa vigente que rige para la autorización de medicamentos y procedimientos, y debe entenderse que por fuera de los términos de la ley no puede aprobarse ningún servicio NO PBS, máxime cuando no se cumplen los requisitos que la misma ley exige para su autorización y garantía, lo cual, se reitera, no obedece a capricho o desdén administrativo, sino que, por el contrario, se trata de criterios de ley establecidos por el Ministerio de Salud.

Solicita se revoque el fallo a través de la cual se ordenó la realización del procedimiento prescrito.

Por otra parte indicó que, la acción de tutela es procedente cuando algún derecho fundamental se encuentre efectivamente amenazado o vulnerado y no puede presumirse que ante un eventual atraso ocurrido una vez, en lo sucesivo la conducta será repetitiva y, por lo tanto, adelantarse a ello. Así mismo, no puede fallar órdenes inciertas, futuras, que carezcan de fundamento legal.

Por lo tanto, la representante de la NUEVA EPS también solicita revocar el tratamiento integral toda vez que no es dable al fallador emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La salud, entendida como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional”*¹ (Resaltado fuera del texto), es un derecho fundamental consagrado constitucionalmente (artículo 49) que pretende, como todos los derechos, la consecución del bienestar del ser humano.

La salud, entre otros derechos, se constituye en un pilar fundamental que se alza en este ordenamiento jurídico con el fin de dar al ser humano las condiciones necesarias para su desempeño en la sociedad con dignidad, salvaguardado por el Estado a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual tiene como objeto, acorde con lo precedentemente señalado, el de *“garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”*²

¹ Al respecto ver las sentencias de tutela T-597-93, T-1218-04, T-361-07 entre otras.

² Artículo 1º de la Ley 100 de 1993.

El Sistema de Seguridad Social en Salud se rige por una serie de principios y reglas enfocados a cumplir con el objetivo de ofrecer al individuo una calidad de vida digna; entre las reglas rectoras se encuentra la referente a la “Protección Integral” la cual implica brindar *“atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud”*³

El Plan Obligatorio de Salud -POS- es el *“Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales”* que garantiza el Estado como un mínimo -conjunto básico de servicios de atención en salud- y que se ejecuta a través de las Entidades Promotoras de Salud, su propósito es cumplir de este modo con el deber constitucional de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y el desarrollo de una vida digna.

Ahora bien, en vista de que los recursos de los que dispone el sistema de seguridad social son escasos, es lógico y razonable que el ordenamiento, para lograr su buena administración y hacer realidad los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad e integralidad, destinando los fondos a objetivos verdaderamente prioritarios o indispensables, haya excluido del Plan Obligatorio ciertos tratamientos, como por ejemplo el de las cirugías estéticas o cosméticas, cuya falta, además, no afecta derechos fundamentales de quien los solicita y puede prescindir de ellos sin consecuencias negativas para su salud.

De este modo, partiendo del supuesto de que cualquier tipo de intervención o tratamiento estético, cosmético o suntuario, tiene como fin primordial el embellecimiento del cuerpo y no la recuperación

³ Numeral 3° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993.

o el mantenimiento de la salud, entendida ésta como la facultad de “mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación”⁴, es que se justifica su exclusión del Sistema de Seguridad Social en Salud que debe el Estado garantizar.

Sin embargo, puede ocurrir que un tratamiento inicialmente calificado como estético, cosmético o suntuario, sea el procedimiento adecuado para mantener y recuperar la salud, de allí que la justificante de su exclusión desaparece y por tanto se hace imperioso inaplicar la norma que limita una intervención de este modo calificada, ya que la finalidad inmediata no es la belleza, sino la recuperación funcional de algún órgano, objetivo primordial a satisfacer por el Sistema General de Seguridad Social en Salud y que es acorde con la acepción de la vida digna que implica el suministro de procedimientos médicos que persiguen el fin de “aminorar un sufrimiento o facilitar un mejor modo de vida...”⁵

Ahora bien, de conformidad con la historia clínica aportada por la accionante y los documentos allegados por la Clínica Oftalmológica San Diego, se tiene que los procedimientos que requiere la promotora no lo son con fines estéticos, sino que tal y como señaló el juez de primera instancia se requieren para mejorar su calidad de vida.

En oficio N° 101 del 22 de febrero de 2022 suscrito por la Dra. Magdalena Patricia Uribe Pino, plástica ocular refirió:

“la paciente es valorada y se realizó diagnóstico de ptosis de cejas + blefarochalasis posterior a examen ocular y solicito corrección quirúrgica con fin de mejorar la calidad visual de ambos ojos y la calidad de vida, el procedimiento es con sedación. No se diligenció el formulario de mipres ya que la “la plastia de cejas por suspensión con sutura” solo requiere Mipres si es de carácter estético y la blefaroplastia superior tampoco lo requiere”

⁴ T-711 de 2008
⁵ T-576-03.

De tal manera que la negativa por parte de la Entidad Promotora de Salud encargada de ejecutar el Plan Obligatorio de Salud de practicar una cirugía “*estética*” que presenta como fin primordial la recuperación funcional de algún órgano, contradice los postulados de la Constitución Política y por tanto, surge inminente la necesidad del amparo al derecho fundamental a la salud y a la vida digna.

Conforme con ello habrá de confirmarse la decisión de primera instancia.

Superado ese aspecto, procederá la Sala a pronunciarse en punto a la concesión del tratamiento integral.

En primer lugar habrá de indicarse que, si bien la normatividad en materia de seguridad social en salud, claramente distribuye las competencias para la atención entre las diversas entidades que conforman el sistema, es necesario seguir los lineamientos de la Honorable Corte Constitucional al respecto, en cuanto ha sostenido en algunos casos la viabilidad de que la *EPS*, a la cual se encuentre afiliado el paciente, en este caso la NUEVA EPS, asuma la atención médica requerida, aunque la misma no se encuentre contemplada en el POS.

En sentencias como la T-644 de 2008, se ha decantado que las EPS, como entidades aseguradoras del sistema general de seguridad social en salud, están obligadas a prestar el servicio a sus afiliados de manera íntegra y continua, con arreglo a los principios de universalidad y eficiencia, defendidos desde nuestra carta política, evitando de esta manera supeditar la defensa de los derechos fundamentales a litigios de orden administrativo que obstaculizan la prestación oportuna de los servicios en salud.

En lo que respecta al *principio de integralidad*, básicamente constituye una garantía esencial de protección en el derecho a la salud, a través del cual se propende porque de manera continua y eficiente se brinden las atenciones médicas requeridas, sin que medien barreras para su acceso hasta que se concluya el tratamiento o se extinga la dolencia. Frente al tópico referido, ha reiterado la Corte Constitucional en la Sentencia T-039 de 2013, con ponencia del H. Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, lo siguiente:

“...Al respecto esta Corporación, en la sentencia T-576 de 2008, precisó el contenido del principio de integralidad de la siguiente manera:

“(...) la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente⁶.

*17.-El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, **las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud-SGSSS- deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento⁷.**”*

(...)

5.2. En síntesis, el principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”⁸...”

⁶ Consultar Sentencia T-518 de 2006.

⁷ Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-103 de 2009 y T-022 de 2011.

Es claro entonces para esta Magistratura, que la prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y en condiciones de continuidad, en donde se suministre un tratamiento integral al usuario, sin que ello implique que por cada prescripción del profesional tratante tenga que acceder a este mecanismo cautelar, pues es deber de los jueces constitucionales asegurar que sean prestadas todas las asistencias médicas necesarias hasta que la persona afectada se restablezca en sus dolencias.

En ese orden de ideas, es que puede colegirse que la condición de salud que presenta la señora *GLORIA SANABRIA*, de 62 años de edad, requiere de un tratamiento integral para la recuperación total de su salud, de ahí, que el juez constitucional avizore la necesidad de brindar la protección que sea necesaria para garantizar que se presten oportunamente todos los servicios relacionados con las patologías que motivaron la acción, a fin de evitar que la afectada deba acudir a esta vía por cada procedimiento o medicamento que le sea prescrito, ya que de otro modo la tutela se tornaría ineficaz y el servicio a brindar no estaría acorde con los postulados constitucionales que ha referido la alta Corporación. Al respecto sostuvo:

“...entre las características propias del servicio público de salud que prevé el ordenamiento legal, se establece que éste debe ser prestado de manera eficaz, lo que implica que la atención se preste de manera continua, oportuna, integral y acorde con la dignidad humana, ello en razón de que la mayoría de las veces para superar las dolencias que aquejan a los seres humanos, se requiere que los tratamientos médicos sean brindados en el momento oportuno, de manera continua e integral evitando cualquier tipo de interrupción, máximo cuando se trata de afecciones graves a la salud...”⁹

“...queda entonces claro que la atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-405 de 2005. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis (La negrilla no es del texto original).

restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley...”¹⁰

No obstante lo anterior, también es menester aclarar que en el tratamiento integral amparado por la primera instancia no se hace alusión a cualquier enfermedad que padezca la afectada, sino que se encuentra circunscrito única y exclusivamente a las patologías que originaron la acción de tutela, esto es, los diagnósticos de “Blefarocalasia y Blefaroptosis”, tal y como fue establecido por el Juez de primera instancia.

En ese sentido, el conceder un tratamiento integral supone un privilegio excepcional, transitorio en relación con la inclusión en unos específicos procedimientos médicos, pero nunca implicará como lo entiende el impugnante, una carta abierta para dolencias futuras que pueda llegar a padecer el titular de los derechos salvaguardados.

De suerte, que el reconocimiento de las prestaciones futuras amparadas bajo el principio de integralidad del servicio de salud, siempre van acompañadas de indicaciones precisas –órdenes-, emitidas por el profesional de la medicina adscrito a la entidad, que hace determinable el fallo del funcionario judicial, no tratándose de dolencias, procedimientos e insumos que sean dables al libre arbitrio del usuario.

Así lo ha determinado el tribunal de cierre en lo constitucional en sentencias como la T- 365 de 2009 y T-056 de 2015, ante eventos similares al que nos ocupa, imponiendo el deber a las EPS de brindar la atención integral en salud, con independencia de

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-133 de 2001. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. (La mayúscula y la negrilla no son del texto original).

que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.

Sin necesidad de otras consideraciones, esta Sala **CONFIRMARÁ** íntegramente la decisión de tutela objeto de impugnación.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISION PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela objeto de impugnación, según fue proferida por el Juzgado de origen y conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de segundo grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica

PLINIO MENDIETA PACHECO

N° Interno : 2023-0358-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Accionante : Gloria Sanabria
Accionados : NUEVA EPS

Firma electrónica
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **c5f3ab5defd2b1c400c66d6f72e1cc8565f9a24d591a0d37ba3de22577167e40**

Documento generado en 15/03/2023 04:39:03 PM

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

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

Medellín, veintidós (22) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2023-0397-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : **05000-22-04-000-2023-00108** .
Accionante : William de Jesús Hernández Molina
Accionado : Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otro.
Decisión : Concede

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 75

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve el ciudadano WILLIAM DE JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA, contra el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA y la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE MEDELLÍN Y ANTIOQUIA, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas.

ANTECEDENTES

Relató el accionante que, actualmente se desempeña como asistente jurídico del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, despacho que pertenece al régimen de vacaciones individuales. El

N° Interno: 2023-0397-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00108
Accionante: William de Jesús Hernández Molina
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otro.
Decisión: Concede

25 de enero de 2023 presentó solicitud de vacaciones, las cuales pretendía disfrutar entre el 13 de febrero y 03 de abril de 2023, tras haber laborado ininterrumpidamente por dos años, pero las mismas le fueron negadas por el titular del Despacho a través de Resolución 005 de esa misma fecha.

Afirma que la negativa tuvo sustento en que la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Medellín y Antioquia, no concedió certificado de disponibilidad presupuestal para el nombramiento de su reemplazo, decisión ante la cual interpuso recurso vertical, que fue despachado desfavorablemente mediante la Resolución No. 007 del 27 de enero de 2023, bajo el argumento de que no hay autorización presupuestal para dicho fin, solamente para reemplazo de funcionarios judiciales.

Por lo anterior, deprecia la protección de su derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y se ordene a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Medellín y Antioquia la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal para que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia pueda nombrar su reemplazo y en este sentido, también se dicte orden que obligue al juzgado en el que trabaja, emitir resolución que conceda el disfrute de las vacaciones que requiere.

Dentro del término otorgado, el titular del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de**

Antioquia¹, al descorrer traslado de la demanda constitucional, refirió que la accionante presentó solicitud para disfrutar su periodo de vacaciones, por lo que la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Medellín y Antioquia expidió certificado de disponibilidad presupuestal autorizando la cancelación de vacaciones y primas de vacaciones, sin que se expidiera uno similar para nombrar el reemplazo del gestor.

Aduce que la normativa en la que se soporta la Dirección Administrativa, para no conceder CDP del remplazo, en nada tiene que ver con los juzgados como es el caso de los de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, que tienen régimen de vacaciones individuales.

Aunado a ello, señala que la Circular PSAC11-44 del 23 de noviembre de 2011 trae consigo argumentos que impiden el otorgamiento del CDP para reemplazo en los Despachos en los que laboren más de tres personas, lo cierto es que las razones allí expuestas, pudieron ser válidas para ese momento, pero no en la actualidad.

Sostiene que la Administración Judicial debe designar un rubro para garantizar el pago de un reemplazo, pues de esa manera se han pronunciado los órganos de cierre entre otras, en sentencia STP 17107 del 25 de noviembre de 2021 emitida por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado dentro del Radicado 11001 03 15 000 2020 05144.

¹ Archivo N° 018 del expediente digital

N° Interno: 2023-0397-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00108
Accionante: William de Jesús Hernández Molina
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otro.
Decisión: Concede

Hace alusión a la exorbitante carga laboral que se maneja en la oficina judicial y solicita se emita un fallo en igual sentido al ya enunciado, pues no se está oponiendo a que el empleado haga uso de sus vacaciones, pero sí a que la concesión de ese derecho derive en una afectación a la administración de justicia.

Por su parte, con documento adiado el 14 de marzo hogaño², la directora de la **Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Medellín y Antioquia**, informó que efectivamente, a través del CDP No. 06323, se otorgó disponibilidad presupuestal para cancelar las vacaciones y primas vacacionales del promotor para el disfrute de sus vacaciones, como lo fue solicitado por el empleado y su nominador para el periodo comprendido entre el 13 de febrero y 03 de abril de 2023.

Manifiesta que con el oficio DESAJMEO22-3421, dirigido al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, expuso que la adición presupuestal para el rubro de reemplazo de empleados en vacaciones, se encuentra sujeta a lo dispuesto en la Circular PSAC11-44 adiada el 23 de noviembre de 2011, expedida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y como se indicó en la Circular DESAJME18-5220, expedida por Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Medellín y Antioquia, que se encuentra vigente, la apropiación presupuestal para el rubro "*Servicios prestados por vacaciones personal titular*" tiene restricciones presupuestales para el presente año, en consecuencia, solo hay

² Folios 28 a 37, ibídem.

N° Interno: 2023-0397-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00108
Accionante: William de Jesús Hernández Molina
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otro.
Decisión: Concede

disponibilidad para el reemplazo de jueces y excepcionalmente, cuando se trate de empleados que laboren en despachos con planta de personal de 3 o menos cargos.

Agrega que ninguna intervención tiene en las decisiones del titular del despacho que negó las vacaciones de la accionante, la cual es únicamente del resorte del nominador conforme las competencias atribuidas por la Ley 270 de 1996; adicionalmente, la falta de disponibilidad presupuestal para efectos del reemplazo no es un argumento válido para negar el disfrute de vacaciones.

Precisa que la Dirección Seccional, debe seguir las directrices que emanan del Nivel Central, por lo que hasta que no se expida una circular diferente a la PSAC11-44, por parte del Consejo Seccional de la Judicatura, solo hay autorizaciones para los reemplazos de jueces que pertenezcan al régimen de vacaciones individuales y a empleados que laboren en despachos con el mismo régimen vacacional y cuya planta de personal sea de 3 o menos empleados.

Concreta su intervención refiriendo que quien ha vulnerado los derechos de la accionante ha sido el juez nominador, pues la Dirección Ejecutiva, en cumplimiento de sus funciones, ya expidió el certificado de disponibilidad presupuestal en el que reconoció el pago de las vacaciones y las respectivas primas, por lo tanto, solicita se nieguen las pretensiones del promotor en lo que a la Dirección Ejecutiva accionada se refieren.

N° Interno: 2023-0397-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00108
Accionante: William de Jesús Hernández Molina
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otro.
Decisión: Concede

CONSIDERACIONES

En esta oportunidad concierne a la Sala determinar si la acción de tutela procede para dejar sin efecto la resolución 005 del 25 de enero de 2023, por la cual el JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, negó el disfrute de las vacaciones al asistente jurídico WILLIAM DE JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA, por necesidad del servicio, y ante la falta de presupuesto para nombrar su reemplazo, según lo informado por la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE MEDELLÍN.

La Resolución que negó las vacaciones del accionante es una manifestación unilateral de la voluntad de la administración, en este caso, del JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, tendiente a producir efectos jurídicos; de ahí que sea menester analizar la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario mediante el cual, cualquier persona, sea natural o jurídica, puede acudir ante los jueces de la república en todo momento y lugar, para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública, o por un particular, en los casos expresamente señalados por la ley.

Es un instrumento de carácter residual, que sólo opera cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En razón del carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, la H. Corte Constitucional ha sentado que no procede contra actos administrativos de carácter particular y concreto³, en tanto que quien se cree afectado con ellos, cuenta con un mecanismo para atacarlos, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en otras palabras, con un medio de control así denominado, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el que puede, inclusive, solicitar la suspensión del acto que lo afecta.

Sin embargo no puede declararse la improcedencia de la tutela por la sola existencia en abstracto de un medio ordinario de defensa, pues el Juez constitucional debe analizar, en el marco de la situación fáctica particular, si la acción judicial dispuesta por el ordenamiento jurídico es idónea o eficaz, en virtud de las circunstancias del caso concreto, tales como las condiciones personales de vulnerabilidad del afectado; en el evento que no lo sea, el mecanismo de amparo procederá para provocar un juicio sobre el fondo de manera definitiva o transitoria, según el caso⁴.

En el caso concreto, el accionante WILLIAM DE

³ Sentencias T -094 de 2013, T 654 de 2014 y T 234 de 2015, entre otras.

⁴ Así lo reiteró en la T 208 de 2018.

JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA, sin duda cuenta con un medio ordinario de defensa judicial para atacar la decisión del JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual se aprecia idóneo, al ser adecuado para determinar si la inexistencia de disponibilidad presupuestal para posesionar en su cargo a una persona que lo reemplace, y no afectar el servicio de justicia, son motivos válidos para negar el disfrute de sus vacaciones.

Sin embargo, para el caso específico, ese medio de control se aprecia ineficaz, en la medida que suspender el acto administrativo que lo afecta, como medida cautelar en un proceso contencioso administrativo, implica que la imposibilidad del disfrute de sus vacaciones se extienda indefinidamente, no siendo un medio eficaz y oportuno para la protección de un derecho sobre el cual no hay discusión, pues no se debate que el señor HERNÁNDEZ MOLINA adquirió efectivamente el derecho a su descanso por vacaciones, cuyo reconocimiento, ante el cumplimiento de los requisitos legales, mal podría estar supeditado a la injusta y desproporcionada carga de exigirle acudir a un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que lo declare.

Según reposa en el trámite, el actor tiene acumulado un periodo de vacaciones, y por ende, está en una situación particular de debilidad, ante el connatural desgaste de su energía y su salud, que flexibiliza el test de residualidad de la acción de tutela, al necesitar con apremio que se resuelva prontamente, y de fondo, sobre el goce de un descanso reconocido a los

trabajadores por los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, esto es, sobre un derecho fundamental. En efecto, la Corte Constitucional, reiteró que:

“Uno de los derechos fundamentales del trabajador, es el derecho al descanso. El derecho de todo trabajador de cesar en su actividad por un período de tiempo, tiene como fines, entre otros, permitirle recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona. El descanso está consagrado como uno de los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo y, por ende, debe entenderse como uno de los derechos fundamentales del trabajador. La legislación laboral consagra como regla general, la obligación de todo empleador de dar descanso dominical remunerado a todos sus trabajadores”.

(...)

“conviene entenderlo como la oportunidad que se le otorga al empleado para reparar sus fuerzas intelectuales y materiales, para proteger su salud física y mental, para compartir con su familia mayores y mejores espacios de encuentro fraternal, para abordar actividades idóneas al solaz espiritual, para incursionar más en la lectura y el conocimiento, y, a manera de posibilidad estética, para acercarse paulatinamente al hacer artístico en sus múltiples manifestaciones”⁵

De ahí que se haga necesario entonces, acceder a la solicitud de WILLIAM DE JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA, pues, como ha venido sosteniéndose, la alta carga laboral y demás dificultades administrativas o económicas no pueden ser el motivo para fundamentar la negativa a su periodo vacacional, pues con ello, incurre el nominador, como ha podido verse, en varios defectos y en consecuencia, de causales de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-019 de 2014.

N° Interno: 2023-0397-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00108
Accionante: William de Jesús Hernández Molina
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otro.
Decisión: Concede

Y de la misma manera se procederá en relación con el otro aspecto, relativo a que se ordene la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal para que el juzgado accionado pueda nombrar su reemplazo mientras disfruta de sus vacaciones.

Al respecto cabe precisar que si bien la postura de la Sala era la de no acceder a esa pretensión, por considerar que los jueces de tutela no podían ordenar apropiaciones del gasto del presupuesto nacional, pues se reemplazaría a las autoridades y procedimientos previstos para ello, otro es el criterio que impera en la actualidad con sustento en pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, particularmente en la decisión de tutela STP17107-2021 Rad 120320, M.P. DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN, del 25 de noviembre de dos mil veintiuno 2021, en la que resuelve un asunto similar al que aquí es materia de estudio, pues entre las mismas partes y con las mismas pretensiones y derechos fundamentales invocados, ordenó a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Medellín realizar las gestiones a que hubiere lugar para suplir el reemplazo del demandante, durante su período de descanso.

Para llegar a esa conclusión, recordó la alta Corte que “La citada entidad administrativa, sostuvo en su intervención durante el trámite de primera instancia que, es improcedente expedir un certificado de disponibilidad presupuestal (CDP) para habilitar la designación de un reemplazo al actor durante las vacaciones, con fundamento en la Circular PSAC11-44 de 23 de noviembre de 2011, cuyo asunto consigna «PROGRAMACIÓN DE VACACIONES DE LOS FUNCIONARIOS

N° Interno: 2023-0397-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00108
Accionante: William de Jesús Hernández Molina
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otro.
Decisión: Concede

JUDICIALES DEL RÉGIMEN DE VACACIONES INDIVIDUALES».

Adicionalmente señaló que la limitación aludida también tendría origen en la Circular DESAJME18-5220 de 18 de julio de 2018, emitida por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Medellín-Antioquia, la cual regula los «*CERTIFICADOS DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL PARA REEMPLAZOS POR VACACIONES*», dirigida a las autoridades nominadoras y dependencias administrativas, servidores judiciales de la Rama Judicial de Medellín, Antioquia y Chocó; en la que textualmente se indica⁶: “De manera atenta y para los fines pertinentes me permito informar que la apropiación presupuestal para el rubro ‘Servicios prestados por vacaciones personal titular’ se encuentra con restricciones presupuestales para el presente año, sólo la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial situará los recursos para los funcionarios (jueces) que pertenezcan al régimen de vacaciones individuales y excepcionalmente cuando se trate de empleados del régimen de vacaciones individuales que laboren en despacho con planta de personal de 3 o menos cargos”.

Precisó que si bien la anterior es una medida de carácter administrativo, que en principio opera en la mencionada seccional, y frente a la cual, cuestionar su contenido correspondería por vía de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pues este tipo de determinaciones tienen un carácter eminentemente técnico, para el cual se requieren estudios acerca de la necesidad del servicio y la carga laboral de los despachos judiciales, entre otros aspectos que exceden las competencias asignadas al juez de tutela, lo cierto es que ello no es óbice para que conforme a lo establecido en los numerales 2 y 6 del artículo 103

⁶ Aun cuando en ese documento se señala que tal restricción es con fundamento en la en la Circular PSAC11-44 de noviembre 23 de 2.011 expedida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, numeral 6, no se identifica que aparte sugiere un tal proceder.

de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, la mencionada dirección ejecutiva acate su deber de superar los obstáculos o dificultades presupuestales para la efectiva prestación del servicio de administración de justicia, en tanto es responsable de *«administrar los bienes y recursos destinados para el funcionamiento de la Rama Judicial y responder por su correcta aplicación o utilización»* y *«actuar como ordenador del gasto para el cumplimiento de las obligaciones que correspondan»*, respectivamente.

En otro de los apartes de la decisión, sostiene la Corte Suprema que,

“En ese orden de ideas, impedir el derecho al descanso y afectar el trabajo en condiciones dignas de quienes permanecen laborando, con fundamento en restricciones administrativas, no es una carga que deba soportar el accionante, toda vez que las vacaciones constituyen un derecho fundamental que tienen todos los empleados, lo mismo que ejercer las funciones en los despachos judiciales bajo ambientes que garanticen la salud física y mental de sus integrantes, por lo que no puede ser trasgredido en función del servicio, ni sujetar su concesión a la existencia de disponibilidad presupuestal para designar un servidor de reemplazo durante el receso.”

Además y como también lo señaló la Alta Corporación, no puede desconocerse la elevada carga laboral de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, como es el caso del despacho del accionado, que a pesar de contar con 4 servidores, esto es, juez, asistente jurídico, oficial mayor y asistente administrativo, se vería seriamente afectado por el goce del derecho al descanso de uno de sus integrantes sin el respectivo

reemplazo, toda vez que *“...con ocasión a las múltiples funciones que ejercen esos entes judiciales, las cuales, en la mayoría de los casos, son urgentes, contar con un equipo de trabajo inferior a lo que habitualmente corresponde, para atender la demanda de los usuarios de la administración en temas tan importantes como los relacionados con la privación de la libertad, lesiona la continuidad y la efectiva prestación del servicio público”*⁷.

En esas condiciones y siguiendo los planteamientos de la providencia, encaminados a la garantía de la prestación efectiva del servicio, es claro que la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Medellín - Antioquia debe realizar las gestiones necesarias para lograr el reemplazo del actor durante sus vacaciones, entre ellas, verificar si del presupuesto a ejecutar existe la posibilidad de expedir el CDP, habida cuenta que,

“De ese modo, no basta la simple alusión a la señalada directiva como motivo para su denegación, porque, en todo caso, debe procurarse la búsqueda de los recursos ante la autoridad competente a fin de superar el obstáculo advertido. Lo anterior, sin que dichas diligencias impidan el efectivo goce del derecho al descanso que merecen los servidores judiciales.

Finalmente es válido puntualizar que tales labores son de medio, mas no de resultado. Empero, la dependencia encargada de dichas actuaciones (numerales 2 y 6 del artículo 103 de la Ley 270 de 1996), debe acreditar que hizo ingentes esfuerzos, en aras de remover las barreras administrativas que, en asuntos como el analizado, impiden la recta y eficaz prestación del aludido servicio público...”.

Por todo lo expuesto, se amparará el debido proceso administrativo, trabajo digno, descanso y salud del señor WILLIAM DE JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA; en consecuencia se

⁷ Ibídem

N° Interno: 2023-0397-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00108
Accionante: William de Jesús Hernández Molina
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otro.
Decisión: Concede

ordenará al JUEZ PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ANTIOQUIA, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, le conceda sus vacaciones en la época que indique o en la convenida con el despacho, y de la misma manera, se ordenará a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Medellín - Antioquia, realizar las gestiones necesarias en los términos descritos, para nombrar el reemplazo del actor durante sus vacaciones.

En mérito de lo brevemente 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,

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental invocado por el señor WILLIAM DE JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 70.470.363, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR al titular del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, que en el término de 48 siguientes a la notificación de esta sentencia, expida resolución que conceda el disfrute de las vacaciones solicitadas por el accionante en el periodo que desee o en el convenido con su nominador.

N° Interno: 2023-0397-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00108
Accionante: William de Jesús Hernández Molina
Accionado: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otro.
Decisión: Concede

TERCERO: ORDENAR a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Medellín - Antioquia, llevar a cabo las actuaciones administrativas y presupuestales, en los términos indicados en la parte motiva, tendientes a nombrar el reemplazo de WILLIAM DE JESÚS HERNÁNDEZ MOLINA durante el disfrute de las vacaciones.

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

NOTIFÍQUESE.

LOS MAGISTRADOS,

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **0d35add49f6e2552a6ccee5300252887626e398706d5d7d73979af2cc0986614**

Documento generado en 22/03/2023 03:35:44 PM

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

Tutela segunda instancia

Accionante: Jerley García Duque

Accionado: ARL Positiva y otra

Radicado: 05 697 31 04 001 2023 00012

(N.I. TSA 2023-0263-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 27

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Jerley García Duque
Accionado	ARL Positiva y COLPENSIONES
Radicado	05 697 31 04 001 2023 00012 (N.I. TSA 2023-0263-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala decide la impugnación presentada por la parte accionante contra la decisión proferida el 14 de febrero de 2023 por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario Antioquia que negó por improcedente el amparo solicitado por Jerley García Duque.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1. Expone el accionante que el 5 de octubre de 1994, sufrió un accidente de trabajo, cuando se encontraba laborando para la Empresa Cementos Rio Claro S.A – actualmente Cementos Argos S.A.S. El día del accidente le brindaron la atención médica correspondiente en el Instituto del Seguro Social Seccional Antioquia, y le diagnosticaron las patologías: *“TRAUMA CERRADO DE ABDOMEN, POLITRAUMATISMO, TRAUMA PÉLVICO, ESTALLIDO DE PARED ABDOMINAL IZQUIERDA, ESTALLIDO DE COLON DESCENDENTE, Y HEMOPERITONEO”*.

Afirma que luego de los tratamientos médicos logró recuperarse, pero desde el año 2020, presenta dolor lumbar severo, y un TAC DE COLUMNA arrojó como resultado fracturas lumbares, también se había evidenciado en la atención del accidente de trabajo a través de TAC PELVICO una *“DISRUPCIÓN CON AVULSIÓN DE APÓFISIS TRASVERSAL DE L5 IZQUIERDA”*.

Advierte que la administradora de Riesgos Profesionales (ARP) del Instituto de Seguros Sociales (ISS), sufrió proceso de transformación en el 2007, cuando el documento CONPES 3456 definió los lineamientos a seguir en riesgos profesionales, pensiones y salud. El documento CONPES 3494 del 13 de noviembre de 2007 fijó la necesidad de adelantar los trámites para que Previsora Vida S.A estuviera lista y una vez creada la Nueva EPS tomaría a la ARP del Seguro Social y se constituiría la nueva entidad, a la que más adelante se le dio el nombre de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

Atendiendo a lo anterior, el 22 de septiembre de 2022 realizó solicitud a la ARL Positiva a fin de que desarchivaran y estudiaran su caso de accidente laboral, debido a las secuelas derivadas del hecho ocurrido el 5 de octubre de 1994 que fue atendido por el Instituto de

Seguros Sociales. Solicitó le brindara atención médica especializada para las secuelas a fin de tener un tratamiento adecuado; se le enviara copia de todo el expediente con la información del accidente laboral que sufrió el 5 de octubre de 1994; y una vez terminado el tratamiento, iniciara el proceso de determinación de la pérdida de la capacidad, de acuerdo al Decreto 1507 de 2014 para acceder a las prestaciones asistenciales y económicas a las que tiene derecho.

Aduce que la ARL POSITIVA le dio respuesta mediante comunicación del 5 de octubre de 2022, indicando lo siguiente: *“Tras consultar los sistemas de información evidenciamos que, no se han realizado reportes de siniestros por concepto de accidente de trabajo o enfermedad, del cual esta administradora tenga conocimiento. Así las cosas, le indicamos que deberá solicitar ante la Administradora de Riesgos Laborales a la cual se encontraba afiliado en el momento del accidente que reconozca las correspondientes prestaciones requeridas”*.

Advierte que, con dicha respuesta, la entidad accionada asume una conducta omisiva, evasiva y dilatoria, observándose claramente el abandono de la responsabilidad legal que le asiste. Alega que dicha respuesta no corresponde a la realidad, puesto que con la petición se aportó el documento en el cual consta el accidente de trabajo sufrido el 5 de octubre de 1994 con recibido del ISS, por lo que la ARL POSITIVA debe dar respuesta clara de fondo y oportuna a la petición. Solicita se protejan sus derechos de petición, debido proceso y seguridad social.

2. El juzgado de primera instancia negó el amparo por hecho superado en contra de la ARL Positiva.

DE LA IMPUGNACIÓN

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

Desconoció de manera fragante los derechos al debido proceso y la seguridad social. La protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a la acción de tutela, pues el artículo 2º de la Constitución impone a las autoridades proteger a todas las personas en sus derechos y libertades.

Informa que los distintos mecanismos judiciales previstos en la ley han sido establecidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental y la salud es uno de ellos que desconoció el señor juez que emitió el fallo de primera instancia. Advierte que la Corte Constitucional recordó, a través de un reciente fallo, los cuatro postulados que explican el carácter subsidiario de la tutela.

Afirma que las consideraciones del despacho son inexactas y erradas. Solicita se protejan los derechos especialmente al derecho a la determinación de origen y pérdida de capacidad laboral, tal como lo establece el manual único de calificación de invalidez decreto 1507 de 2014.

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 en realidad se ha configurado un hecho superado en relación con la pretensión de amparo constitucional. El accionante estima afectados los derechos de petición, seguridad social y debido proceso, debido a que la ARL Positiva no cuenta con la información del caso de accidente laboral ocurrido en el año 1994, el cual fue atendido presuntamente por la ARP donde se encontraba afiliado, esto es, el Instituto de Seguros Sociales, ahora ARL Positiva.

3. Valoración y resolución del problema jurídico

La presente tenía por objeto que la ARL Positiva respondiera de fondo la solicitud presentada por JERLEY GARCÍA DUQUE a fin de que desarchivaran y estudiaran su caso de accidente laboral ocurrido el 5 de octubre de 1994 que fue atendido presuntamente por el Instituto de Seguros Sociales en adelante (ISS). Solicitó le brindara atención médica especializada para las secuelas a fin de tener un tratamiento adecuado; se le enviara copia de todo el expediente con la información del accidente laboral que sufrió el 5 de octubre de 1994; y una vez terminado el tratamiento, iniciara el proceso de determinación de la pérdida de la capacidad laboral, de acuerdo al Decreto 1507 de 2014 para acceder a las prestaciones asistenciales y económicas a las que tiene derecho.

A pesar de que la ARL Positiva brindó respuesta a la petición el pasado 5 de octubre de 2022, en vista de la presentación de la presente acción, reiteró la respuesta el pasado 3 de febrero de 2023, la cual fue puesta en conocimiento del actor en la misma fecha.¹ Situación que motivó al Juez de Instancia a negar la acción por hecho superado.

¹ Folios 4 y s.s. archivo -007RtaPositiva.Pdf-

Tutela segunda instancia

Accionante: Jerley García Duque

Accionado: ARL Positiva y otra

Radicado: 05 697 31 04 001 2023 00012

(N.I. TSA 2023-0263-5)

La parte accionante argumentó que las consideraciones del despacho son inexactas, erradas y desconocieron los derechos al debido proceso y la seguridad social.

Es preciso indicar que la acción presentada fue encaminada principalmente a demostrar una afectación al derecho de petición. Informó el accionante en esa oportunidad que la entidad no respondió de fondo la solicitud realizada a la ARL Positiva, situación que vulneró los derechos de petición, debido proceso y seguridad social.

En la respuesta, suministrada por la ARL Positiva, se constató que la entidad agotó todos los medios que tenía a su alcance a fin de brindar la información y realizar el trámite solicitado por el accionante. Sin embargo, no fue posible resolver la solicitud de forma satisfactoria, pues, informó que no encontró ningún registro de afiliación o información del accidente laboral sufrido por Jerley García Duque en el año 1994 atendido en su momento por el ISS. Entre otras cosas informó:

*“Ahora, con ocasión de la presente y teniendo en cuenta que el actor aporta informe patronal de presunto accidente de trabajo bajo formatos del ISS **el caso fue remitido con destino al área de afiliaciones y medicina laboral de la Compañía a fin de establecer la veracidad de los documentos aportados junto con la viabilidad de proceder con creación de siniestro alguno.***

Lo anterior, teniendo en cuenta que se realizó consulta de los archivos entregados por el extinto ISS y no se registra ningún expediente a su nombre.

La auditoría del caso por las áreas mencionadas, concluye que no es viable acceder a creación de siniestro en el entendido que no se existe registro documental que confirme la validez de la documentación remitida, como

tampoco de afiliación, aportes, notificación de evento en lo absoluto por ende no es factible brindar prestaciones asistenciales ni económicas.
(negritas propias)

Si bien el accionante aportó historia clínica con membrete del ISS de donde se podría inferir que en realidad en esa anualidad se encontraba afiliado la extinta entidad, esto no fue suficiente para que la ARL Positiva ubicara en su base de datos el caso en mención.

De la respuesta no se observa una actitud, omisiva, evasiva o dilatoria como lo afirmó la parte actora. Por el contrario, se brindó una respuesta de fondo que, aunque no complace las pretensiones del peticionario fue más allá de lo solicitado. Veamos:

La ARL Positiva agotó los medios a su alcance para brindar una respuesta de fondo. Informó haber constatado con otras dependencias para brindar la información que se solicita, sin obtener registro alguno del caso Jerley García Duque ni de su afiliación. Sin embargo, le indicó que no contaban con *“registro documental que confirme la validez de la documentación remitida, como tampoco de afiliación, aportes”* esto, con el fin de acreditar su afiliación y llegar a la información que solicita.

Con lo anterior, se desprende que el accionante cuenta con la oportunidad de recopilar tal información por medio del empleador (Cementos Argos S.A.S.) con el fin de demostrar a la ARL su calidad y obtener una respuesta satisfactoria.

En ese entendido, se evidenció que la respuesta brindada por la ARL cumple con los requisitos decantados por la Corte Constitucional.² No

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.

es una condición de protección del derecho de petición aceptar lo solicitado por el peticionario.

Frente a las demás manifestaciones realizadas en la impugnación, no se discute que esta sea la vía para buscar la protección de los derechos que estima afectados. Sin embargo, en este momento, la accionada argumenta no contar con la información que se solicita, pues no se pudo verificar que el afectado hubiese estado afiliado a la ISS al momento del accidente laboral en el año 1994. Por tanto, de acuerdo a la particularidad del caso, no es posible exigir un trámite a la entidad sin tener la certeza de la afiliación del afectado al momento de los hechos, situación que aunque repercute en el derecho a la seguridad social del afectado, impide, por el momento amparar algún derecho fundamental.

De acuerdo con lo anterior, 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 Penal del Circuito de El Santuario 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: **99b193484402ba51538d08eecf6c11eff222a9ff50c1fe553b4a84e394df5535**

Documento generado en 22/03/2023 07:35:36 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 056153104003202300006 **NI:** 2023-0296-6
Accionante: DR. SEBASTIÁN ÁLVAREZ VILLA EN REPRESENTACIÓN DE
MARÍA DE LAS MERCEDES GÓMEZ HENAO
Accionados: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
Decisión: Revoca
Aprobado Acta No. 43 de marzo 22 del 2023
Sala No: 6

Magistrado Ponente:

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, marzo veintidós del año dos mil veintitrés

VISTOS

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), en sentencia del 30 de enero de 2023, concedió el amparo constitucional frente a los derechos fundamentales invocados por el abogado Sebastián Álvarez Villa en representación de María de las Mercedes Gómez Henao, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

Inconforme con la determinación de primera instancia, Colpensiones, interpuso el recurso de apelación que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de esta acción constitucional fueron sintetizados por el Despacho de primera instancia de la siguiente manera:

“Refiere el accionante que, la señora MARIA DE LAS MERCEDES GOMEZ HENAO, presentó el día 12 de septiembre de 2022 ante la Administradora Colombiana de

Pensiones derecho de petición solicitando pensión de vejez, no obstante, han transcurrido más de cuatro (4) meses desde que se presentó la solicitud ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, sin obtener respuesta.

Conforme lo anterior, solicita se tutele su derecho fundamental de petición y se ordene a la AFP COLPENSIONES, se sirva dar respuesta de fondo y completa a la petición realizada el 12 de septiembre de 2022 relacionada con su pensión de vejez”.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 17 de enero de 2023, se notificó a Colpensiones, para que se pronunciara frente a los hechos denunciados en la solicitud de amparo.

Según el material probatorio aportado por el juzgado de primera instancia, Colpensiones omitió rendir respuesta al requerimiento efectuado.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

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

El juez de instancia encontró vulnerado el derecho fundamental de petición de la señora María de las Mercedes Gómez por parte de Colpensiones, pues no se logró establecer que la administradora accionada hubiese brindado contestación a la solicitud elevada, al igual por al no emitir respuesta en el trámite de tutela goza de presunción de veracidad y los hechos se tendrán como cierto, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991.

En consecuencia, concedió la protección a los derechos fundamentales invocados por la señora María de las Mercedes Gómez, ordenando a

Colpensiones que emitiera respuesta de fondo al derecho de petición formulado y objeto del presente trámite.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primera instancia la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, impugnó la misma, en los siguientes términos:

En oposición a lo manifestado por la actora, indica que en respuesta al derecho de petición que demanda la actora, emitió resolución SUB 19784 calendado el 26 de enero de 2023, por medio del cual se le reconoce el pago de la pensión de vejez en favor de la señora María de las Mercedes Gómez. Dicho acto administrativo fue notificado a la accionante vía correo electrónico.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado la señora María de las Mercedes Gómez Henao a través de apoderado judicial, demanda que Colpensiones no ha dado respuesta a su derecho de petición por medio de la cual reclama derechos pensionales.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si en este caso tal como lo asegura la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en su escrito de impugnación se presenta la figura de la carencia actual de objeto por hecho superado, al emitir respuesta de fondo a la petición que demanda la actora.

3. Del caso concreto

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

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

Conforme al material recaudado se tiene que el motivo de inconformidad de la actora es que no se le ha dado respuesta al derecho de petición por medio del cual elevó solicitud del reconocimiento de la pensión de vejez desde el 12 de septiembre de 2022, y del cual, hasta la fecha de interponer la presente solicitud de amparo no había recibido respuesta alguna.

En el escrito de impugnación, Colpensiones, allegó comunicación pregonando el cumplimiento de la orden judicial, adjuntando resolución SUB 19784 del 26 de enero de 2023 la cual reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez en favor de la señora María de las Mercedes Gómez Henao.

Ahora, esta Magistratura de oficio procedió a entablar comunicación con la parte demandante por medio del abonado celular 313 755 62 86, número establecido en el escrito de tutela para las notificaciones judiciales, donde atendió la llamada el abogado Sebastián Álvarez Villa, informando que

efectivamente Colpensiones les había notificado sobre la resolución del 26 de enero de 2023, por medio de la cual le reconoció la pensión de vejez a la señora María de las Mercedes Gómez Henao, que es precisamente el objeto de la presente acción constitucional.

Conforme a lo anterior, es claro entonces que frente a la pretensión de la señora María de las Mercedes Gómez Henao, de cara a que Colpensiones, se pronunciará respecto a la solicitud de pensión de vejez, ya se agotó, esto es, conforme al material probatorio recolectado, es decir, la resolución SUBA 19784 del 26 de enero de 2023 aportada por Colpensiones, la cual fue corroborada por la parte demandante vía telefónica, por tanto, nos encontramos frente a un hecho superado.

Frente a este tema la Corte Constitucional en sentencia T-017 del 23 de enero del 2020, señaló:

“E. Carencia actual de objeto - Modalidades. Reiteración de jurisprudencia⁽⁷⁸⁾.”

“113. Durante el trámite de la acción de tutela, hasta antes de que se profiera sentencia, pueden presentarse tres situaciones: (i) que los hechos que dieron origen a la acción persistan, y el asunto amerite emitir un pronunciamiento de fondo, porque se encuentran satisfechos los requisitos generales de procedencia, y 1. puede evidenciarse la configuración vulneración alegada, caso en el cual es procedente amparar los derechos invocados, o 2. no pudo comprobarse la afectación de un derecho fundamental, y debe entonces negarse la protección deprecada; (ii) que persistan los hechos que dieron origen al amparo, pero el caso no cumpla los requisitos generales de procedencia, caso en el cual debe declararse improcedente la acción de tutela; y (iii) que ocurra una variación sustancial en los hechos, de tal forma que desaparezca el objeto jurídico del litigio, porque fueron satisfechas las pretensiones, ocurrió el daño que se pretendía evitar o se perdió el interés en su prosperidad. Estos escenarios, han sido conocidos en la jurisprudencia como el hecho superado, daño consumado y situación sobreviniente, y son las modalidades en las que puede darse la carencia actual de objeto.”

“114. Al respecto, este tribunal ha reconocido, que antes de emitir un pronunciamiento de fondo en el marco de un proceso de tutela, pueden presentarse ciertas circunstancias que, por encajar en alguna de las hipótesis antes mencionadas, hacen desaparecer el objeto jurídico de la acción, de tal forma que cualquier orden que pudiera emitirse al respecto “caería en el vacío” o “no tendría efecto alguno”⁽⁷⁹⁾.”

“115. La primera modalidad, conocida como el hecho superado, se encuentra regulada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991⁽⁸⁰⁾, y consiste en que, entre la interposición de la acción de tutela, y el momento en que el juez va a proferir el fallo, se satisfacen íntegramente las pretensiones planteadas, por hechos atribuibles a la entidad accionada. De esta forma, pronunciarse sobre lo solicitado carecería de sentido, por cuanto no podría ordenarse a la

entidad accionada a hacer lo que ya hizo, o abstenerse de realizar la conducta que ya cesó. En este caso, el juez no debe emitir un pronunciamiento de fondo, ni realizar un análisis sobre la vulneración de los derechos, pero ello no obsta para que, de considerarlo necesario, pueda realizar un llamado de atención a la parte concernida, por la falta de conformidad constitucional de su conducta, conminarla a su no repetición o condenar su ocurrencia⁽⁸¹⁾.”

“116. De esta manera, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, deben acreditarse tres requisitos, a saber: (i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó, por un hecho imputable a ésta. Así, esta Corte ha procedido a declarar el hecho superado, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas han reconocido las prestaciones solicitadas⁽⁸²⁾, el suministro de los servicios en salud requeridos⁽⁸³⁾, o dado trámite a las solicitudes formuladas⁽⁸⁴⁾, antes de que el juez constitucional emitiera una orden en uno u otro sentido.”

En ese orden de ideas entonces, no le queda otra alternativa a esta Sala que **REVOCAR** el fallo de tutela de primera instancia, proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) el pasado 30 de enero de 2023 y, en su lugar, declarar su improcedencia por carencia actual de objeto por hecho superado.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de tutela del pasado 30 de enero de 2023, proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), dentro de la acción de tutela interpuesta por el abogado Sebastián Álvarez Villa actuando en representación de la señora María de las Mercedes Gómez Henao, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, por presentarse carencia actual de objeto por hecho superado.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará por parte la secretaria de esta Sala, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

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

Código de verificación: **111f78e2ce8278bc215abbedb104cbd895f449453d3f02d73a00ae80954629a1**

Documento generado en 22/03/2023 10:15:29 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 056153104003202300013 **NI:** 2023-0306-6
Accionante: AMPARO GALLEGO MARÍN
Accionada: NUEVA EPS
Decisión: Revoca
Aprobado Acta No.: 43 de marzo 22 del 2023
Sala No: 6

Magistrado Ponente
Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, marzo veintidós del año dos mil veintitrés

VISTOS

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), en providencia del día 10 de febrero de 2023, concedió el amparo constitucional invocado por la señora Amparo Gallego Marín frente a los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social, presuntamente vulnerados por parte de Colpensiones.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, interpuso recurso de apelación que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

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

“Sostuvo la accionante que tiene 55 años y se encuentra afiliada a la AFP COLPENSIONES, tiene diagnóstico de manguito rotador bajo incapacidad médica desde septiembre de 2016. No obstante, desde el 05 de enero de 2023 la AFP

COLPENSIONES no asume el pago de dicha prestación. Encontrándose en una difícil situación económica por cuanto éstas son su única fuente de ingreso.

En esa medida, acude ante el Juez Constitucional a fin de que se le proteja su derecho fundamental de petición y, en consecuencia, se le ordene a la AFP COLPENSIONES el pago de la incapacidad comprendida entre el 05 y 08 de enero de 2023”.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Una vez admitida la acción de tutela el 30 de enero de 2023, se corrió traslado a la AFP Colpensiones, para que se pronunciara frente a los hechos denunciados en la solicitud de amparo.

La directora de acciones constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, manifestó que Colpensiones no tiene conocimiento que el accionante hubiese radicado solicitud de pago de incapacidades que reclama en la presente tutela, por lo cual se desconoce el carácter subsidiario de la acción constitucional. Además, que esa administradora ha cancelado hasta la última incapacidad solicitada.

Añadió que “Sumado a lo anterior, con el fin de trasladar la obligación del pago de incapacidades para el día 181, las EPS deben cumplir con la emisión del concepto (favorable) de rehabilitación del ciudadano antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a la AFP correspondiente antes del día 150, si bien las EPS no están obligadas a reconocer incapacidades superiores al día 180, dicha entidad deberá asumir de sus propios recursos el pago de incapacidades que superen el día 181 hasta el día en que emita y entregue el concepto en mención a título de sanción”.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

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

Reclama la demandante, tutelar los derechos vulnerados ordenando a la entidad accionada cancelar las incapacidades generadas partir del día 181, las cuales comprenden el periodo del 5 al 8 de enero de 2023, pues dichos rubros consisten en su única fuente de ingresos, encontrándose expuesta a la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En respuesta Colpensiones, negó la radicación de incapacidades del mes de enero de 2023 a favor de la accionante. Considerando el juez de instancia que si las incapacidades tienen un origen común y superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, es decir, para el caso concreto Colpensiones.

Así que encontró vulneración de derechos fundamentales de la actora como el mínimo vital, ordenando a Colpensiones que, en un plazo máximo de 8 días hábiles, efectuara el pago de las incapacidades comprendidas entre el 5 y el 8 de enero de 2023 en favor de la señora Amparo Gallego Marín.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, la directora de acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, impugnó la misma y para sustentar el recurso comenzó resaltando el requisito de subsidiariedad, pues la acción de tutela no es el mecanismo para realizar ese tipo de reconocimientos, pues la demandante no ha radicado solicitud de formal donde solicite el reconocimiento pago de la prestación económica ante esa administradora.

Añadió que *“Una vez revisado el expediente, la Entidad Promotora de Salud – Coomeva EPS notificó a esta Administradora bajo radicado 2021_2271442 del 26 de febrero de 2021, Concepto de Rehabilitación (CRE) con pronóstico DESFAVORABLE, En consecuencia, en su caso NO sería jurídicamente procedente el estudio de reconocimiento y eventual pago de los subsidios económicos por incapacidades, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1507 del 2014, que modifica el decreto 917 de 1999 Manual Único para la calificación de la Invalidez, modificando éste el decreto 692 de 1995; sino que para su caso concreto lo procedente sería iniciar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral”*.

Como consecuencia de lo anterior, la afiliada inició trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, y una vez validada la documentación necesaria, se profirió Dictamen No. DML 4147296 del 15 abril de 2021 donde se determinó un 43.28% de pérdida de capacidad laboral de origen común y fecha de estructuración del 15 de abril de 2021.

El anterior dictamen, le fue notificado de manera efectiva a las partes interesadas, e inconforme con lo anterior, presentó inconformidad el 12 de mayo de 2021 el cuál reposa bajo radicado No. 2021_5462619. Con fin de dar continuidad al trámite de calificación, esta Administradora procedió a realizar el pago de Honorarios a favor de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, y posterior a ello, fuimos notificados del Dictamen No. 097672-2021 del 13 de octubre de 2021, mediante el cual se determinó 52.56% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración del 15 de abril de 2021.

Que, en última instancia, la Junta Nacional Calificadora de Invalidez en ejercicio de sus funciones y dando fin a la controversia emitió y notificó a las partes interesadas sobre el Dictamen 43423263- 9149 del 06 de mayo de 2022 el cual determinó un porcentaje del 44.68% de pérdida de capacidad laboral de origen común y con fecha de estructuración de invalidez del 15 de abril de 2021”.

Así que, solicitó revocar el fallo de tutela de primera instancia y en su lugar, se niegue la orden judicial en contra de esa entidad porque la acción de tutela no cumple con el requisito de procedibilidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó la señora Amparo Gallego Marín, el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente conculcados por parte de Colpensiones, y en ese sentido se ordene el reconocimiento y pago del certificado de incapacidad N 34409559 comprendido del 5 al 8 de enero de 2023, que no le ha sido cancelado.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si en el caso en concreto se presenta vulneración a derechos fundamentales de la señora Amparo Gallego Marín al omitir el reconocimiento y pago de dinero producto de un certificado de incapacidad prescrito por el médico tratante, o por el contrario no es procedente su reconocimiento vía acción constitucional.

3. Del Caso en Concreto

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

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

constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

Sea lo primero señalar que frente a las incapacidades que expresa la señora Amparo Gallego Marín, no le han sido reconocidas ni canceladas, tiene para decir la Sala que la acción de tutela, en principio, no es el mecanismo para el reconocimiento o pago de prestaciones económicas, pues dicha acción Constitucional ha sido diseñada para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

También es criterio aceptado que la acción de tutela es improcedente, si los derechos fundamentales que se estiman vulnerados pueden ser protegidos mediante los mecanismos ordinarios de defensa dispuestos por el ordenamiento jurídico. De allí el carácter residual y subsidiario de esta acción constitucional.

No obstante, la propia norma Constitucional reconoce que la tutela puede operar como mecanismo transitorio de protección si, a pesar de existir otros medios judiciales de defensa, éstos no tienen la suficiente eficiencia para precaver el daño. En otros términos, el perjuicio irremediable es factor determinante en la procedibilidad de la acción, de acuerdo con lo dispuesto en las normas constitucionales, así como en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

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

confundiendo los cauces ordinarios por los que deben resolverse los conflictos jurídicos.

Sobre este tema la Corte Constitucional en sentencia T-020 del 05 de febrero del 2018, ha señalado:

“5. Procedencia excepcional de la acción de tutela en asuntos relacionados con el pago de incapacidades. Reiteración de jurisprudencia[42]”

“5.1. El supuesto de subsidiariedad que integra la acción de tutela se observa en el artículo 86 de la Constitución, y condiciona la procedencia excepcional a que el interesado no disponga de otro medio judicial para defender los derechos invocados[43]. Establece como excepción el que se pretenda su uso para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”

Más adelante agregó:

“5.3. Adicional a lo anterior, esta Corte ha sostenido, en principio, que a la jurisdicción ordinaria le corresponde resolver las controversias laborales, y que la procedibilidad de la acción de tutela resulta justificada cuando la falta de pago de acreencias de esa índole genera amenaza o vulneración de derechos fundamentales como al mínimo vital y a la vida digna cuando constituye la única fuente de ingresos del afectado y su núcleo familiar. Así, en la citada T-909 de 2010 se expuso:”

“... la Corte ha reiterado que el no pago oportuno y completo de las incapacidades laborales puede ser objeto de tutela, siempre que afecte el mínimo vital del actor.”

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales.”

“Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”[52].

“La actuación subsidiaria al mecanismo ordinario se fundamenta en dos situaciones a saber, la afectación inminente de derechos fundamentales, y lo efectivo del medio frente al agotamiento de las vías ordinarias azas ineficaces. Rememoró que en los eventos en que la acción u omisión invade prerrogativas de esa estirpe (fundamental), la acción de tutela procede no solo como mecanismo transitorio, sino definitivo[53].”

“La probanza de esa trasgresión del derecho al mínimo vital exige únicamente la afirmación que el accionante presente en ese sentido, cuando no es desvirtuada en el trámite[54]. Para sustentar lo enunciado resulta oportuno evocar lo dicho en anterior pronunciamiento[55] respecto de que:”

“3.4. Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.”

*“Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica **no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgreden derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.**[56]”*

*“3.5. Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela **indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto**”. (Esta Sala subraya).”*

En el presente asunto, adjuntó la actora el certificado de incapacidad N 34409559 comprendido del 5 al 8 de enero de 2023 expedido por EPS Sura, no obstante, no se vislumbra que la demandante hubiese agotado la reclamación ante la entidad demandada, es decir, Colpensiones, pues se tiene sin duda alguna para que proceda este mecanismo excepcional para el pago de acreencias laborales se debe agotar dicho trámite administrativo ante la entidad llamada a reconocer y pagar la incapacidad que reclama.

En consecuencia, encuentra esta Sala razones válidas para **REVOCAR** el fallo de tutela de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) el 10 de febrero de 2023, interpuesto por la señora Amparo Gallego Marín en contra Colpensiones, y en su lugar, se **NIEGA** el amparo constitucional, para que en su lugar agote la vía administrativa antes de acudir al mecanismo residual y subsidiario de la acción de tutela.

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

RESUELVE

PRIMERO: SE REVOCA la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) calendada el día 10 de febrero de 2023, y en su lugar se NIEGA por improcedente el amparo constitucional incoado por la señora Amparo Gallego Marín en contra de Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente decisión se realizará conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **2704060aee8369e44403d56fbcf6cbd10212b113a0af546d846bc4cb2441b208**

Documento generado en 22/03/2023 10:15:06 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 056973104001202300015

NI: 2023-0319-6

Accionante: JUAN CARLOS OCAMPO RUÍZ

Accionados: NUEVA EPS

Decisión: Modifica y Confirma

Aprobado Acta N°: 43 de marzo 22 del 2023

Sala N°: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, marzo veintidós del año dos mil veintitrés

VISTOS

El Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia), en providencia del pasado 17 de febrero de 2023, concedió el amparo Constitucional invocado por el señor Juan Carlos Ocampo Ruíz, en contra de la Nueva EPS.

Inconforme con la determinación de primera instancia, el apoderado especial de la Nueva EPS, interpuso recurso de apelación, que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

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

“Refiere el accionante que se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Régimen Contributivo en la NUEVA EPS, en calidad de cotizante. Que desde hace varios meses el pene le empezó a sangrar, además de producirle mucho

dolor y picazón muy fuerte, y se le dificulta caminar y orinar, razón por la que en varias oportunidades ha estado hospitalizado.

Que luego de ser valorado por médico especialista, le diagnosticó PREPUCIO REDUNDANTE FIMOSIS Y PARAFIMOSIS ULCERA DEL PENE, razón por la que le ordenó con urgencia y prioridad CIRCUNCISION SOD. BIOPSIA DE PENE SOD (CIRUGIA) MEDICAMENTOS Y CITAS CON ESPECIALISTAS.

Que solicitó la autorización de dichos servicios ante la NUEVA EPS, y le manifestaron que debe esperar, y que hasta la fecha no lo han llamado a pesar de que el servicio fue ordenado con carácter prioritario.

Argumenta que es persona de bajos recursos económicos y no cuenta con dinero suficiente para costear los servicios que requiere de manera particular, por lo que se vio obligado a acudir a la acción de tutela a fin de que le sean protegidos los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas y se ordene a la NUEVA EPS le autorice y haga efectivo el procedimiento denominado CIRCUNCISION SOD. BIOPSIA DE PENE SOD (CIRUGIA) MEDICAMENTOS Y CITAS CON ESPECIALISTAS. Igualmente solicita se le brinde el tratamiento integral y sea exonerado de copagos”.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 8 de febrero de la presente anualidad, se ordenó la notificación a la Nueva EPS. Informándole del inicio de la misma para que realizara las explicaciones frente a los hechos relacionados en el escrito de tutela.

La apoderada especial de Nueva EPS, manifestó que se encuentran en revisión del caso con el área encargada para determinar las presuntas demoras en el trámite, una vez el área encargada emita el concepto lo estarán remitiendo al juez de primera instancia por medio de respuesta complementaria junto con los respectivos soportes.

Resaltó que esa entidad no presta el servicio de salud directamente sino por medio de sus IPS contratadas, las cuales son avaladas por la Secretaria de Salud del municipio respectivo; dichas IPS programan las citas, cirugías y demás procedimientos de los usuarios de acuerdo con su disponibilidad.

Aseguró que la Nueva EPS no ha negado ningún servicio de salud al usuario por lo que no es posible amparar servicios que aún no se han solicitado. Sobre el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas solo a los conceptos que emita el personal médico.

Conforme a la exoneración del pago de cuotas moderadoras, no es posible su reconocimiento dado no demuestra la incapacidad para realizar dichos pagos, estos montos se cobran para garantizar y compensar la estabilidad del sistema de salud.

Finalmente solicitó declarar la improcedencia de la presente acción de tutela, dado que esa entidad ha cumplido con todas sus obligaciones y ante la falta de vulneración de derechos fundamentales. Así mismo, se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra Nueva EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, el derecho a la salud, luego el *a-quo* procede a analizar el caso en concreto.

Encontró el juzgado de primera instancia en peligro los derechos fundamentales del señor Juan Carlos Ocampo Ruíz, por lo que se debe propender por su protección constitucional, toda vez que el derecho fundamental a la salud prevalece sobre los demás, consistiendo en

responsabilidad de la Nueva EPS, garantizar la prestación efectiva de los servicios de salud a sus afiliados.

Dentro de la carpeta de tutela, existe orden médica donde se prescriben los servicios médicos demandados, sobre los cuales la Nueva EPS no demostró su materialización. Por lo tanto, ordenó a la entidad promotora de salud encausada que de manera inmediata procediera a autorizar y materializar los servicios médicos *“circuncisión + bx de pene + prepucio a patología”*. Además, el tratamiento integral para el diagnóstico de *“fimosis congénita, rxs fimosis + lesión ulcerativa crónica”*.

Respecto a la exoneración del cobro de cuotas moderadoras o copagos, en el presente caso el afiliado no padece de una enfermedad catastrófica o de alto costo, tampoco acreditó la incapacidad económica para asumir el valor del mismo, pues es afiliado cotizante al régimen contributivo, de lo cual se infiere que dispone de recursos económicos para cancelar dichos rubros.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primera instancia, el apoderado especial de la Nueva EPS, impugnó la misma en los siguientes términos:

Solicita revocar la orden judicial tratamiento integral, resalta que no 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.

La tutela será procedente cuando algún derecho fundamental se encuentre efectivamente amenazado o vulnerado y en el caso concreto no ha negado servicios médicos al afiliado, por el contrario, el afiliado ha recibido la atención integral por parte de los médicos tratantes de manera adecuada y oportuna, en donde se le han brindado todas las atenciones que ha requerido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó el señor Juan Carlos Ocampo Ruíz la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por parte de la Nueva EPS, y en ese sentido se le ordene a la entidad promotora de salud proceda autorizar y materializar los servicios de salud denominados *circuncisión sod*, y *biopsia de pene*. Además, establecer la pertinencia de conceder el tratamiento integral para la patología que padece el afiliado.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si en este caso se vulneran los derechos fundamentales del señor Juan Carlos Ocampo Ruíz, por parte de la entidad demandada, al omitir materializar los servicios en salud prescritos por el médico tratante. Así mismo, establecer si es procedente concederle el tratamiento integral para la patología que padece el afiliado.

3. Del Caso en Concreto

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

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios

derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

Verificando los datos suministrados en el escrito tutelar, como resultado de la búsqueda en la página web del Adres, con el documento de identidad 1.010.185.932 el señor Juan Carlos Ocampo Ruíz se encuentra activo como cotizante en el régimen contributivo de la Nueva EPS.

En efecto, en la presente solicitud de amparo el señor Ocampo Ruíz invoca la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana, en el entendido de que se le ordene a la Nueva EPS autorizar y materializar los servicios médicos denominados *circuncisión sod, y biopsia de pene*, prescritos por el médico tratante, sin ningún tipo de dilaciones ni barreras administrativas. Sumado al tratamiento integral para la patología que padece, la exoneración del pago de copagos y cuotas moderadoras y el suministro de medicamentos.

En consecuencia, al verificar el material probatorio aportado por el demandante, da cuenta que existe solicitud de procedimientos quirúrgicos del 12 de enero de 2023 denominados *circuncisión sod y biopsia de pene*, formula medica donde le prescriben el medicamento *ciprofloxacino tab 500 mg*. En una nueva consulta médica del día 7 de febrero de 2023 prescribe los medicamentos *lidocaína 2%, hidrocortisona 1% y naproxen tab 250 mg*. No obstante, asegura el actor que a la fecha de interponer la presente acción de tutela la Entidad Promotora de Salud encausada no había materializado los servicios de salud aludidos.

El Juez *a-quo*, concedió el amparo deprecado, ordenando la materialización de los servicios médicos denominados *circuncisión + bx de pene + prepucio a patología*. Sumado al tratamiento integral para el diagnóstico de *fimosis congénita, rxs fimosis + lesión ulcerativa crónica*. Negó la solicitud de exoneración de copagos y el reembolso ante el Adres solicitado por Nueva EPS.

En este punto, es preciso señalar que se intentó la comunicación con el demandante por medio del abonado telefónico 314 791 69 42, número establecido en el escrito tutelar para las notificaciones judiciales, pero no fue posible dicha comunicación.

Aunado a lo anterior, la Nueva EPS, no desvirtuó durante el trámite constitucional lo manifestado por el demandante, pues no demostró efectivamente la materialización de los servicios médicos prescritos al actor por el médico tratante, mucho menos el cumplimiento total de la orden judicial.

Por otra parte, en cuanto al *tratamiento integral*, es necesario indicar que los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud, el artículo 49 de la Carta Política consagra la salud bajo una doble connotación: como un derecho constitucional y como un servicio público esencial que impone al Estado la obligación de organizar, dirigir y reglamentar su prestación, así como garantizar el acceso a la misma conforme los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Máxime si se le está interrumpiendo el tratamiento médico indispensable para el mejoramiento de las condiciones o la recuperación de la salud perdida, y de constituirse en una obligación de la Nueva EPS, brindar una atención integral y de alta calidad, debido a que la salud debe de protegerse de manera total y no parcial respecto de los afiliados, esto permite que las afecciones sean más llevaderas en términos de dignidad humana. Así las cosas, esta Sala estima acertada la decisión de conceder el tratamiento integral para el diagnóstico de "*prepucio redundante fimosis y paraafimosis, ulcera del pene*".

En consecuencia, no le queda más a esta Sala que **MODIFICAR** el fallo de tutela de primera instancia proferido por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia) el día 17 de febrero de 2023. En ese sentido se le ordena a la Nueva EPS, que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y materialice los servicios médicos quirúrgicos denominados *circuncisión sod. y biopsia de pene*; así mismo, si aún no lo ha

realizado proceda a suministrar los medicamentos denominados *ciprofloxacino tab. 500 mg, lidocaína 2%, hidrocortisona 1% y naproxen tab. 250 mg*. Prescritos por el médico tratante, concediéndole el tratamiento integral para el diagnóstico de *“prepucio redundante fimosis y parafimosis, ulcera del pene”*.

Por otra parte, se confirma la negativa de la exoneración del pago de copago, pues el diagnóstico del demandante no se encuentra dentro de las enfermedades catastróficas o de alto costo por las cuales se puede aplicar dicha excepción.

Del material probatorio, se vislumbra que el juez titular del Juzgado Penal del Circuito de El Santuario, omitió pronunciarse sobre la medida provisional solicitada por el actor en el escrito de tutela, pues si bien la misma no procedía, lo adecuado era pronunciarse sobre dicho pedimento. Así las cosas, se **EXHORTA** al Juez Penal del Circuito de El Santuario para que en lo sucesivo evite omitir pronunciarse sobre las solicitudes constitucionales que llegan a ese despacho judicial, con el fin de evitar vulneración de derechos fundamentales de los ciudadanos.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el PARÁGRAFO SEGUNDO del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el fallo de tutela de primera instancia proferido por el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia) el día 17 de febrero de 2023, dentro de la acción constitucional interpuesta por el señor Juan Carlos

Ocampo Ruíz, y en su lugar se **ORDENA** a la Nueva EPS que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y materialice los servicios médicos quirúrgicos denominados *circuncisión sod.*, y *biopsia de pene*; así mismo, si aún no lo ha realizado proceda a suministrar los medicamentos *ciprofloxacino tab. 500 mg*, *lidocaína 2%*, *hidrocortisona 1%* y *naproxen tab. 250 mg*; de acuerdo a las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Se **CONFIRMA** la orden de tratamiento integral para el diagnóstico de “*prepuccio redundante fimosis y para fimosis, ulcera del pene*”.

TERCERO: Se **CONFIRMA** la negativa de exoneración del pago de copago solicitada por el actor.

CUARTO: Se **EXHORTA** al Juez Penal del Circuito de El Santuario para que en lo sucesivo evite omitir pronunciarse sobre las solicitudes constitucionales que llegan a ese despacho judicial, con el fin de evitar vulneración de derechos fundamentales de los ciudadanos.

QUINTO: La notificación de la presente providencia, se realizará conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **176bd5dc9bf0cdb12372dbc6965ba3778e79571097a7f0b82ea5bd0b694272c6**

Documento generado en 22/03/2023 10:14:54 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 050453104001202300025 **NI:** 2023-0273-6
Accionante: RAFAEL ENRIQUE NEGRETE NÚÑEZ
Accionada: ARL POSITIVA
Decisión: Confirma
Aprobado Acta No.: 43 de marzo 22 del 2023 **Sala**
No: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, marzo veintidós del año dos mil veintitrés

VISTOS

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), en providencia del día 13 de febrero de 2023, negó la solicitud de amparo incoada por el señor Rafael Enrique Negrete Núñez en contra la ARL Positiva.

Inconforme con la determinación de primera instancia, el demandante, interpuso recurso de apelación que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

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

“El accionante afirma que el día 08 de febrero de 2019 sufrió una enfermedad y como producto de ella se le diagnosticó S36 – torcedura de la rodilla derecha y otros, S832, S835, M199, M942, M688 y M711, pero la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A., le

negó los viáticos aéreos con acompañante para asistir a la cita el 21 de febrero en la Junta Nacional de Calificación de Bogotá, a las 7:40.00 a. m. a la Clínica de la Sabana. Considera que se le están vulnerando los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social.

Pide ordene a la ARL Positiva le suministre los viáticos aéreos con acompañante para asistir a la cita, y se le conceda de manera integral”.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Una vez admitida la acción de tutela el pasado 1 de febrero del corriente año, se efectuó la notificación de la parte accionada, esto es, ARL Positiva Compañía de Seguros S.A., en el mismo auto se ordenó la vinculación de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, la Nueva EPS, AFP Colpensiones y la Empresa Bananeras de Urabá.

El representante legal de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, manifestó que el 27 de diciembre de 2019, emitió dictamen de calificación a nombre del señor Negrete Núñez, señaló que *“...al cual se le determinó el origen No deriva de accidente de trabajo de los siguientes diagnósticos: Artrosis, no especificada, Condromalacia, Otras bursitis infecciosas, Otros quistes de la bolsa serosa y Otros trastornos sinoviales y tendinosos en enfermedades clasificadas en otra parte, y el origen accidente de trabajo de los diagnósticos: Desgarro de meniscos, presente, Esguinces y torceduras de otras partes y las no especificadas de la rodilla y Esguinces y torceduras que comprometen el ligamento cruzado (anterior) (posterior) de la rodilla”.*

Al señor Negrete Núñez se le asignó cita en esa junta de valoración médica programada para el día 21 de febrero de 2023. Además, que el suministro de los gastos por viáticos que acarrea el desplazamiento para la cita no es de su competencia, en su lugar están a cargo en cada caso concreto de la Entidad Administradora de Riesgos Laborales, Administradoras del Sistema General de Pensiones, el empleador correspondiente.

El representante legal de la Empresa Bananeras de Urabá S.A., manifestó que no es la entidad competente para reconocer y pagar los gastos para los viáticos que demanda el actor en la presente solicitud de amparo, en todo caso, le corresponde a la ARL Positiva.

La directora de acciones constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, informó que, una vez verificado el sistema de información, en el caso del señor Rafael Enrique Negrete Núñez el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartado, el 14 de diciembre de 2022 emitió fallo de tutela en contra Colpensiones y otros, que se identifica con la presente solicitud de amparo.

El apoderado especial de Nueva EPS, señaló que esa entidad promotora de salud no es la entidad llamada a responder a las pretensiones de la parte accionante considerando que los hechos están relacionados con un accidente de trabajo, dicha obligación está dirigida exclusivamente a la ARL. Pues *“La normatividad establecida claramente señala que estas Administradores son las encargadas del reconocimiento de todas las prestaciones económicas y médico asistenciales generadas como consecuencia del accidente laboral”.*

El apoderado del representante legal de Positiva Compañía de Seguros S.A., indicó que relacionado con el señor Negrete Núñez *“tiene reporte de un evento de fecha 08 de febrero de 2019 el cual fue calificado como de origen mixto en primera oportunidad mediante dictamen N° 1907352 del 10 de abril de 2019 emitido por esta ARL bajo los siguientes diagnósticos: LABORAL S836, TORCEDURA DE LA RODILLA DERECHA. S832, DESGARRO DEL CUERNO POSTERIOR DEL MENISCO MEDIAL DE LA RODILLA DERECHA. S835, LESIÓN GRADO I DEL LIGAMENTO CRUZADO ANTERIOR DE LA RODILLA DERECHA . COMÚN M713, LESIÓN QUÍSTICA MULTILOCULADA INTRAARTICULAR DE LA RODILLA DERECHA (NO DERIVADO DEL AT)”*

Al presentar inconformidad el caso fue remitido a la Junta Regional Antioquia, entidad que confirmó el origen del evento establecido en primera oportunidad por esta Compañía a través de dictamen N° 085874 de día 27 de diciembre de 2019. Así que, frente a ello, el demandante recurrió la determinación, remitiendo el caso a la Junta Nacional con pago de honorarios el día 24 de mayo de 2022.

Relacionado a los traslados solicitados, *“el caso fue validado por el área especializada de esta ARL, donde se determinó que no es pertinente autorizar el traslado teniendo en cuenta que los diagnósticos objeto del recurso presentado por el accionante, fueron definidos como de ORIGEN COMÚN tanto por esta ARL como por la Junta Regional de Calificación de Invalidez”*.

Por ende, dado que el origen de la enfermedad en primera oportunidad fue de origen común, corresponde asumir los gastos de traslado y demás viáticos que se solicitan en la presente acción de tutela a la Administradora del sistema General de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el actor.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

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

Una vez estudiado el caso, y dada la respuesta brindada por Colpensiones, da cuenta que por los mismos hechos y en contra de las mismas entidades, el 14 de diciembre de 2022 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, resolvió solicitud de amparo tramitada con radicado N 05045310400220220047000, la cual tuteló los derechos fundamentales a la salud, seguridad social e integridad física invocados por el accionante.

En consecuencia, declaró la improcedencia de la presente solicitud de amparo, al mismo tiempo que requirió al señor Rafael Enrique Negrete Núñez para que se abstenga de presentar acciones de tutela con fundamento en los mismos hechos y derechos, caso contrario será acreedor de las medidas derivadas de una conducta temeraria.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, el demandante, impugnó la misma, pues señala que continua la vulneración a sus derechos fundamentales, al debido proceso, al omitir el juzgado de primera instancia analizar su caso en debida forma.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicita el señor Rafael Enrique Negrete Núñez la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por parte de la ARL Positiva Compañía de Seguros.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a esta Sala determinar si se encuentran vulnerados los derechos fundamentales del señor Rafael Enrique Negrete Núñez, o por el contrario su pedido es improcedente por existir pronunciamiento anterior.

3. Cosa juzgada constitucional

Frente al tema que nos convoca la atención, la H. Corte Constitucional, se ha pronunciado por medio de la Sentencia SU027 de 2021, por medio de la cual señala lo siguiente:

“2.2. La cosa juzgada constitucional

2.2.1. *La cosa juzgada ha sido definida en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, y por la jurisprudencia como una institución que garantiza la seguridad jurídica y el respeto al derecho fundamental al debido proceso.*

De un lado, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 332, hoy artículo 303 del Código General del Proceso, establecen que << (...) la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...)>>.

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencias C-774 de 2001^[30] y T-249 de 2016^[31], definió a la cosa juzgada como una << (...) institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas (...)>>.

Como se expuso en párrafos precedentes, la presentación sucesiva o múltiple de acciones de tutela puede configurar una actuación temeraria y, además, comprometer el principio de cosa juzgada constitucional. Esto, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal constituye un ejercicio desleal y deshonesto de la acción, que compromete la capacidad judicial del Estado como también los principios de economía procesal, eficiencia y eficacia^[32].

De igual manera, ha sostenido que se predica la existencia de cosa juzgada constitucional cuando se adelanta un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de un fallo de tutela y, entre el nuevo proceso y el anterior, se presenta identidad jurídica de partes, objeto y causa^[33].

2.2.2. *Ahora bien, por regla general, un fallo de tutela queda amparado por la figura de la cosa juzgada constitucional en los eventos en los que la Corte Constitucional decide excluir de revisión un fallo o, si el mismo es seleccionado, esta se configura cuando queda ejecutoriada la providencia que expida este Tribunal.*

2.2.3. *No obstante, esta Corporación ha desvirtuado la configuración de la cosa juzgada en casos excepcionalísimos, entre ellos, los hechos nuevos. La anterior circunstancia puede dar lugar a levantar la cosa juzgada constitucional, así se verifique la identidad de partes, objeto y pretensiones.*

A continuación, se desarrollará una breve caracterización de la excepción a la cosa juzgada constitucional mencionada en precedencia.

Los hechos nuevos

2.2.3.1. *Una de las excepciones a la cosa juzgada constitucional se presenta cuando a pesar de existir un pronunciamiento anterior con la concurrencia de los elementos de identidad entre las partes, hechos y pretensiones expuestos, la parte solicitante alega la ocurrencia de un hecho nuevo.*

Específicamente, cuando se alega un hecho nuevo con base en la expedición de una sentencia judicial, la Corte en diferentes oportunidades y de manera reciente, se ha ocupado de analizar el alcance de un hecho nuevo y cuándo se configura.

Así, aclara que no cualquier pronunciamiento puede tomarse como un hecho nuevo, pues para ello se requiere, por un lado, que tenga vocación de universalidad como las sentencias de constitucionalidad y las de unificación^[34] y de otro lado que, en efecto, el nuevo fallo aborde situaciones jurídicas novedosas que no se hubiesen desarrollado con anterioridad^[35].

Bajo esta línea argumentativa, la excepción a la cosa juzgada constitucional, cuando se opone como argumento la expedición de un nuevo fallo, solo procede de manera excepcional para justificar la presentación de una acción de tutela posterior y deben concurrir los supuestos antes mencionados.

Asimismo, cabe resaltar, que esta Corporación enfatiza acerca de la importancia que tiene un hecho nuevo cuando la solicitud versa sobre el reconocimiento de prestaciones periódicas como las pensiones, lo cual, se reitera, no excluye la acreditación de los presupuestos exigidos por la jurisprudencia constitucional cuando se alega un hecho nuevo como excepción a la cosa juzgada, tal y como se expuso en párrafos anteriores. Esto es, que se trate de un fallo con efectos universales y desarrolle una ratio decidendi novedosa.

II. Temeridad en la acción de tutela^[21]

La Constitución de 1991 indica que la acción de tutela es un medio judicial residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, y en algunos casos de particulares. No obstante, existen reglas que no pueden ser desconocidas por quienes pretenden que se les reconozca el amparo a través de esta vía, una de ellas es no haber formulado con anterioridad una acción de tutela contra la misma parte, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones^[22].

Cuando una persona promueve la misma acción de tutela ante diferentes operadores judiciales, bien sea simultánea o sucesivamente, se puede configurar la temeridad, conducta que involucra un elemento volitivo negativo por parte del accionante. La jurisprudencia ha establecido ciertas reglas con el fin de identificar una posible situación constitutiva de temeridad. Sobre el particular, esta Corporación señaló^[23]:

*“La Sentencia T-045 de 2014 advirtió que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: **(i)** identidad de partes; **(ii)** identidad de hechos; **(iii)** identidad de pretensiones^[24] y **(iv)** la ausencia de justificación razonable^[25] en la presentación de la nueva demanda^[26] vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del demandante. En la Sentencia T-727 de 2011 se definió los siguientes elementos “(...) **(i)** una **identidad en el objeto**, es decir, que “las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental”^[27]; **(ii)** una **identidad de causa petendi**, que hace referencia a que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa^[28]; y, **(iii)** una **identidad de partes**, o sea que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, del mismo modo, se*

¹ Corte Constitucional sentencia T-272/19

hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado”^[29]. (negrilla fuera del texto original)

En caso de que se configuren los presupuestos mencionados anteriormente, el juez constitucional no solo debe rechazar o decidir desfavorablemente las pretensiones, sino que además deberá imponer las sanciones a que haya lugar^[30].

Asimismo, la Corte incluyó un elemento adicional a los mencionados anteriormente y afirmó que la improcedencia de la acción de tutela por temeridad debe estar fundada en el dolo y la mala fe de la parte actora. Concluyó esta Corporación que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista^[31].

4. Del caso concreto

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

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

Ahora bien, se extracta de la petición constitucional que eleva el señor Rafael Enrique Negrete Núñez, que protesta ante la ARL Positiva, con el fin de que se le reconozcan y paguen los gastos por viáticos para asistir a cita el pasado 21 de febrero de 2023 ante la Junta Nacional de Calificación de invalidez.

En este punto se hizo necesario requiere al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), para que informara si en ese despacho judicial se tramitó acción constitucional a nombre del señor Rafael Enrique Negrete Núñez, en respuesta al requerimiento dicho despacho adjuntó la sentencia de tutela N 264 del 14 de diciembre de 2022, que en el numeral 2 ordenó lo siguiente:

“SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLPENSIONES, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, sí aun no lo ha hecho, proceda autorizar y suministrar los gastos de transporte aéreo, hospedaje y alimentación, para el señor Rafael Enrique Negrete Núñez y su acompañante, para que se trasladen desde su Municipio de Residencia hasta la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en la ciudad de Bogotá, ida y regreso, para asistir a la cita programada el día 15 de diciembre de 2022, y en caso de que esta no se materialice, por circunstancias ajenas al accionante, la AFP deberá otorgar los gastos de transporte aéreo, hospedaje y alimentación tanto para el actor como para su acompañante, para la fecha que la cita sea nuevamente programada, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”.

En consecuencia, es evidente que la anterior determinación que resolvió solicitud de amparo constitucional, se identifica con la presente acción de tutela objeto de impugnación, pues coexisten identidad de partes, identidad en el objeto pretendido y situación fáctica.

La cosa juzgada constitucional se aplica cuando en dos o más acciones constitucionales coexisten identidad de partes, identidad fáctica e identidad de pretensiones, así mismo la alta Corporación ha reseñado que no se puede prescindir de la figura de cosa juzgada constitucional cuando se presentan cambios parciales, los cuales no alteran la materia o el fin perseguido. ello trae como consecuencia que no se debe debatir nuevamente sobre controversias ya discutidas, para garantizar así la seguridad jurídica de los fallos judiciales.

En conclusión, una vez auscultadas las dos solicitudes de amparo, se vislumbran que las mismas versan sobre el mismo objeto o causa pretendida, es decir, solicita el actor la protección de su derecho a la salud y seguridad social y en ese sentido se le reconozcan y paguen los gastos en razón a los viáticos para asistir a cita ante la Junta Nacional de Invalidez. Al igual que comparten idénticos hechos e identidad de partes. Es decir, coexiste identidad en el objeto pretendido, identidad de partes y situación fáctica. Máxime si en la anterior tutela se le concedieron los derechos fundamentales demandados², y en sede de segunda instancia, esta Corporación por medio de fallo de tutela aprobado por medio de acta 042 del 13 de febrero de 2023, confirmó la decisión del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó. Por lo cual surge la imposibilidad de pronunciarse sobre un asunto previamente resuelto.

Aunque en el presente caso no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, por cuanto, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la eventual revisión del fallo del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartado, lo cierto es que el presente asunto ya fue fallado por otra autoridad judicial.

En ese orden de ideas entonces, no le queda otra alternativa a esta Sala que CONFIRMAR el fallo de tutela de primera instancia, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) el pasado 13 de febrero de 2023.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales conforme lo dispuesto en el PARÁGRAFO SEGUNDO del ACUERDO PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022.

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

² Sentencia tutela N 264 del 14 de diciembre de 2022 Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), calendada el día 13 de febrero de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: La notificación de la presente providencia se realizará por parte la secretaría de esta Sala, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **5ebb12eb544c482aa1a4ae6c0133724e05d9b4a2deeac327c174da744180925f**

Documento generado en 22/03/2023 03:56:04 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**SALA DE DECISIÓN PENAL****Radicación No.** 050016000206 2015-53536**NI:** 2022-2000-6**Acusado:** JHON FREDYS CARVAJAL MENDOZA**Delito:** Acceso carnal violento**Decisión:** Revoca absolución**Aprobado Acta virtual 40 de marzo 13 del 2023 Sala No.: 6**Magistrado Ponente: **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**

Medellín, Marzo trece dos mil veintitrés.

I. ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia emitida el pasado 4 de noviembre del 2022 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao.

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

II. HECHOS Y ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

Los hechos fueron narrados así en la acusación:

“En el Municipio de Urrao, para la época comprendida entre el año 2009 y el 14 de octubre de 2015, en el lugar de su residencia familiar, de manera reiterada y sucesiva, el señor JHON FREDYS CARVAJAL MENDOZA accedió carnalmente (por vía vaginal y anal) de manera violenta a su esposa NATALIA ANDREA AGUIRRE CANO. La violencia se materializaba mediante golpes, aprehensión por el cuello, (ahorcamiento), incluyendo agresión verbal, amenazas de muerte si no accedía a tener relaciones sexuales con él”

El 26 de marzo de 2021, a solicitud de la Fiscalía, el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Zipaquirá con Funciones de Control de Garantías, celebró las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, el delito imputado lo fue el de acceso carnal violento agravado- por ejecutarse la conducta sobre la cónyuge- en concurso por cometerse de manera reiterada

entre los años 2009 a 2015, y por el mismo concurso de conductas punibles se formuló acusación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En la sentencia emitida el pasado 4 de noviembre del año inmediatamente anterior emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao, se relacionan los hechos conforme la redacción de la acusación, el devenir procesal, las estipulaciones y las pruebas practicadas en el juicio, para concluir que no se encuentran satisfechos los requisitos para la emisión de una sentencia condenatoria.

Señaló el juez de primera instancia, que, si bien es cierto la señora NATALIA ANDREA AGUIRRE CANO, hizo un pormenorizado relato de las forma como la convivencia con su cónyuge desde ha sido bastante tormentosa no solo durante el tiempo de convivencia en Urrao sino cuando se desplazaron a otros municipios de Colombia, la Fiscalía General de la Nación no acompañó ninguna prueba de corroboración sobre los eventos de acceso carnal ocurridos.

Señaló como si bien se contó con el testimonio de LUZ MARIAN AGUIRRE CANO, madre de la supuesta ofendida, FRANCY HELENA ROMAN AGUIRRE- hermana – y ANDRES FELIPE CALLE AGUIRRE,- hijo, estas personas no tuvieron conocimiento directo de la violencia sexual, pues nunca presenciaron eventos de tal magnitud, y solo ponen de presente comentarios que oyeron a la ofendida, u eventos de violencia domestica que no son los que son materia de juzgamiento.

Se queja el fallador de la falta de investigación por parte de la Fiscalía que no trajo una valoración médica, ni mucho menos aportó las historias clínicas de la supuestas atenciones hospitalarias que menciona la señora AGUIRRE CANO recibió, o una valoración psicológica que corroborara su dicho, lo que impide emitir una sentencia condenatoria, pues el solo dicho de la víctima no es suficiente para condenar.

Indica, que la señora NATALIA ANDREA AGUIRRE mencionó muchas facetas de la supuesta violencia que vivía, y como ella durante un tiempo interpreto que no era eventos violentos sino que estaban acorde a su convicción religiosa, lo que impide entones verificar si en

efecto todo lo narrado es violencia, y como no hay prueba de corroboración imposible resulta arribar al grado de convencimiento necesario para condenar, solo con el testimonio de la supuesta víctima.

Por último, indicó que si bien se noticiaba eventos de violencia intrafamiliar, dicho delito no fue incluido en el pliego de la acusación por lo tanto no es posible entrar a emitir una sentencia condenatoria por dicha ilicitud.

En consecuencia, emitió una sentencia absolutoria y dispuso la liberación del procesado que se encontraba sometido a medida de aseguramiento.

IV. APELACION

Es de anotar que al momento de la lectura del fallo tanto la Fiscalía como la representación de víctimas, interpusieron recurso de apelación, pero solo fue sustentado el mismo por la Fiscalía por lo que el despacho de primera instancia declaró desierto el recurso interpuesto por la representación de víctimas, y concedió ante este Tribunal solo el de apelación.

La Fiscalía sustenta la relación en las siguientes premisas:

Total, falta de aplicación de los criterios expuestos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre la violencia de género en la valoración de las pruebas por parte del juez de primera instancia, quien pretende que el delito se pruebe de una determinada forma, cuando lo cierto es que amplia es la posibilidad con la que cuenta la fiscalía general de la Nación para acreditar el concurso de conductas punibles por los que se pidió condena.

El testimonio de la víctima, es suficiente para condenar, no está proscrito el testigo de incriminación único, en los delitos sexuales por regla general no hay testigos, por lo tanto no se puede exigir que se deben traer terceros testigos de los hechos, la familia que declarado la ofendida, pudo presenciar eventos de violencia, la afectación grave en la psiquis de la señora AGUIRRE CANO, todos los padecimientos que ella tuvo que vivir en las diferente ciudades en la que vivió con su esposo quien una y otra vez la violentaba

físicamente la maltrataba y la acedia sexualmente de forma violenta, no puede pasar la judicatura silente frente a tal graves hechos.

Censura la actitud del juez de primera instancia, que citando un pasaje bíblico que la misma víctima mencionó en su declaración en el que se indica que *“la mujer deja de ser dueña de su carne y le pertenece a su esposo”*, termina concluyendo que la víctima acepto y con sitio la violencia sexual vista sus concepciones religiosas cuando lo cierto es que esta dama vivió una muy delicada situación en el que el mismo procesado aprovechándose de las convicciones religiosas de la señora AGUIRRE la manipuló durante muchos años para que no denunciara las aberrantes conductas a la que era sometida.

El hijo de la ofendida es claro cuando al declarar señala que oyó repetidas veces como su madre era golpeada y violentada y esto no fue tenido en cuenta por el fallador de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero precisar que la relación fáctica de la acusación, pese a que se estaba en presenciad de conducta que se ejecutaron durante muchos años, fue bastante parca en precisar el número de eventos y otras circunstancias que rodearon la ejecución de la misma, diversa a predicar que los mismos se presentaron entre los años 2008 y 2015 y que se trataron de acceso carnales violentos por vía anal y vaginal y que la violencia consistió en *“golpes, aprehensión por el cuello,(ahorcamiento), incluyendo agresión verbal, amenazas de muerte”*, de otra parte como luego se pudo avizorar en el juicio, los hechos no solo ocurrieron en el municipio de URRAO espacio territorial en el que se circunscribe conforme la acusación todos los hechos, sino en diversos municipios del departamento de Cundinamarca y Boyacá aparte de URRAO donde JHON FREDYS CARVAJAL MENDOZA accedió carnalmente a su esposa NATALIA ANDREA AGUIRRE CANO, igualmente esta última narró en el juicio, diversos eventos de violencia moral y física a la que fue sometida por su cónyuge hasta el día 14 de octubre año 2015, cuando no resistió más y busco ayuda, lo que nos ubicaría en otras conductas punibles como las de lesiones personales y violencia intrafamiliar, sin embargo inexplicablemente el Ente instructor no recogió estos eventos ni en la imputación ni mucho menos en la acusación, con lo evidente es que no cumplió a cabalidad su deber como titular de la acción penal, lo que implica entonces que lo que se

debe entrar a verificar es si la prueba aportada en el juicio permite establecer que en efecto NATALIA ANDREA AGUIRRE CANO, fue accedida carnalmente en forma violenta por su cónyuge JHON FREDY CARVAJAL MENDOZA en el municipio de URRAO única y exclusivamente pues otras hiposas delictuales no fueron incluidas por el Ente instructor en la imputación ni mucho menos en la acusación, por lo tanto no pueden ser incluidas en el caso de que se acceda al pedimento de la parte recurrente y se decida emitir una sentencia condenatoria en remplazo de la absolución que dispuso el juzgado de primera instancia, pue de hacerlo se daría al traste con la necesaria congruencia que debe existir entre las premisas fácticas de la acusación y la condena, tal y como ampliamente lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹, sobre la imposibilidad de condenar sobre hechos no incluidos en la acusación, pues la congruencia fáctica es un garantía que se desprende del contenido del artículo 448 de la Ley 906 del 2004 que impide condenar por hechos no incluidos en la acusación.

Hecha esta precisión la Sala no puede pasar por alto que en el presente caso como lo pone de presente la Fiscalía recurrente indispensable es darle al mismo una perspectiva de género, visto que se noticia, una reiterada y sistemática conducta de violencia contra una mujer por parte de su cónyuge, aspecto este que el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta a la hora de realizar la valoración probatoria.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia² sobre la perspectiva de género en el juzgamiento de delitos de violencia contra las mujeres señala:

2.2.1 La sala ha desarrollado una amplia jurisprudencia en relación con la perspectiva de género, su contenido y su carácter vinculante en casos en que se investigan y juzgan actos de violencia física, psicológica, sexual, familiar y económica contra la mujer. En esa labor, tiene sentado que los funcionarios judiciales están vinculados por ese enfoque cuando investigan y juzgan «casos relacionados con violencia contra la mujer»¹³, así: «Esa obligación en cabeza de las autoridades judiciales tiene cabida, primero, en el ámbito de la investigación de casos relacionados con violencia contra la mujer: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que la investigación, en los casos de violencia contra la mujer, debe “emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de

¹ “La congruencia, conforme al artículo 448 de la Ley 906 de 2004, se entiende como una garantía para el acusado que únicamente puede ser declarado penalmente responsable por los hechos atribuidos en la acusación. Dicho de otra manera, se trata de la correlación que debe existir entre la conducta por la cual una persona es acusada y la decisión definitiva sobre su responsabilidad. La acusación legalmente formulada se torna absoluta e intangible en cuanto a sus componentes personal y fáctico, esto es, que no puede variarse, modificarse o alterarse” SP401-2021(55833)

² SP 2649 del 2022.

intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad". En términos generales, debe desarrollarse de manera: A. Oportuna, para evitar que el tiempo atente contra la averiguación de la verdad y para adoptar medidas de protección eficaces; B. Exhaustiva, practicando las pruebas necesarias y valorándolas integralmente y analizando el contexto de los hechos para determinar si se trata de un patrón generalizado de conducta C. Imparcial, para lo cual fiscales y jueces deben actuar objetivamente, es decir, libres de prejuicios o tendencias y evitando razonamientos teñidos de estereotipos; D. Respetando en forma adecuada los derechos de las afectadas, para prevenir una revictimización"14. En esa misma línea, el artículo 17 de la Ley 1719 de 2014 establece ciertos parámetros para el adelantamiento de pesquisas de delitos sexuales, mientras que el artículo 13 de ese mismo cuerpo normativo contempla algunos derechos y garantías de las víctimas de tales agresiones en el marco de la actividad investigativa, por ejemplo, a "ser atendida(s) por personas formadas en Derechos Humanos, y enfoque diferencial", o bien, "a que se les brinde iguales oportunidades desde un enfoque diferencial, para rendir declaración como a los demás testigos, y se adopten medidas para facilitar dicho testimonio en el proceso penal". Esta Sala ha concretado esos preceptos en casos de indagaciones surtidas por eventos de violencia intrafamiliar así: "...el abordaje de los casos con un enfoque de género implica, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular, toda vez que: (i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos"15. Pero también en el ámbito del juzgamiento, y muy específicamente, en el del razonamiento probatorio, los funcionarios judiciales están vinculados por el enfoque de género. En tal virtud, "los jueces, cuando se encuentren frente a un caso de violencia intrafamiliar o sexual, obligatoriamente deben incorporar criterios de género al solucionar sus casos"16, y, por lo mismo, aquéllos "vulneran el derecho de las mujeres cuando (incurren en la) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones" No en vano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explícitamente ha señalado que "una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas"18». Tal postura ha sido reiterada y aplicada, en relación con casos de violencia contra la mujer, en varias providencias, entre ellas, SP919-2020, SP922-2020, SP931-2020, SP1270- 2020, SP1729-2020, SP3002-2020, SP3274-2020, SP4624- 2020, SP1289-2021, SP1793-2021, SP3614-2021, SP3583- 2021, SP5451-2021 y SP849-2022. Sin embargo, poco se ha profundizado en el entendimiento y aplicación de la perspectiva de género cuando la mujer no es víctima de un acto de violencia de género, sino que concurre al proceso penal como imputada por la comisión de un delito. Similar déficit se ha reconocido en los instrumentos internacionales pertinentes – en concreto, «la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la mujer (CEDAW) y su protocolo facultativo, la Convención de Belem do Pará, en el marco de la OEA, opiniones consultivas (shift la) y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» 19 - pues aunque en aquellos se advierte «un avance significativo para la protección de los derechos de las mujeres... cuando son víctimas u ofendidas del delito... mantienen un velo

de invisibilidad a aquellas mujeres que son acusadas de cometer una conducta delictiva, (pues)... no regulan situaciones específicas respecto a que la realización de la conducta delictiva tenga como origen la violencia de género»³

En el presente asunto la Fiscalía General de la Nación, presentó como pruebas con la que pretende demostrar los supuestos fácticos de la acusación, el dicho de la ofendida señora NATALIA ANDREA AGUIRRE CANO y la de su consanguíneos, LUZ MIRIAN AGUIRRE CANO, - madre, FRANCY HELENA ROMAN AGUIRRE- hermana – y ANDRES FELIPE CALLE AGUIRRE, - hijo-. El Juez de primera instancia, consideró insuficiente estas pruebas para dar por probados los supuestos fácticos de la acusación, pues indicó que indispensable era, contar con prueba médica o psicológica, , copias de historia clínica, o certificaciones de atención médica, que permitieran corroborar lo afirmado por la señora AGUIRRE CANO, pues aunque ella informaba que había sido violentada repetidamente, golpeada, ahorcada, asfixiada ,herida, accedida violentamente por vía anal y vaginal, en un sinnúmero de veces, nunca se aportó constancia alguna que demostrara la materialidad de tales agresiones.

Las consideraciones del señor Juez de primera instancia en tal sentido la Sala no las comparte, en primer lugar, porque parte de la premisa errónea de considerar que a las mujeres víctimas de delitos sexuales para darle credibilidad a su dicho se debe corroborarse hasta la saciedad sus afirmaciones, y esto se evidencia cuando el juez de primera instancia, trayendo a colación apartes de lo expuesto por la señora AGUIRRE CANO, hace especial énfasis en algunas frases bíblicas que esta dama cita, cuando narra que durante los años que fue violentada por su esposo, expuso la calamitosa situación que vivía a la comunidad religiosa a la que hacía parte, y esta le dio a leer algunos pasajes de la biblia como el que el mismo juez trae a colación “*la mujer deja de ser dueña de su carne y le pertenece a su esposo*”, para que soportara con estoicismo dicha situación y buscara solucionar el problema con su cónyuge, lo que lleva al juez a plantear si en efecto todo lo narrado por esta dama si se presentó o se debe a una errónea interpretación que ella hace de los hechos, visto que guardó silencio sobre lo ocurrido durante muchos años cuando lo cierto es que la apreciación integral de lo narrado por la señora AGUIRRE CANO demuestra que ella lo que vivió fue una terrible situación en la que las presiones sociales y religiosas le impidieron denunciar durante tantos años el verdadero infierno que vivió, por lo que en nada importa

³ GUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. Perspectiva de género en el sistema de justicia penal. Delito de oficio. En IFDP (n. 18, 2014),

si en los textos bíblicos estaba o no tal mensaje o si la señora NATALIA lo interpreto inicialmente en forma errónea, lo cierto es que ella soportó durante muchos años violencia física, moral y sexual por parte de su cónyuge como se desprende de su relato y como pasa a explicarse tal relato no tiene asomo de dudas o arroja razones para dudar de la veracidad de lo afirmado como pasa a explicarse.

En efecto NATALIA ANDREA AGUIRRE, en un relato, claro coherente, y pormenorizado, narra cómo fue el suplicio de vivir con su cónyuge JHON FREDY CARVAJAL MENDOZA, mientras vivieron en PACHO y UBATE en el departamento de CUNDINAMARCA y también en SAMACA y SOGAMOSO en el departamento de BOYACA, y finalmente en URRAO donde ella regreso buscando huir de JHON FREDY; indica que su cónyuge era un hombre celoso que con frecuencia la golpeaba por cualquier motivo, le destruía sus enseres y objetos personales, y que cuando ella no quería tener relaciones sexuales con él, este la violentaba, la golpeaba, intentaba ahorcarla y la penetraba por vía anal y vaginal en contra de su voluntad, indicándole que ella tenía el deber de yacer con él por ser su esposa. Esta dama enfatiza que inicialmente creyó que debía soportar tales presiones pues en su sentir los textos bíblicos indicaban que la mujer era propiedad del hombre y debida hacer su voluntad y ella en esa época era una mujer religiosa y por eso no denunció lo ocurrido, relata que muchas veces resultó gravemente herida, tuvo que recurrir a recibir atención médica, presento sangrado por el ano, y llego a sentir tan afectada su vida que por lo menos en dos oportunidades intentó quitarse la vida ante la desesperación que le producía seguir conviviendo con un hombre tan violento, que pidió ayuda en su comunidad religiosa que allí hablaron con su esposo que este prometido cambiar pero continuo con las agresiones, hasta que ya no pudo resistir más huyo a URRAO, allí llegó su esposo siguió agrediéndola y finalmente desesperada decide denunciar lo que ha estado viviendo durante tantos años.

NATALIA ANDREA AGUIRRE contestó una y otra vez las reiteradas preguntas de cómo fue golpeada, abusada, maltratada, ultrajada, al ser indagada por el Fiscal sobre cómo consideraba que había violencia en cuando era accedida por esposo John Fredys en su vagina, responde que porque habían desgarros porque ella no quería y al ella no querer estar con él, obviamente su cuerpo no sentía deseo, que al cogerla a las malas, la maltrataba tanto con los brazos como también en la penetración ya que su cuerpo no estaba preparaba para el acto como tal que su esposo Jhon Fredys la golpeaba más que todo cachetadas y le

jalaba del cabello, que con sus manos bruscamente, le separaba las piernas y allí era donde había una penetración de parte de él hacia ella y era donde muchas veces ella sufría desgarros y hemorragias, y que terminó sufriendo sangrados cuales médicamente no tenían una explicación ya que ella no le contaba a los médicos lo que ella vivía en su casa, lo que explica fácilmente porque no hay constancias hospitalarios de agresión sexual, que es una de las inquietudes que el juez de primera instancia expreso para considerar que no era posible condenar.

Esta narración como ya se reseñó, cuenta una y otra vez diversos eventos violencia sexual, de abuso físico y psicológico, que se repiten en diversos municipios donde la pareja vive, y del que se dan cuenta no solo su progenitora LUZ MARIAN AGUIRRE CANO, sino también, FRANCY HELENA ROMAN AGUIRRE- hermana – y ANDRES FELIPE CALLE AGUIRRE, su hijo, los cuales si bien es cierto no vieron los eventos de acceso carnal violento, si vieron como NATALIA ANDREA, resultaba golpeada, tenía baja estima, y les mencionaba que su cónyuge la accedía carnalmente en contra de su voluntad, narraciones estas que corroboran lo afirmado por la ofendida, pues aunque no presencia el momento de los actos violentos, si informan de las consecuencias de los mismos en el cuerpo y psiquis de NATALIA, además su hijo ANDRES FELIPE, ilustra con claridad, como oye que su madre es golpeada, insultada y maltratada y que esto se repite una y otra vez en los diferentes lugares donde ellos fijan el domicilio conyugal, por lo que el dicho de la ofendida, no aparece aislado y sin ninguna prueba de corroboración.

Ahora que ella esperara tantos años para contar lo que vivía, que soportara estoicamente lo que vivía, que buscara refugio en la religión para soportar y aparentemente justificar el actuar indebido de su cónyuge, en nada le resta credibilidad a su dicho ya enseña la doctrina especializada⁴ que la mujer violentada física y sexualmente muchas veces, por presiones

Como reaccionan las mujeres ante la violencia: “Trata generalmente de calmar al agresor: es condescendiente, se anticipa a cada capricho, permanece “fuera del camino” de él. • “Acepta” sus abusos como legítimamente dirigidos hacia ella: piensa que ella puede merecer ese comportamiento agresivo. • Trata desesperadamente de evitar que él la lastime más. • Se niega a sí misma que está enojada por ser lastimada psicológica y físicamente. • Busca excusas: “tal vez yo merecía esa agresión”, “no tenía la comida a tiempo”, “no planché bien la ropa”, “salí sin decirle hacia donde iba”, “estoy ganando más que él”, “la comunidad me quiere más, etc. • Tiende a minimizar los incidentes al saber que el agresor es capaz de mucho más: “no fue para tanto”, “pudo haber sido peor”, etc. • Tiende a echar la culpa a determinada situación: “tuvo un mal día de trabajo”, “no tiene dinero”, “estaba borracho”, “está muy tenso”, etc. • Tiene esperanza en que con el tiempo todo cambiará: “pronto pasará” • Niega psicológicamente el terror por la inevitable Segunda Fase que se aproxima. • Aumenta el enojo “no reconocido” y conforme avanza esta Fase ella pierde rápidamente el poco control que tenía de la situación. • Las mujeres que ya conocen el

familiares, sociales, religiosas o su misma ignorancia cree que esto es normal, que debe soportarla y por eso no denuncia o pide ayuda, igualmente relaciones afectivas erróneas y sentimientos de dependencia llevan al denominado *síndrome de adaptación paradójica a la violencia*⁵, donde la mujer siempre justifica a su agresor, conducta que se aprecia al oír la extensa narración de NATALIA, vivió durante varios años cuando buscó en la errónea interpretación de pasaje bíblicos justificar el actuar de su esposo, y cuando explica porque no denunció e indica que ella no hizo nada al respecto durante muchos años por dos razones: la primera porque le tenía miedo a la reacción de su conyugue, y la segunda porque tenía 3 hijos y sentía miedo de enfrentarse a un mundo sola con ellos lo que de manera alguna debe interpretarse como que ella lo consintiera o permitiera o mucho menos que porque solo viene a denunciar tiempo después es que esta inventando lo ocurrido, cuando lo cierto es que ella como muchas otras mujeres debió guardar silencio buscando con esto un bienestar para sus hijos así ella estuviere viviendo un verdadero infierno bíblico.

El dicho de la ofendida, como viene diciéndose aparece completo, detallado y preciso en los diversos ultrajes que recibió, explica como pensó que con la ayuda del grupo religioso del que hacía parte podía superar lo vivido y encontrar que su esposo no lo agrediera pero esto no sirvió, ella sigo recibiendo golpes, insultos y continuó siendo agredida sexualmente hasta que intento quitarse la vida y no hay motivo válido para dudar de lo por ella narrado, de otra parte la vieja regla probatoria "*tesis unos, tesis nullius*", no es de aplicación en el sistema procesal penal vigente, y por lo mismo válidamente un testigo único puede sustentar una sentencia condenatoria. Nuestro máximo Tribunal de Justicia al respecto precisa:

ciclo, muchas veces "aceleran" la llegada de la Segunda Fase: "si inevitablemente ésta llegará, entonces en mejor que llegue pronto y pase". <http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/psicologia/2012/sabinadeza.pdf>

⁵ El Síndrome de Adaptación Paradójica, explica cómo las mujeres víctimas de violencia de género desarrollan un paradójico vínculo afectivo con el maltratador, "llegando a asumir las excusas esgrimidas por el agresor tras cada episodio de violencia y aceptando sus arrepentimientos, retirando denuncias policiales". Se describe el SAPVD como un conjunto de procesos psicológicos que, por medio de la respuesta cognitiva, conductual y fisiológico-emocional culmina en el desarrollo de un vínculo interpersonal de protección entre la víctima y el agresor (Montero, 2001), es decir, la mujer crea un vínculo afectivo con su agresor que impide que abandonarle o denunciarle. El Síndrome de Adaptación Paradójica, explica cómo las mujeres víctimas de violencia de género desarrollan un paradójico vínculo afectivo con el maltratador, "llegando a asumir las excusas esgrimidas por el agresor tras cada episodio de violencia y aceptando sus arrepentimientos, retirando denuncias policiales". Se describe el SAPVD como un conjunto de procesos psicológicos que, por medio de la respuesta cognitiva, conductual y fisiológico-emocional culmina en el desarrollo de un vínculo interpersonal de protección entre la víctima y el agresor (Montero, 2001), es decir, la mujer crea un vínculo afectivo con su agresor que impide que abandonarle o denunciarle.

“(...) la Corte ha decantado una pacífica, reiterada e inamovible jurisprudencia⁶ de acuerdo con la cual aquella tesis se encuentra revaluada porque el sistema de valoración probatoria en materia penal no está sustentado en una tarifa legal, sino en la libre y racional apreciación, de suerte que el grado de veracidad otorgado a un hecho no depende del número de testigos que lo afirman, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación del declarante, de su ausencia de intereses en el proceso o de circunstancias que afecten su imparcialidad, y demás particularidades de las que pueda establecerse la correspondencia y verosimilitud de su relato con datos objetivos comprobables.

La Corte ha dejado sentado que a pesar del histórico origen, vivencial o práctico, de la regla que tácitamente invoca el aquí recurrente (tesis unos, tesis nullius), la rigidez del axioma determina que el método de valoración probatoria conduzca a la frustración de resultados en la investigación del delito, pues impide cualquier esfuerzo racional del juzgador y desestimula el ejercicio de la acción penal al oponerse a la realidad de que en muchos casos el declarante puede ser real o virtualmente testigo único e inclusive tener tal condición tan solo la propia víctima.

Contrario a lo que traduce el postulado en cuestión, en la sistemática procesal penal que impera en Colombia desde hace ya bastante tiempo (Decreto 050 de 1987, artículos 253 y 295; Decreto 2700 de 1991, artículos 254 y 294; Ley 600 de 2000, artículos 238 y 277, y Ley 906 de 2004, artículos 380 y 404), en materia de valoración probatoria no hay disposición normativa que le indique al operador judicial qué valor debe darle a un testimonio, pues esa es una labor eminentemente intelectual anclada en la persuasión racional de acuerdo con los postulados que informan la sana crítica, esto es, atendiendo los principios lógicos, las leyes de la ciencia y las máximas de la experiencia o el sentido común, a fin de convencerse razonada, científica y técnicamente para llegar a la decisión que en derecho corresponda.

No cabe duda que lo ideal, lo que se espera, es que en la investigación de una conducta punible se incorporen pluralidad de pruebas de distinta fuente y naturaleza, que individualmente apreciadas y, luego, confrontadas unas con otras, permitan una reconstrucción lo más aproximada posible a la verdad histórica, para de esa manera llegar a una conclusión jurídica fiable por la concordancia y convergencia de hechos o aseveraciones.

Sin embargo, ese que es el deber ser no en todos los casos se alcanza —aun cuanto en el presente evento sí se consiguió, anticipa la Sala— y, en tratándose de la prueba testimonial lo más importante desde el punto de vista legal y razonable, es que existan y se pongan a funcionar los referentes empíricos y lógicos previstos en la respectiva legislación procesal, los cuales no necesariamente emergen de otras pruebas, tales como la naturaleza del objeto percibido, la sanidad de los sentidos por medio de los cuales se captaron los hechos, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, la personalidad del declarante, la forma como hubiere declarado y otras singularidades detectadas en el testimonio, datos que

⁶ Cfr. Sentencias de casación de 12 de julio de 1989, radicación 3159; 15 de diciembre del 2000, radicación 13119; 8 de julio y 17 de septiembre de 2003, radicaciones 18025 y 14905, respectivamente; 28 de abril de 2004, radicación 22122; 17 de septiembre y 27 de octubre de 2008, radicaciones 28541 y 26416, respectivamente (entre muchas otras).

ordinariamente se suministran por el mismo deponente y, por ende, dan lugar a una suerte de control interno y no necesariamente externo de la prueba.”⁷

En ese orden de ideas, aunque efectivamente no se trajo una valoración médica o psiquiátrica, que hubiere sido sin lugar a dudas un elemento de prueba muy esclarecedor, porque los mismos falten o porque no se cuente con las historias de atención médica, que corroboren lo afirmado por la ofendida de todas las veces que debió buscar atención hospitalaria, no resulta posible concluir como lo hace el señor juez de primera instancia, que su dicho no pueda ser tomado como suficiente para condenar porque no existe ninguna prueba que lo corrobore, cuando lo cierto es que los testimonios de los consanguíneos traídos a juicio si corroboran circunstancias narradas por NATALIA, de cómo su esposo siempre la celó, la golpeó, la ultrajó, la siguió una vez ella lo abandonó y trató de buscar la paz que no tenía junto a él en URRAO, sin embargo allí llegó el acusado y volvió y la violentó, la anexo y siguió sometiéndola a todos los abusos físicos y psicológicos que durante varios años ejecutó lo que permite entonces llegar al grado de convencimiento mínimo exigido para que se profiera una sentencia condenatoria.

No podemos pasar por alto que en nuestro sistema procesal penal rige el principio de la libertad probatoria⁸, no la de la tarifa legal, como para considerar que para condenar por un delito sexual necesariamente se deba contar con prueba científica que acredite para el caso el acceso carnal o la violencia, pues esto pueden demostrarse por cualquier medio valido, incluido el testimonio de la propia víctima, del cual además no encuentra la Sala motivo alguno para sospechar del mismo, y como se tiene diciendo aparece corroborado en varios aspectos por lo afirmado por sus familiares, así estos nunca vieran los eventos de

⁷ Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 1º de julio de 2009 radicado: 26869, Magistrado Ponente JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

⁸ “...el área penal rige el principio de libertad probatoria y, por ende, la apreciación de las pruebas debe hacerse, en forma conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; así las cosas, la apreciación de las diversas pruebas allegadas en desarrollo del proceso penal deben ser valoradas de manera autónoma por el juez de conocimiento, partiendo de una apreciación lógica y razonada. De otro lado, nuestro sistema penal sólo de manera excepcional exige la tarifa probatoria, es decir que ciertas circunstancias o hechos puedan ser probados a través de unos mecanismos expresamente señalados en la ley.”. SP 401 del 20021

acceso carnal violento, pero si los estigmas, que los mismos dejaron en el cuerpo y comportamiento de NATALIA ANDREA.

Debe aquí advertirse que aunque la defensa presentó varias pruebas, consistentes en las declaraciones de DIEGO YOVANY PETRO, SANDRA MILENA CASTIBLANCO, MARITZA GOMEZ Y CAMILO, y estas personas señalaron que la relación de pareja de NATALIA Y FREDYS siempre fue armoniosa, no podemos pasar por alto que aquí se trata de un delito que se comete al interior del hogar, no a la vista de amigos y parientes, por lo tanto no debe extraernos que amigos, conocidos, compañeros de trabajo y vecinos no se percataran de nada de lo ocurrido, además como lo expreso reiteradamente la señora NATALIA ANDREA, ella pensó que lo que vivía debía soportarlo sin decir nada porque era su designio como mujer sometida al hombre, y si esto era así indudable es que ella no comentaría lo ocurrido a sus vecinos y conocidos.

En ese orden de ideas, contrario a lo que se plantea en la sentencia de primera instancia, si resulta acreditada la comisión del delito de acceso carnal violento y por lo tanto si es posible emitir una condena. Ahora bien, debe advertirse que aunque la señora NATALIA, narra un sinnúmero de delitos de los que fue víctima como ya se anunció al inicio de esta providencia inexplicablemente la fiscalía solo decidió imputar y acusar por un concurso de acceso carnal violento, y por lo tanto solo sobre dicho punible se puede condenar, y teniendo en cuenta que al ser cuestionada en desarrollo del interrogatorio por parte de la FISCALIA, si había sido accedida carnalmente cuando vivían en URRAO, ella precisó que en dicho municipio solo ocurrió un evento de acceso carnal narrándolo que retorno a URRAO el 15 de mayo, y él llegó el 2 de agosto del mismo año 2015, que él buscó la congregación de "los testigos de Jehová" por la cual la ubicó; que recuerda que en el mes de octubre de ese año, salió a trabajar hacer un aseo en la vereda "San José" y cuando llegue a su casa, él estaba en una actitud muy agresiva y le dijo que cuando era que ella le iba a corresponder como mujer, porque él vivía en una habitación aparte pero en la misma casa, más no en la misma habitación porque él le estaba demostrando que había cambiado y que ya no la iba a maltratar, y que como legalmente estaban casados, ella le dio esa oportunidad; entonces el 14 de octubre él llegó de trabajar y llegó muy agresivamente delante de sus tres hijos que estaban en una habitación los tres, y luego empezó a discutir con ella y empezaron a forcejear los dos, que entonces él le dio un golpe en el cuello y luego sentía que escuchaba

pero era incapaz de moverse, y que debido al forcejeo terminaron en la habitación siguiente que estaba separada por unas tablillas de la habitación de los niños y podían presenciar lo que él estaba haciendo con ella, que luego él dañó su ropa y la tiró a la cama y empezó a accederla carnalmente y la penetró por delante y por detrás, y la desgarró, que sangraba y tenía heridas tanto en su vagina como en el ano, que ella gritó mucho incluso los vecinos alcanzaron a escuchar sus gritos, y que cuando eso vivían en el sector de “las orquídeas” del municipio Urrao; que ella no gritaba para que la escucharan sus hijos sino que gritaba para que alguien llamara a la policía y la ayudaran; que al otro día él se levantó a trabajar como ayudante de construcción, y le recordó las palabras de la comunidad religiosa “que ella era su esposa y tenía que corresponderle como tal”.

Tal narración que hace la señora NATALIA ANDREA sin lugar a dudas permite tener como acreditado uno de los punibles de acceso carnal violento por el que se acusó,- el ocurrido el 14 de octubre del 2015 como se consignó en la acusación, pero solo es posible condenar por ese evento, pues en las premisas de la acusación, se indicó que se acusaba por un concurso de acceso carnal violento, cometidos todos en URRAO, sin embargo en el juicio como ya se avizoró solo el evento antes reseñado ocurrió en dicho municipio y los otros muchos que padeció durante todos los años de matrimonio, fueron en diverso municipios de CUNDINAMARCA y BOYACA, pero tales premisa fácticas nunca se incluyeron en imputación o en la acusación, lo que impide entonces entrar a condenar por conductas no incluidas en el marco de la acusación, y por lo mismo la sentencia que ahora se emite solo podrá ser condenatoria por un evento de acceso carnal violento, obrar en sentido contrario, y considerar que si hay un concurso de conductas punibles, pero que estos se cometieron en otros municipios no mencionados en la acusación, es ir en contra del principio de congruencia, que es un pilar de nuestro sistema de responsabilidad penal, y aquí lamentablemente el Ente instructor no elaboró debidamente las premisas de la acusación y tal falencia no puede ahora entrar a solucionarse condenado por lo no incluido en la acusación, así esto aparezca debidamente probado en desarrollo del juicio, visto se insiste en que nunca se menciona en el pliego acusatorio eventos de acceso carnal violento acaecidos en los municipios de PACHO, UBATE O SOGAMOSO entre otros, falencia grave del Ente Instructor que no puede ahora solucionar el fallador.

Así las cosas como se viene anunciado lo procedente es revocar la sentencia de primera instancia, y entrar a condenar a JHON FREDYS CARVAJAL MENDOZA, por el acceso delito de acceso carnal violento agravado, visto que ejecutó la conducta contra un miembro de

su núcleo familiar, su cónyuge y madre de sus hijos, circunstancia esta que fue debidamente proba con las estipulaciones probatorias efectuadas sobre la existencia del matrimonio y los hijos procreados entre CARVAJAL MENDOZA y la señora NATALIA AGUIRRE, y visto además que no milita en la actuación prueba alguna que señale que el procesado no estaba en capacidad de comprender la ilicitud de su conducta y ordenar su comportamiento conforme a tal comprensión, y que su actuar fue siempre consciente y querido, al ejecutar actos que él quería y sabía eran contrarios a la ley.

- **Filiación del condenado.**

JHON FREDYS CARVAJAL MENDOZA, con cédula de ciudadanía 71.769.012 expedida en Medellín (hijo de RAFAEL y MARÍA DOMINGA, nacido en el municipio de Carepa (Antioquia) el 17 de agosto de 1976, estado civil casado, grado de instrucción secundaria, ocupación: oficios varios, reside en la Carrera 2ª. Oeste Número 20-02, barrio "Aposentos" del municipio de Zipaquirá teléfono 3226884638

- **De la tasación de la pena.**

El delito de acceso carnal violento es sancionado con una pena que va de 12 a 20 años, si se da en la modalidad agravada- pues al ser el acusado cónyuge de la víctima, se configura la causal prevista en el artículo 211 numeral 5 del Código Penal, por ejecutarse la conducta contra la cónyuge, por lo que la pena se aumenta de 1/3 parte a la mitad, quedando entonces los cuartos de movilidad punitiva entre 16 y 30 años de prisión.

Los cuartos de movilidad quedan entonces el primero hasta 19 años y 6 meses, los cuartos medios hasta 24 años y 6 meses y el cuarto máximo hasta 30 años, al no imponerse causales de mayor menor punibilidad, debemos ubicarnos en el cuarto mínimo y como quiera que no se aprecian motivos para abandonar el límite inferior de la pena, la misma se fija en 16 años de prisión.

Como accesoria se impone la de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo termino.

- **De la libertad.**

Visto el monto de pena impuesta no hay lugar a mecanismos sustituidos de la pena de prisión, en consecuencia, se librar orden de captura para que se cumpla con la pena aquí impuesta, en el establecimiento que el INPEC señale, el tiempo que estuvo el procesado en detención domiciliaria durante la actuación hasta la absolución de primera instancia, se tendrá como parte de la pena cumplida.

Otras determinaciones.

Dese curso a las comunicaciones de rigor para dar publicidad a la sentencia, y en firme la misma se dará tramite al incidente de reparación integral en el juzgado de primera instancia.

La presente providencia fue discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia materia de impugnación emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao y en su lugar condenar a JHON FREDYS CARVAJAL MENDOZA a la pena de 16 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de tiempo, como autor y responsable del delito de acceso carnal violento agravado- Artículos 205 y 2011 numeral 5 del Código Penal.

SEGUNDO: CARVAJAL MENDOZA, no tiene derecho a ningún subrogado en consecuencia se libraré orden de captura para el cumplimiento de la pena impuesta, para lo cual se solicitará al INPEC asigne un establecimiento a tal fin. Se tendrá como parte de la pena que debe cumplir el tiempo que estuvo en detención domiciliaria en la presente actuación hasta que se dictó la sentencia absolutoria de primera instancia.

TERCERO: Líbrese las comunicaciones de rigor para dar publicidad a la sentencia en firme la misma se remitirá la actuación a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad para la vigilancia de la pena y se podrá tramitar el incidente de reparación integral en el juzgado de primera instancia.

CUARTO: Contra esta decisión procede tanto el recurso extraordinario de casación que deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, como el de impugnación especial⁹, visto que se trata de una sentencia condenatoria en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

⁹ AP 2118-2020, radicado 34017, tras analizar los efectos de la sentencia de la Corte Constitucional SU-146-2020 y repasar las directrices que han sido sistematizadas en las decisiones CSJ AP 2235-2020 y CSJ AP 2330-2020

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **1d558e70c00d7dbd719ba558633cad7c7878db7cb8c65148f822b93fe0ff766e**

Documento generado en 13/03/2023 02:33:02 PM

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

Proceso No: 05-282-31-04001-2023-00003 NI: 2023- 0362

Acusado: JUAN CARLOS ORJUELA

Delito: ACOSO SEXUAL

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Fredonia

Motivo: Apelación auto niega nulidad

Decisión: Confirma negativa

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

Proceso No: 05-282-31-04001-2023-00003

NI: 2023- 0362

Acusado: JUAN CARLOS ORJUELA

Delito: ACOSO SEXUAL

Origen: Juzgado Penal del Circuito de Fredonia

Motivo: Apelación auto niega nulidad

Decisión: Confirma negativa

Aprobado por medios virtuales mediante acta No. 40 de marzo 13 del 20223

Sala No: 6

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

Medellín marzo trece de dos mil veintitrés.

1. Objeto del pronunciamiento. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto emitido el pasado 28 de febrero del año en curso por el Juez Penal del Circuito de Fredonia, que negó petición de nulidad que elevaba la defensa.

2. Actuación procesal relevante.

La Fiscalía general de la Nación presentó escrito de acusación en contra de JUAN CARLOS ORJUELA, con la siguiente relación fáctica:

“Desde el mes de julio del 2022 , días después de que el educador JUAN CARLOS ORJUELA llegara a laborar a la institución educativa ORLANDO VELASQUEZ ARANGO DEL CORREGIENTO Bolombo para impartir la materia de matemáticas, valiéndose de la relación

de autoridad o poder sobre sus alumnas V. T. B. y A. M. C. de 16 y 17 años respectivamente y por espacio aproximado de 3 meses con insinuaciones y preguntas de connotación sexual a la joven V.T.B. le preguntó que cuando consideraba merecer en la nota con la materia y eta le respondió que un cuatro, y el le indicó que lo que quería era ponerla en cuatro y colocarle un babydoll para el quitárselo; en otra ocasión estando en compañía de A.M.C.G. el imtuado le manifestó a esta última que si le daba algo ella podía pasar la materia , lo mismo para V. T. ,por quedarse callada, igualmente en una oportunidad estando en el salón de clases comentó el educador que el pagaba por dos aplicaciones pornográficas manifestándole a A.M.C.G. que si creaba una cuenta en noli fans plataforma de contenido sexual el pagaba por ella”.

El pasado 28 de febrero del año en curso al dar inicio a la audiencia de acusación y ante la pregunta que hiciera el Juez a las partes si había observaciones al escrito de acusación la defensa indicó que requería se precisara la fecha exacta de los hechos de la acusación, pues no estaba debidamente establecidos los eventos en tiempo, modo y lugar y conforme a la jurisprudencia de la Sala Penal, es indispensable que los hechos jurídicamente relevantes estén debidamente circunstanciados para poder ejercer a cabalidad el derecho de defensa.

Se le dio el uso de la palabra a la Fiscalía e indicó que las menores ofendidas, no podían establecer fechas exactas, pero que le aclaraba a la defensa que los hechos presentaron desde el año 2022, desde el mes de Julio y por espacio aproximada de 3 meses por que las adolescentes no tiene fechas exactas, pero si se presentaron en varias oportunidades, pero A.M.C.G. refiere 3 episodios de asedio y hostigamiento verbal, igualmente V.T.B., manifiesta que desde el mes de julio y a los pocos días de haber llegado fue que inicio sus insinuaciones de carácter verbal, a su vez ella menciona dos episodios, especialmente sugestivos que concretaran la conducta, pero se presentaban situaciones permanentes de incomodidad, fechas exacta no la tiene, ellas ni siquiera sabía que eso podía constituir un delito, pero fue en ese lapso de tiempo

El defensor replicó que no se presentaban los hechos jurídicamente relevantes en debida forma, el juez consideró que si, indicando que comparados los mismo con lo consignado en la imputación aparecían que había plena concordancia, y que estos habían sido delimitados claramente, por lo que dispuso entonces continuar con la audiencia, a lo cual al defensa replicó que solicitaría entonces una nulidad.

Fundamento su petición de nulidad, en la necesidad de que la acusación condene una relación clara y detallada de los hechos jurídicamente relevantes, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia, haciendo extensas citas de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Penal , en una larga intervención en la que expuso una y otra vez la necesidad de que los hechos jurídicamente relevantes se limiten en tiempo y en espacio, señaló que no había fechas exactas de los hechos, de otra parte no se precisaba el verbo rector de la forma como se consumaba la conducta de acoso sexual, ni se identificaban los diversos elementos del tipo penal, lo que configura en su sentir una grave afrenta al debido proceso y el derecho de defensa, pues no se sabe en concreto de que cargos se debe defender. Preciso además que siendo este un tipo penal alternativo debía precisarse cuál era el verbo rector en que se configuraba la conducta y toda la circunstancias que son propias del tipo penal lo que no se presenta en el escrito de acusación e impide entonces el cabal ejercicio del derecho de defensa, de otra parte no se indica como se van a probar los hechos de la acusación.

A su vez tanto la representante de la Fiscalía General de la Nación como el abogado de víctimas, indicaron que la acusación se encontraba debidamente delimitada en tiempo y espacio, que las víctimas no podían recordar fechas exactas por lo tanto no se suministran en la acusación pero esta se ajusta a los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

3. Auto de Primera Instancia.

La petición de nulidad fue despachada en forma negativa con los siguientes argumentos:

Inicialmente señala que las solicitudes de nulidad cuando se hacen en audiencia, deben de ser coherentes, precisas y razonables y la petición del togado defensor no reúne tal condición, hace extensas referencias a pronunciamientos jurisprudenciales pero en concreto no precisa como la acusación no está debidamente formulada, la Fiscalía explica que las víctimas no recuerdan la fecha exacta de los hechos, por ende no se puede exigir que tal información se indique en la acusación pero los hechos mencionan los diversos eventos en que el acusado hizo insinuaciones de tipo sexual a las dos jóvenes estudiantes, con lo que evidente es que si se presentan los hechos jurídicamente relevantes, delimitando circunstanciadamente cada evento, como, cuando y ante quien se presentó, en ese orden de ideas no encuentra razón alguna para decretar la nulidad deprecada por la defensa.

Ahora la acusación no se ha materializado, ni el proceso se adelanta aún, el defensor está pidiendo que se desarrollen aspecto subjetivos del tipo penal, que aun no se agotan, por lo tanto no encuentra viable que se proceda a la nulidad. Lo que ahora reclama el defensor sobre el verbo rector y otros aspectos subjetivos, no resulta procedente pues ni siquiera la acusación se ha materializado, visto que esta aún no se verbaliza por parte del ente instructor.

4. Apelación.

Inconforme con la determinación el abogado defensor, interpone recurso de apelación que

fundamenta de la siguiente manera:

Vislumbra una violación a lo previsto en los artículos 2, artículo 337 y literal h del artículo 8 del Código de Procedimiento, que implica que se debe revocar la negativa de decretar la nulidad, pues efectivamente en este caso, hay una evidente una violación en aspectos sustanciales al debido proceso y el derecho de defensa, pues no hay una relación clara y suscita de los hechos jurídicamente relevantes, en relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, concretamente en la de tiempo, que no es totalmente clara, y esto puede dar al traste con el principio de congruencia.

Señala que como la acusación presentada no es completa, y no se dio claridad al hacerse las observaciones, no se puede materializar finamente el acto de acusación, pues esta no reúne las exigencias legales y con esto se afecta no solo el debido proceso sino también el derecho de defensa, pues no se conoce las circuncisa de tiempo, no de hora, sino de tiempo concreto.

Considera que los cargos no se presentan en forma univoca, y no se puede decir que en la imputación estén si definidos y que por eso se soluciona lo referente a la acusación, no se conoce cuál es el verbo rector ni los diversos elementos subjetivos del tipo, si no se presenta adecuadamente la acusación, no es posible ejercer a cabalidad el derecho de defensa, pues no se conoce de que se debe defender y con esto se afecta igualmente el debido proceso.

En el traslado a lo no recurrentes tanto el abogado de víctimas como la representante de la Fiscalía General de la Nación solicitaron la confirmación de la providencia recurrida, enfatizaron sobre la claridad de las premisas fácticas, e insistieron que el acto de acusación aun no culmina por lo que imposible es entrar a decretar su nulidad.

5. Para resolver se considera

Procederá la Sala a ocuparse de los planteamientos de los si la nulidad demanda esta llamada a prosperar, pues en la acusación no se están presentado en debida forma los hechos jurídicamente relevantes.

Lo primero que se debe resaltar que la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha trazado una amplia línea sobre la necesidad de que los hechos jurídicamente relevantes se presenten en debida¹ forma , a fin de garantizar a la persona destinataria de

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

“«Es frecuente que en la imputación y/o en la acusación la Fiscalía entremezcle los hechos que encajan en la descripción normativa, con los datos a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, e incluso con el contenido de los medios de prueba. De hecho, es común ver acusaciones en las que se transcriben las denuncias, los informes ejecutivos presentados por los investigadores, entre otros. También suele suceder que en el acápite de “hechos jurídicamente relevantes” sólo se relacionen “hechos indicadores”, o se haga una relación deshilvanada de estos y del contenido de los medios de prueba. Estas prácticas inadecuadas generan un impacto negativo para la administración de justicia, según se indicará más adelante. [...] Sí, como suele suceder, en la imputación y/o la acusación la Fiscalía se limita a exponer los medios de prueba del hecho jurídicamente relevante, o los medios de prueba de los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, equivale a que hiciera el siguiente planteamiento: “lo acuso de que María asegura haberlo visto salir corriendo del lugar de los hechos, y de que un policía judicial dice que le encontró un arma, etcétera”. Lo anterior no implica que los datos o “hechos indicadores” carezcan de importancia. Lo que se quiere resaltar es la responsabilidad que tiene la fiscalía general de la Nación de precisar cuáles son los hechos que pueden subsumirse en el respectivo modelo normativo, lo que implica definir las circunstancias de tiempo y lugar, la conducta (acción u omisión) que se le endilga al procesado; los elementos estructurales del tipo penal, etcétera. Tampoco debe entenderse que las evidencias y, en general, la información que sirve de respaldo a la hipótesis de la Fiscalía sea irrelevantes. Lo que resulta inadmisibles es que se confundan los hechos jurídicamente relevantes con la información que sirve de sustento a la respectiva hipótesis [...]. [...] Errores como los descritos en páginas precedentes no sólo desconocen lo dispuesto en los artículos 288 y 337, en el sentido de que los hechos jurídicamente relevantes deben expresarse de manera sucinta y clara, sino que además generan situaciones que afectan severamente la celeridad y eficacia de la justicia. Lo anterior sucede en eventos como los siguientes: (i) se relacionen de forma deshilvanada “hechos

la acusación la posibilidad de conocer con precisión cuales son los hechos por los cuales se está llamando a responder penalmente, igualmente la precisión de tales premisas fácticas, permite establecer sin dubitación que será lo objeto de prueba en desarrollo del proceso; De ahí la importancia que la Fiscalía² sepa delimitar tales aspectos fácticos que permitan la apertura formal de la fase de juzgamiento sin vicio alguno que vulnere las garantías fundamentales de las partes.

Descendiendo al caso que nos ocupa se aprecia, tanto de lo consignado en el escrito de acusación, como de lo anunciado por la Fiscalía una vez dio respuesta a los requerimientos del señor defensor, que el ente instructor cumple a cabalidad con los mínimos presupuestos que debe contener una acusación en lo que se refiere a los hechos jurídicamente relevantes,

indicadores” y/o el contenido de los medios de prueba, pero no se estructura una hipótesis completa de hechos jurídicamente relevantes; (ii) la falta de claridad en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía, impide delimitar el tema de prueba; (iii) en la audiencia de acusación se le proporciona información al Juez, que sólo debería conocer en el juicio oral, con apego al debido proceso probatorio; (iv) las audiencias de imputación y acusación se extienden innecesariamente, y suelen tornarse farragosas; (v) la falta de claridad de la imputación y la acusación puede privar al procesado de la posibilidad de ejercer adecuadamente su defensa; (vi) las omisiones en la imputación o la acusación puede generar impunidad, como cuando se dejan de relacionar hechos jurídicamente relevantes a pesar de que los mismos pueden ser demostrados (elementos estructurales del tipo penal, circunstancias de mayor punibilidad, etcétera)».

² Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP5660-2018 Radicación no 52311 del 11 de diciembre de 2019 señala: “En el ámbito penal, la relevancia jurídica de un hecho depende de su correspondencia con los presupuestos fácticos de la consecuencia prevista en la norma (CSJSP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599, entre otras). Al respecto, la Sala ha reiterado lo siguiente: (i) para este ejercicios indispensable la correcta interpretación de la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal debe verificar que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) debe establecerse la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido de que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación –entendida en sentido amplio–, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación(idem).

pues aunque es cierto no precisa la data concreta de cada uno de los días en que se presentaron los diversos eventos de presunto acoso que ejecutó el señor JUAN CARLOS ORJUELA sobre sus alumnas lasa adoleces V. T. B. y A. M. C. , si indica para cada una de ellas cuales fueron los eventos, y en que consistieron los mismos, aclarando además la representante del Ente instructor, que las adolescentes no pudieron señalar el día concreto de las insinuaciones, pero delimitándola al año en que esas estudiaban con el señor JUAN CARLOS ORJUELA, a partir del mes de julio del 2022, en un periodo de tres meses, por lo tanto si esta es la información con la que cuenta la Fiscalía para la elaboración de las premisas fácticas, no se puede como lo pretende la defensa exigirle señale una fecha concreta, con mes y día pues quienes se presentan como víctimas no pueden fijarlo, sin embargo, como se viene diciendo si se establece en concreto cuales eventos de supuesto abuso son, quienes es la víctima, como se presenta, con lo que al sentir de la Sala la conclusión a la que arribó el señor juez de primera instancia resulta totalmente acertada, pues evidente es que si se le esta dando respuesa a las observaciones de la defensa, y si se están presentado de forma clara y precisa los hechos jurídicamente relevantes así como lo reconoce la misma fiscalía resulte imposible dar con exactitud el día y mes de los diversos eventos noticiados en la acusación.

Ahora bien, el señor defensor, después de realizada las observaciones al escrito de acusación, cuando pide la nulidad, aborda otros aspectos que no tuvo en cuenta al formular las primera observaciones, como que los elementos de prueba relacionados no demuestran los hechos por los que se acusa o que no se precisa el verbo rector que se esta imputado, al respecto debe indicarse que discusiones sobre si la relación de elementos materiales en efecto perite demostrar o no la ocurrencia de los hechos, no tiene nada que ver con una nulidad, si en efecto el ente instructor no puede demostrar con las pruebas que anuncia los supuestos de la acusación, agotado el debate probatorio se verán las consecuencia de esto, pero de manera laguna implica que por esto se deba entrar anular

la acusación.

Ahora bien, en relación a la mención que hace el defensor que en su sentir la acusación no contiene el verbo rector por el cual se llama a responder a su asistido, debe reiterarse como ya se anuncio previamente que tal glosa no la hizo en las observaciones iniciales, que versaron sobre la falta de la ubicación temporal de los hechos jurídicamente relevantes, y de otra parte como lo pone en evidencia el señor Juez y el apoderado de víctimas al recorrer el traslado aquí aún no se ha materializado la formulación de la por lo tanto si bien es cierto bien se puede aún pedir a la Fiscalía precise al momento de verbalizar la acusación cual de los verbos recortes contenidos en el artículo 2010 A es el que considera se presenta conforme a la imputación jurídica que esta formulando, lo que implica entonces que de manera alguna se puede llegar ahora al remido extremo de la nulidad, pues al no culminar la audiencia, pues aun no se verbaliza la acusación, puede el Ente instructor dar respuesta a este requerimiento de la defensa, y precisar cual de los verbos rectores contenidos en el articulo 2010 A del Código Penal, es el que se adecua a la presentación de los hechos jurídicamente relevantes que hace y precisar entonces por cual conducta punible en forma concreta es que se llama a responder penalmente al señor ORJUELA. Las nulidades se rigen por varios principios entre los cuales encontramos el de Residualidad que en palabras de la Corte Suprema de Justicia- Sala Penal³- a implica “, *que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad*”, y aquí al momento de verbalizarse la acusación la fiscalía debe proceder a indicar cual es el verbo rector por el que está acusando.

En ese orden de ideas no encuentra la Sala motivo alguno para entrar a revocar la providencia materia de impugnación al no encontrar razón para decretar la nulidad

³ Auto del 30 de noviembre del 2011.M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. RADICADO 37298.

deprecada por la defensa.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la providencia materia de impugnación de conformidad a lo señalado en el cuerpo motivo de este proveído.

SEGUNDO: Contra lo aquí resuelto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Alexis Tobón Naranjo

Secretario

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **79a300e618aff61ad3fff1f1bf4dd4d2576f6eaab88d7c6806356813cef7bfe2**

Documento generado en 13/03/2023 02:32:26 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 050456000202200022 **NI:** 2022-1995-4
Acusado: JESUS ALBEIRO CANO VALENCIA
Delito: Concierto para delinquir, secuestro extorsivo y hurto calificado y agravado
Decisión: Confirma negativa preclusión
Aprobado Acta No 40 de marzo 13 del 2023

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

Medellín, marzo trece dos de dos mil veintitrés.

I. OBJETO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpone la delegada de la Fiscalía General de la Nación y la defensa contra el auto emitido el pasado 7 de diciembre del 2022 en el que el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado negó petición de preclusión. La presente actuación se recibe dentro de la descongestión ordenada por el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA en relación a despacho del magistrado PLINIO MEDIETA PACHECO.

II. ACTUACION PROCESAL

El pasado 2 de julio del 2022 la Fiscalía General de la Nación presentó solicitud de preclusión con fundamento en la ausencia de intervención del imputado en la conducta enrostrada e imposibilidad de derruir la presunción de inocencia en favor de JESUS ALBERIO CANO VALENCIA.

En audiencia efectuada el pasado 18 de octubre del 2022 la representante del Ente instructor expuso los hechos jurídicamente relevantes indicando que hacia el último trimestre del año 2020 los señores ALEX DE JESÚS GUTIERREZ CAÑAVERAL y YAN SEGUNDO GUTIERREZ ACOSTA en asocio con los señores ARTURO PEREIRA LEON y TOMAS MANFRED CAMPOS DE OLIVERA, plenamente identificados e individualizados acordaron crear una

organización con el fin de cometer secuestros extorsivos en el Urabá Antioqueño, con permanencia en el tiempo siendo todos familia (padre, hijos y yerno), quienes llevaron a cabo un secuestro extorsivo el 7 de noviembre de 2020, un segundo secuestro el 30 de marzo de 2021 caso matriz de la ruptura procesal que se hizo, se demuestra la existencia de una organización criminal familiar con injerencia en el municipio de Apartadó y sus alrededores, debidamente jerarquizada y estructurada conformada por un número plural de personas dedicadas a cometer secuestros extorsivos agravados, hurto, entre otras, corroborándose que el accionar de esta organización puso en peligro el bien jurídico de la seguridad pública y encuadrándose la conducta punible del artículo 340 Incisos 2 y 3 del C.P. Los miembros de esta organización retuvieron, ocultaron y torturaron al señor JUAN GUILLERMO NOREÑA RENDÓN desde el 30 de marzo de 2021 hasta el 8 de abril de 2021, donde fue encontrado su cuerpo sin vida debajo del puente de la variante del Municipio de Apartadó, con el único fin de obtener un beneficio económico ilícito, apropiándose también de un vehículo tipo camioneta de placas TJP 407 donde se desplazaba la víctima el día 30 de marzo de 2021. En el otro caso de secuestro extorsivo quedó registrada la consignación al número de cuenta bancaria del señor JESÚS ALBEIRO CANO VALENCIA, por exigencias económicas que ALEX DE JESÚS GUTIERREZ CAÑAVERAL estaba haciendo al padre de la víctima de dicho hecho, dicha cuenta fue pedida prestada por tener mucha confianza el señor ALEX DE JESÚS GUTIERREZ con el señor JESÚS ALBEIRO CANO VALENCIA por haber criado a su hermano y una estrecha relación personal con él, por lo tanto el señor CANO VALENCIA le prestaba la tarjeta, la cuenta y conocía la clave de acceso a la misma. Posteriormente dichos miembros de la organización son capturados el 26 de mayo de 2021 en virtud de órdenes de captura emitidas por autoridad judicial, el señor YAN SEGUNDO GUTIERREZ ACOSTA ofrece un interrogatorio donde esclarece como fue la participación y planeación de los delitos cometidos, corroborando quienes participaron en esos hechos. Igualmente el defensor del señor JESÚS ALBEIRO CANO VALENCIA presentó evidencia allegada y corroborada por la Fiscalía, adjuntándose la entrevista realizada al procesado donde manifiesta por qué se vio vinculado en esta investigación, dando cuenta de que es pensionado del magisterio, soltero, sin hijos biológicos, pero que ha brindado vivienda, comida, educación y apoyo a jóvenes con escasos recursos económicos para acceder a educación superior, manifiesta que ha brindado confianza, apoyo y cariño a los hermanos ALEX DE JESÚS GUTIERREZ CAÑAVERAL y YAN RICARDO GUTIERREZ CAÑAVERAL, indica que nunca se ha visto inmerso en investigación penal hasta antes del presente proceso, manifiesta ser inocente y desconoce quiénes son los integrantes de la organización y los hechos ocurridos, relata que como ALEX DE JESÚS GUTIERREZ CAÑAVERAL tenía acceso a

su apartamento, cuenta bancaria, se la pidió prestada para que le consignaran un dinero y también su teléfono celular para hacer llamadas desconociendo el señor JESÚS ALBEIRO CANO VALENCIA que fuera para cometer actos delictivos, valiéndose el señor ALEX DE JESÚS GUTIERREZ de la confianza y el cariño depositado en él para utilizar estos elementos como medios para cometer delitos sin percatarse el señor CANO VALENCIA de lo que ocurría. Recalca el precitado ciudadano que en la entrevista que desconocía las actividades delictivas a las que se dedicaba ALEX DE JESÚS, quien siempre tuvo acceso ilimitado a su vivienda, las comodidades de la misma como su televisor, computador, además de su cuenta bancaria y teléfono celular que utilizaba para hacer llamadas y ver videos, agregando que siente defraudada la confianza que le brindo a este joven

Por lo tanto sostiene la delegada de la Fiscalía General de la Nación que Jesús Albeiro Cano Valencia no pertenecía a dicha organización, no hay evidencia de que este ciudadano haya hecho parte de esta estructura y que haya participado en los hechos y conductas delictivas descritas anteriormente, se puede corroborar esto también con el interrogatorio rendido por uno de los indiciados, lo que llevó al señor Cano Valencia a estar implicado en el presente proceso penal fue el abuso de confianza de Alex de Jesús Gutiérrez Cañaverál por haber vivido con el señor Cano Valencia durante más de 9 años, por lo tanto hay una ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, el hoy procesado no participó en ninguno de estos hechos delictivos, agrega que si se agota el juicio oral no se encontrarán elementos que permitan emitir en su contra una sentencia condenatoria .

A su vez defensor de JESÚS ALBEIRO CANO VALENCIA presentó como evidencia que corrobora el pedimento de la Fiscalía entrevista realizada a su asistido donde manifiesta por qué se vio vinculado en esta investigación, dando cuenta de que es pensionado del magisterio, soltero, sin hijos biológicos, pero que ha brindado vivienda, comida, educación y apoyo a jóvenes con escasos recursos económicos para acceder a educación superior, manifiesta que ha brindado confianza, apoyo y cariño a los hermanos ALEX DE JESÚS GUTIERREZ CAÑAVERAL y YAN RICARDO GUTIERREZ CAÑAVERAL, indica que nunca se ha visto inmerso en investigación penal hasta antes del presente proceso, manifiesta ser inocente y desconoce quiénes son los integrantes de la organización y los hechos ocurridos, relata que como ALEX DE JESÚS GUTIERREZ CAÑAVERAL tenía acceso a su apartamento, cuenta bancaria, se la pidió prestada para que le consignaran un dinero y también su teléfono celular para hacer llamadas desconociendo el señor JESÚS ALBEIRO CANO VALENCIA que fuera para cometer actos delictivos, valiéndose el señor ALEX DE JESÚS

GUTIERREZ de la confianza y el cariño depositado en él para utilizar estos elementos como medios para cometer delitos sin percatarse el señor CANO VALENCIA de lo que ocurría. en la entrevista que desconocía las actividades delictivas a las que se dedicaba ALEX DE JESÚS, quien siempre tuvo acceso ilimitado a su vivienda, las comodidades de la misma como su televisor, computador, además de su cuenta bancaria y teléfono celular que utilizaba para hacer llamadas y ver videos, agregando que siente defraudada la confianza que le brindo a este joven.

IV. AUTO PRIMERA INSTANCIA.

El Juez Quinto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, en decisión del pasado 7 de diciembre del año inmediatamente anterior, desestimó las pretensiones de la Fiscalía, señalando que para que proceda la preclusión por las causales previstas se requiere que se encuentre absolutamente acreditadas las cuales propuesta, y los elementos materiales probatorios que acompañan las solicitudes de la fiscalía si ponen de presente la ejecución de la conducta, punible, y aunque el señor CANO VALENCIA rinde una entrevista donde pone de presente que fue utilizado, pues sin su autorización, se utilizó su cuenta para consignar dineros producto de una extorsión, lo cierto es que no se ha corroborado en debida forma las manifestaciones que al respecto hace dicha persona lo que impide en conducencia considerar que en efecto el no participó en la elección del a conducta imputada, o mucho menos que sea imposible derruir la presunción de inocencia.

V. DEL RECURSO.

Inconforme con la determinación la representante la Fiscalía general de la Nación y la defensa interponen el recurso de apelación.

La delegada del Ente Instructor señala que el Juez de primera instancia no valoró adecuadamente los medios de prueba que se le pusieron de presente y que evidencia la total ausencia de compromiso penal del señor CANO VALENCIA, en las conductas de secuestro , concierto para delinquir y hurto, y que si bien es cierto él tiene cercanía con unos e los responsables d la misma, no por esto es puede concluir que él en efecto hubiere participado en dichas conductas, por el contrario aprovechado de la confianza que le tenia a ALEX DE JESÚS GUTIERREZ CAÑAVERAL y YAN RICARDO GUTIERREZ CAÑAVERAL, estos

indebidamente utilizaron la cuenta del procesado para buscar que en ella se realizaran pagos a cobros extorsivos que venía efectuado.

Pretender que se debe ir a un juicio para corroborar lo que ya está demostrado es un desgaste innecesario para la administración de justicia, por lo que reclama se revoque la providencia materia de impugnación.

El abogado defensor, reclama igualmente se revoque la providencia de primera instancia, indica que hay entrevistas que corroboran lo afirmado por el imputado sobre su totalidad ajenidad con los hechos las cuales pide al Tribunal sean debidamente valoradas, y por lo tanto se proceda con la preclusión reclamada.

El señor Procurador, al descorrer el traslado como no recurrente inicia su intervención señalando que aquí la defensa tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Pena, no tiene legitimidad para interponer recurso de apelación, pues no está facultado para solicitar la preclusión, vista las causales esbozadas y la etapa procesal en la que se encuentra la misma, por lo que solo se pronuncia en relación al pedimento de la Fiscalía el que considera insuficiente para revocar la providencia recurrida, pues las entrevistas recibidas no han sido corroboradas.

VI. PARA RESOLVER SE CONSIDEA

El asunto que requiere la atención de la Sala lo es establecer si resulta posible decretar la preclusión que reclama la Fiscalía general de la Nación, que fuera negada por el Juez de Primera Instancia decisión respecto de la cual la tanto la delegada del ente como el interponen recurso de apelación.

Previo a esto debe advertirse que visto el estado actual de esta investigación donde materialmente no se inicia la etapa de juicio, carecen de legitimación los defensores para solicitar preclusión y por lo mismo para impugnar el auto que niega la preclusión pedida por la Fiscalía, tal y como de vieja data lo ha fijado la jurisprudencia de la Sala Penal visto las causales en las que se funda la pretensión de la Fiscalía, por lo que lo anotado por el señor Procurador al descorrer el traslado de la apelación resulta acertado.

Sobre la legitimidad de la defensa frente a las pretensiones de preclusión la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹ precisa:

"El artículo 332 de la aludida ley procesal establece: "El fiscal solicitará la preclusión de la investigación en los siguientes casos...", es decir, que él, y sólo él, atendiendo su condición de titular de la acción penal, acorde con el esquema legal previsto para el sistema de procesamiento penal acusatorio, es quien, en principio, puede solicitar la terminación del proceso por el motivo citado, como que se trata de una prerrogativa procesal a él reservada en la fases de la indagación preliminar y la investigación, pues en la del juzgamiento el Ministerio Público y el defensor también pueden solicitar al juez de conocimiento la preclusión sólo por las causales señaladas en los numerales 1 y 3 del referido artículo 332, es decir, "por imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal" o "inexistencia del hecho investigado", respectivamente.

Tanto el aludido interviniente como el sujeto procesal pueden solicitar en la investigación la preclusión, pero solamente por los motivos expresamente referidos en los artículos 175 y 294 de la ley 906 de 2004.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, al decidir acerca de la exequibilidad del artículo 332 respecto a la facultad privativa del fiscal de solicitar la preclusión en las fases de indagación e investigación, precisó:

"En este sentido, se ha venido sosteniendo reiteradamente que el principio de igualdad de armas puede admitir limitaciones, especialmente justificables en la etapa de investigación penal, puesto que a pesar de que es fundamental que las partes cuenten con los medios procesales suficientes para defender sus intereses en el proceso penal, esa igualdad de trato no puede conducir a la eliminación de la estructura de partes que consagra el sistema penal acusatorio. De hecho, incluso, algunos doctrinantes sostienen que, por la naturaleza misma del sistema penal acusatorio, el principio de igualdad de armas es incompatible y no se hace efectivo en la investigación, en tanto que el equilibrio procesal a que hace referencia esta garantía solamente puede concretarse cuando las partes se encuentran perfectamente determinadas, por lo que, sólo en el juicio, puede exigirse que el ataque y la defensa se encuentren en situación de igualdad. De todas maneras, a pesar de que la defensa también podría preparar el juicio mediante la búsqueda de elementos probatorios y de evidencias que desvirtúen la posible acusación, lo cierto es que en la etapa de la investigación el rol fundamental corresponde a la fiscalía general de la Nación porque ella tiene a su cargo la tarea de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al imputado.

"[...]

"En consecuencia, no podría concluirse que para efectos de garantizar la igualdad de armas en el proceso penal, la defensa también debería tener la posibilidad de solicitar la preclusión de la investigación penal con idénticas condiciones a las señaladas al órgano investigador, o que la defensa tendría absolutamente todas las facultades que tiene el ente acusador o que, por el contrario, la fiscalía debería tener todas las ventajas probatorias que con la presunción de inocencia ampara a la defensa, pues ello no sólo desconocería los diferentes roles que asumen las partes en el proceso penal, sino que dejaría sin efectos las etapas del proceso penal que el constituyente diseñó para que cada

¹ Auto 28984 del 2008

uno de los intervinientes desempeñen sus tareas dirigidas a lograr la justicia material. Luego, resulta evidente que, por la estructura misma del proceso penal acusatorio, la igualdad de armas entre la defensa y la Fiscalía se concreta y se hace efectiva principalmente en la etapa del juzgamiento”².

En ese orden de idea la Sala solo se ocupará de los argumentos que como recurrente plantea el Ente Instructor.

En el presente caso, la Fiscalía solicita la preclusión con fundamento en el numeral 5 y 6 del artículo 332 del C.P.P., por lo que a la luz de la norma en comento se encuentra cabalmente habilitado para obrar en tal sentido, sin embargo tal y como se concluyó en la providencia materia de impugnación, tal pretensión no está llamada a prosperar, pues los motivos que fundamentan tal petición de manera alguna permiten dar por probada las eventualidades contemplada en los numerales 4 y 5 de la norma en comento, superando el estándar de prueba requerido más allá de duda razonable de la ocurrencia de las causales propuestas.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia³ sobre el asunto en comento refirió:

“Pues bien, la preclusión de la investigación es una figura de tipo procesal que conduce a la terminación del proceso con fuerza de cosa juzgada, que puede suscitarse tanto en la fase de indagación como en la de juzgamiento, pero en esta última únicamente por las causales contempladas en los numerales 1 y 3 del artículo 332 de la ley 906 de 2004.

Dicha forma de terminar los procesos, en principio es de uso exclusivo del titular de la acción penal, valga decir la fiscalía general de la Nación, pues de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución, es la que decide si los elementos materiales probatorios recaudados durante el curso de una investigación, reúnen el mérito suficiente para acusar o para finiquitar el procedimiento que se adelanta.

Sin embargo, tal exclusividad no es perenne y se mantiene hasta que culmina la etapa investigativa, momento a partir del cual, según lo señala el parágrafo del artículo 332 del estatuto procesal penal, tanto el fiscal como el Ministerio Público y la defensa pueden invocar la figura de la preclusión, pero de manera restrictiva ajustados a las causales objetivas consagradas en los numerales 1 y 3 de la mencionada norma.

Sobre el particular tema ya la Sala, en reiterados pronunciamientos, ha enseñado que:

² Corte Constitucional, sentencia C-118 de 2008

³ Radicado 45638, Auto AP2607 – 2016, Magistrado ponente Luis Guillermo Salazar Otero.

“Como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, de conformidad con los artículos 250 de la Constitución Política y 200 de la Ley 906 de 2004, está en cabeza de la fiscalía general de la Nación el ejercicio de la acción penal y la prosecución de la indagación e investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, siempre que medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la probable existencia de la misma.

Es decir, como fue despojada de funciones jurisdiccionales, el legislador facultó a la fiscalía para solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando, con arreglo a la ley, no hubiera mérito para acusar.

Los artículos 331 al 335 de la Ley 906 de 2004 regulan el tema relacionado con la preclusión, permitiendo al fiscal solicitar al juez de conocimiento esa decisión en cualquier etapa de la actuación, -indagación, investigación y juzgamiento-, si no existe mérito para acusar y se comprueba la existencia de cualquiera de las siguientes causas:

- 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal;*
- 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad de acuerdo con el Código Penal;*
- 3. Inexistencia del hecho investigado;*
- 4. Atipicidad del hecho investigado;*
- 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado;*
- 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; y*
- 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho código.” (CSJ SP del 15 de febrero de 2010, Rad. 31767).*

Ahora bien, como quiera que la declaratoria de preclusión por parte de un Juez implica que se generen efectos de cosa juzgada, la Corte, en pretéritas ocasiones, ha insistido en que se requiere que la solicitud tenga una adecuada sustentación y argumentación que logre demostrar la estructuración de la causal alegada.

Es decir, no basta con que el interesado y habilitado para pedir la preclusión, según la etapa procesal en la que se encuentre el trámite, indique la causal en la cual basa su petición, sino que requiere demostrarla mediante elementos y argumentos que logren persuadir al juzgador de instancia, máxime cuando ya se ha presentado una acusación formal en contra del encausado, según ocurre en este asunto.

Sobre la necesidad de argumentar, sustentar y demostrar en debida forma la estructuración de la causal invocada, la Sala ha dicho:

“Lo primero que cabe anotar es que al Fiscal no se le entrega plena disposición en lo que atiene a la decisión de terminar o no prematuramente el proceso, en tanto, luego de verificar que, en efecto, se materializa la causal

específica, ha de acudir ante el juez a demostrar su existencia, derivando en pretensión su convencimiento.

Entiende la Corte que en virtud de la particular tarea investigativa adelantada por la Fiscalía y conforme las vicisitudes propias de la misma, es al fiscal a quien le compete, con pleno conocimiento de causa, verificar el alcance de esos medios recogidos y, en lo que atiende a la causal sexta inserta en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, determinar si con ellos es o no posible desvirtuar la presunción de inocencia, a la luz de circunstancias no solo probatorias, sino materiales y logísticas.

Entonces, en principio, es el criterio del fiscal el que debe gobernar la decisión.

Empero, como en el diseño procesal se exige directa y profunda intervención del juez y, además, por virtud de la naturaleza del mecanismo y su efecto sustancial de cosa juzgada, es necesario que se haya demostrado fehacientemente la causal invocada, del primero se demanda, para que su pretensión tenga buena fortuna, ofrecer elementos objetivos que permitan verificar cubiertos a satisfacción los requisitos que determinan la imposibilidad de continuar con el proceso. (CSJ AP314-2016)

En otra oportunidad señaló:

La fuerza de cosa juzgada que entraña la preclusión como decisión que pone fin al ejercicio de la acción penal de manera anticipada, exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma exista conocimiento más allá de toda duda razonable. (CSJ AP449-2016)

Descendiendo a lo planteado en la solicitud de preclusión, se tiene que el Ente instructor esta dado pleno crédito a las explicaciones que presenta el señor CANO VALENCIA de prácticamente haber sido utilizado para la ejecución de diversos secuestros, pues de manera indebida allegados a él que si están siendo procesados, abusando de su confianza utilizaron su cuenta bancaria personal para que allí se consignar los pagos, y su teléfono móvil para perpetrar diversos secuestros, conductas que ejecutaron sin que el tuviera conocimiento de lo que en efeto estaba pasando situación que es corroborada con a versión de quienes si ejecutaron tales ilicitud y han rendido entrevistas a tal fin.

Sin embargo como lo plantea el señor Juez de Primera instancia, este simple echo de constatar las entrevistas de los supuesto implicados, así algunos de ellos busquen sacar en limpio el nombre de CANO VALENCIA, debe cumplirse para que resulta suficiente para

considerar sin lugar a dudas que en efecto el señor CANO VALENCIA no tenía conocimiento de que su cuenta estaba siendo utilizada para la ejecución de un delito, o que sus allegados sin su consentimiento utilizaban su teléfono para coordinar su actuar ilícito, por lo tanto aunque se esboce de lo hasta ahora recopilado por la Fiscalía, que al parecer JESUS ALBEIRO fue un simple instrumento en la ejecución de varios secuestros extorsivos, y en el manejo de los recursos del grupo al margen de la ley dedicado a dicha actividad, lo cierto es que esa condición debe estar totalmente acreditada y la actuación investigativa de la fiscalía, que valga la pena decir ha sido más de recopilar lo que la defensa le trae, que de indagar si lo consignado en las entrevistas expuestas es cierto, no permite llevar al convencimiento necesario para tener demostradas las cuales de preclusión alegadas en ese orden de ideas la providencia materia de impugnación debe ser confirmada.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Contra lo aquí resuelto no procede recurso alguno.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **73f2e59020917294d3934e1badd361e2bf0e102beba64f2187e3d57d119ac8fe**

Documento generado en 13/03/2023 03:50:53 PM

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

Proceso No 050 154 60 991 52 2022 00005 NI: 2023-0366
Procesados: JONATAN PARRA RAMIREZ, WILMAR CANO, ALEJANDRO CASTAÑEDA Y BRAIDER ALEXIS
TAPIAS
Delito: Porte ilegal de armas
Motivo: Apelación de auto niega prueba sobreviniente
Decisión: Confirma

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No. 050 154 60 991 52 2022 00005 **NI:** 2023-0366
Procesados: JONATAN PARRA RAMIREZ, WILMAR CANO, ALEJANDRO CASTAÑEDA
Y BRAIDER ALEXIS TAPIAS
Delito: Porte ilegal de armas
Motivo: Apelación de auto niega prueba sobreviniente
Decisión: Confirma
Aprobado acta No: 40 de marzo 13 del 2023 **Sala No: 6**

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

Medellín, marzo trece del dos mil veintitrés.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN. -

Resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto emitido por el Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia calendado a 27 de febrero del año en curso en el que se negó el decreto de una prueba sobreviniente que elevaba la defensa. La actuación arriba a esta Corporación el pasado 8 de marzo del año en curso desde la oficina de apoyo judicial.

II. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES. -

En desarrollo de la audiencia del juicio oral después de presentada las estipulaciones probatorias y expuestos algunos testigos, la Fiscalía informó que los acusados interpusieron

una acción de tutela ante la Corte Suprema de Justicia contra la decisión tomada en la audiencia preparatoria que negó una solicitud de exclusión probatoria, decisión que fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia y como quiera que en el escrito de tutela hicieron algunas manifestaciones sobre los hechos materia de juzgamiento resulta imperioso la incorporación como prueba de tal escrito de tutela, visto que con lo allí plasmado se podrá conocer la verdad de lo ocurrido, y dicha acción de tutela solo vino a interponerse después de realizada la audiencia preparatoria lo que habilita entonces la solicitud de prueba sobreviniente.

A tal pretensión se opone tanto la representante del Ministerio Público como la defensa, señalando la primera que no entiende como un mecanismo de defensa como es la tutela pueda convertirse ahora como una prueba de cargo, además la fiscalía no cumple con la carga de señalar los requisitos de la prueba sobreviniente para el caso en concreto, a su vez la defensa, replica en primer lugar que no se le descubrió el aludido escrito de tutela, y de manera alguna el mismo puede entenderse como una prueba sobreviniente, pues no prueba nada.

III. PROVIDENCIA IMPUGNADA. -

El Juez de instancia, procedió a referirse a los requisitos para que la prueba sobreviniente proceda, señalando que en el presente caso independientemente de que un escrito de tutela pueda ser un documento que tenga vocación probatoria, lo cierto es que es contiene una declaración de los acusados, y estos no están obligados a declarar, ni en el sistema procesal penal vigente existe la confesión como prueba trayendo para esto a colación un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, por lo tanto imposible es que se pretenda ahora introducir una supuesta confesión de los acusados bajo el ropaje de una prueba sobreviniente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN. -

La Fiscalía interpone el recurso de apelación y señala que se encuentra en el escenario procesal idóneo para decretar esa prueba sobreviniente, considera que se dan todos los elementos propios para la solicitud y decreto de la misma, que en primer lugar no estaba obligado a descubrir el escrito de tutela, pues la defensa tenía el deber de conocer lo que sus representados interponían, de otra parte confunde el Juez el precedente jurisprudencial que cita, pues lo cierto es que toda persona que es acusada tiene derecho a guardar silencio pero si decide renunciar a este lo que diga puede ser usado en su contra, aquí los procesados tenía derecho a guardar silencio, pero si deciden interponer una tutela, lo que en ella digan pueden ser usado en su contra, si bien es cierto no hay norma que regule en concreto este aspecto, nada lo prohíbe y si estos hicieron una narración de los hechos en un trámite fuera de este proceso, es válido que el mismo pueda ser traído al juicio para que se conozca la verdad de lo ocurrido conforme a lo admitido por los acusados en dicho escrito de tutela.

La representante del Ministerio Público, insiste en que no se debe decretar la prueba sobreviniente reclamada por la Fiscalía indica que aquí se está pretendiendo traer apartes del ejercicio del derecho de defensa de los acusados como elemento material, bajo la excusa de que constan en un documento, cuando lo cierto es que no tiene la condición de prueba.

Por su parte la defensa reclama la confirmación de la providencia impugnada, indica que él no tiene conocimiento del escrito por lo que no se le descubrió y no puede suponerse como lo predica el fiscal que tenía el deber de saber todo lo que sus asistidos ejecutan en

desarrollo de su defensa, de otra parte la Fiscalía no cumplió con el deber de argumentar todos los requisitos de ley para la prueba sobreviniente.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA. -

El asunto que concita el interés de la Sala es establecer si se reúnen los requisitos de ley para decretar el testimonio que está reclamando la fiscalía general de la Nación, para que se decrete como prueba sobreviniente.

En lo que respecta a la prueba sobreviniente, el artículo 346 de la ley 906 de 2004, atribuye al juez de conocimiento la facultad de refutar aquellos elementos probatorios y evidencia física de los cuales concluya, no han observado el trámite de descubrimiento probatorio conforme al artículo 344 y 356 ibidem. Empero lo expuesto como regla general, se erige una excepción en caso de establecerse la omisión de los elementos aludidos *“por causas no imputables a la parte afectada”*, en efecto el aludido artículo 344 dispone:

“Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el alcance que deviene de la norma en cita, en los siguientes términos:

“Existe, sin embargo, la posibilidad de que ya en el juicio oral alguna de las partes intervinientes solicite la práctica de una prueba, la cual podrá ser decretada por el Juez, si se reúnen las condiciones exigidas en el inciso final del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, que ese medio de prueba solicitado se hubiere

encontrado durante el desarrollo del juicio, que sea muy significativo por su incidencia en el juzgamiento y que, por ende, deba ser descubierto”.

“Un caso de esta naturaleza podría presentarse cuando de una prueba practicada en el juicio surja la necesidad de practicar otra; o cuando en desarrollo del juzgamiento alguna de las partes ‘encuentre’ o se entere sobre la existencia de un medio de conocimiento que antes ignoraba, por alguna razón lógica y atendible”.

“No clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que, conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubiesen enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello, por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe”¹.

En ese orden de ideas, para determinar si es meritorio otorgar el carácter de sobreviniente a un medio probatorio, preliminarmente es necesario determinar si la inoportunidad en su descubrimiento obedece a causas atribuibles a la parte interesada, bien sea por incuria, negligencia o mala fe. De lo contrario, es decir, sin que concurra alguna causa atribuible a quien solicita la práctica de la prueba aludida, su admisión resulta posible.

Ha indicado también el Alto Tribunal, que:

“aunque el inciso final del artículo 344 alude a elemento material probatorio y evidencia física, tal enunciación no se refiere exclusivamente a los medios de convicción puntualizados en el artículo 275 de la misma Ley 906 de 2004, sino a todo aquel que tenga la potencialidad de convertirse en prueba una vez sea practicada en el juicio oral (tal el caso de los testigos cuya declaración se solicita), según los términos del artículo 377 ibidem, como lo entiende la misma disposición primeramente citada cuando en su parte final utiliza la expresión “prueba” para reiterar la excepcionalidad de su admisión en el evento de concurrir los presupuestos allí regulados.”²

¹ Sentencia del 30 de marzo de 2006. Rad. 24468.

² Sentencia radicada 30645, de 4 de marzo de 2009. MP María del Rosario González de Lemos.

En el presente caso, la Fiscalía apuntala su pedimento de prueba sobreviniente en señalar que después de la audiencia preparatoria los procesados inconformes con la decisión de primera y segunda instancia que negó una solicitud de exclusión probatoria interpusieron una acción de tutela, y como quiera que en el texto de dicha tutela estos hicieron algunas manifestaciones sobre los hechos, indispensable es que ahora se incorpore como prueba dicho documento de tutela para conocer las manifestaciones que estos hicieron las cuales resultan tener relación con los hechos, permite esclarecer lo ocurrido y en verdad conocer cómo se presentaron los mismos. Agrega en la apelación que aquí tales manifestaciones las hicieron los procesados, después de que fueron capturados y por lo tanto sabían las repercusiones de declarar y por lo tanto como la ley lo habilita, lo que se diga pese a tal advertencia puede ser usado en su contra, lo que habilita entonces a la fiscalía a pedir se trata como prueba dicho escrito de tutela.

Al respecto debe indicar la Sala, que el señor Fiscal bajo el ropaje de una prueba sobreviniente, este pretendiendo se decrete para él una declaración anterior de los acusados, olvidando que en nuestro sistema procesal la declaración del acusado, solo puede ser ofrecida por el mismo o su defensor, estando vedado a la Fiscalía obligar a declarar al acusado, pues este se encuentra amparado por el derecho a guardar silencio, bajo ese entendido si no se le puede llamar a declarar, mucho menos se puede entonces pedir que se incorporen cualquier manifestación anterior que estos hicieron previo al juicio en relación a los hechos, pues de hacerlo como lo predica el juez de primera instancia se daría al traste con el derecho a la no incriminación.

Ahora bien, es cierto que cuando el acusado decide declarar, renunciando al derecho a guardar silencio, se somete a las mismas reglas del testimonio³ lo que habilita a la

³ Así lo señala la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al indicar: “ La normatividad procesal en cita inequívocamente dispone que la declaración del imputado, al menos en lo que a su práctica respecta, es

contraparte si se tiene declaraciones previas que este hubiere rendido para usarlas para impugnar la credibilidad de su dicho, sin embargo, tales declaraciones previas solo serán válidas si previo a rendirlas se le advirtió sobre su derecho a guardar silencio, pues de lo contrario tales manifestaciones resultaría contraria al derecho de no autoincriminación, y aquí el señor Fiscal nunca cuando eleva su solicitud hace mención a que pretenda usar el escrito de tutela que los acusados presentaron para tal fin, si es que al momento del ofrecimiento de prueba de la defensa, estos deciden renunciar al derecho a guardar silencio y declarar, por el contrario en la argumentación de la apelación, señala que como es una confesión, la que contiene dicho escrito de tutela debe admitirse, situación que de manera alguna faculta el decreto de prueba pedido, pues así el señor fiscal diga que en ese escrito hay una confesión y al misma debe ser traída a juicio, ya la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de precisar cuáles son las características de la confesión en materia penal e indicó:

“Dos características especiales ha tenido la confesión en lo penal: la primera, que no puede ser provocada mediante interrogatorio de parte sometido a la formalidad previa del juramento, y la segunda, que ha de ser corroborada por otros medios de prueba, características éstas que se encuentran ausentes en lo civil, materia en la cual ha sido posible siempre provocar la confesión como ocurría en la antigua absolción de posiciones, hoy transformada en el interrogatorio de parte con ritualidades y consecuencias específicas, entre ellas la confesión ficta o presunta, lo que no ocurre en materia penal, en la cual la confesión ha de ser siempre expresa, de un lado; y, de otro, en cuanto la confesión en materia procesal civil, no requiere ser corroborada por otros medios de prueba, en aquellos casos en que el hecho sobre el cual versa es susceptible de prueba por medio de ella, pero siempre podrá ser infirmada por cualquier medio de prueba, lo que, como se ve, es diferente de lo que sucede en el proceso penal.”

Si en momento alguno los acusados han sido advertidos que lo que pudieron decir en un escrito de tutela puede ser tomado como confesión, mal puede entonces decirse que se

reputada como un testimonio y, en tal condición, en principio debería llevarse a cabo “de acuerdo con las reglas previstas en este código”. AUTO AP 6357 DEL 2015.

debe admitir ahora como confesión tal escrito de tutela, pues de hacerlo paradójicamente como lo señala la representante del ministerio público, terminaremos usando un mecanismo de defensa que usaron los procesados en su contra, tomando lo que alegaron cuando interpusieron la tutela como una confesión, cuando de manera alguna tales manifestaciones tenían tal connotación.

De otra parte, haciendo una extraña interpretación del contenido del artículo 8 de la Ley 906 del 2004, indica que como quiera que a los acusados al momento de su captura se les dijo que tenían derecho a guardar silencio, y que si declaraban esto podría ser usado en su contra, como ahora interponen una acción de tutela, significa que renunciaron al derecho a guardar silencio, sin que en momento alguno ponga en evidencia en ese escrito de tutela- que por demás tanto el Juez de Primera Instancia como esta Sala conocen-, al ser destinatarios pasivos de dicha acción de tutela, ya fallada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴, en efecto los acusados hubieren renunciado al derecho guardar silencio, y concedores de tal renuncia hicieren manifestaciones inculpativas sobre los hechos materia de juzgamiento lo que hace entonces totalmente improcedente el pedido que ahora eleva el señor fiscal, así hipotéticamente, pues nunca lo expuso así en su petición, lo que él pretende es usarlas para confrontar una presunta declaración en juicio de los acusados.

En consecuencia, la providencia recurrida será confirmada.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal,

⁴ STP17113 del 22 de noviembre del 2022.

Proceso No 050 154 60 991 52 2022 00005 NI: 2023-0366
Procesados: JONATAN PARRA RAMIREZ, WILMAR CANO, ALEJANDRO CASTAÑEDA Y BRAIDER ALEXIS
TAPIAS
Delito: Porte ilegal de armas
Motivo: Apelación de auto niega prueba sobreviniente
Decisión: Confirma

RESUELVE:

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

SEGUNDO: Contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Firmado Por:

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

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

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

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

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

Código de verificación: **4e790ba072f6a22f3cc0cac9584ecca13b1bed595300bb498d065d0aa834913c**

Documento generado en 13/03/2023 03:50:43 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicación No.05615600034420220076

NI: 2023- 0312

Acusado: ALEJANDRO DE JESUS SALAZAR OYAGA

Delito: Tráfico, Fabricación o Porte de armas de fuego

Decisión: Confirma

Aprobado Acta virtual: 40 de marzo 13 del 2023

Sala No.: 6

Magistrado Ponente: **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome**

Medellín, marzo trece de dos mil veintitrés

I. ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra el auto emitido el pasado 23 de febrero del 2023 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, que no aprobó preacuerdo puesto a consideración de la judicatura.

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

II. HECHOS Y ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

Para lo que resulta de interés de esta decisión se tiene que la Fiscalía General de la Nación, y el señor ALEJANDRO DE JESUS SALAZAR OYAGA, el día que debía llevarse a cabo la audiencia de acusación el pasado 23 de agosto del 2022 informan que han suscrito un preacuerdo, en el cual por la aceptación de responsabilidad en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se le reconoce al imputado como una ficción y solo para efectos de la punibilidad la condición de cómplice y se pacta una pena de 55 meses

de prisión.

Tal y como consta en la audiencia de imputación celebrada el pasado 5 de abril del 2022, y como se ratifica en el escrito de acusación presentado el pasado 5 de julio de 2022 los hechos jurídicamente relevantes son los siguientes:

“El pasado 5 de abril del 2022 a eso de las 04.45 horas las cámaras de seguridad de televisión ubicadas en el sector de la Galería la 47 de Rionegro, captan el momento en que un individuo defiende de una camioneta color blanco de placas JUO876 por la portezuela llevando en sus manos al parecer un arma de fuego.

Del centro de monotiro y conato de este municipio alertaron a la policía d vigilancia quien momentos después se desplaza a la carrera 47 con calle 56 sector la Galería y tras detecatr al automotor con las características e idetida de placas ya referenciado abordar a los ocupantes quienes dijeron llamarse ALEJANDRO DE JESUS SALAZAR OYAGA Y JUAN DAVID DIAZ CORTES a continuación hallaron al interiro de la guantera un revolver SMITH & WESSON calibre 32 largo con número interno 61612 probalemtne regrabado. Ninguno de los ocupantes exhibió permiso para porte o tenencia de arma de fuego.”

La conducta imputada lo fue la descrita en el artículo 365 del Código Penal, bajo el verbo rector portar o tener en un lugar”, no se imputaron causales de agravación .

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez de primera instancia considera que conforme a los parámetros fijados por la Corte Constitucional a la hora de estudiar los preacuerdos, resulta indispensable no solo verificar las garantías fundamentales de la persona que se somete a un preacuerdo, sino también que este tenga consonancia con la realidad fáctica, y revisada la acusación advierte que en la relación fáctica se menciona que fueron dos las personas que ejecutaron la conducta y la misma se ejecutó en un medio motorizado, sin embargo, tales hechos que constituyen

motivos de agravación de la conducta descrita en el artículo 365 del Código Penal, no fueron considerados por la Fiscalía en la imputación, y ahora que se solo por efectos del preacuerdo se concede una ostensible disminución de la pena, al considerar que debe responder como cómplice, resulta totalmente desproporcionado lo pactado en el preacuerdo celebrado después de presentada la acusación, lo que impide entonces que se le imparta aprobación vista las falencias ostensibles que existen en la imputación jurídica, vista la realidad fáctica.

IV. APELACION

El defenso del procesado SALAZAR OYAGA interpone recurso de apelación el que sustenta indicando que aquí no hay ningún benéfico desproporcionado pues la adecuación típica de la conducta corresponde a la que imputó el ente instructor y la única modificación que se hace producto del preacuerdo es la ficción de aplicar la pena del cómplice, no se puede reclamar por unas supuesta causales de agravación que nunca fueron consideradas por el Ente instructor al momento de la imputación, la cual se esta respetado en el preacuerdo . La Fiscalía es la dueña y señora de la imputación, y por lo tanto tiene autonomía para presentar la imputación como lo considere pertinente.

En el traslado a los no recurrentes la representante del Ente instructor indicó que se estaba a lo dispuesto por la Juez de primera instancia y que reformularía el preacuerdo, el defensor del otro procesado indicó que no tenía ningún interés en pronunciarse pues su asistido no era cobijado por el preacuerdo.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

“Las diferencias entre esta modalidad de acuerdo y otras utilizadas en la práctica judicial. En la práctica se han utilizado otras modalidades de acuerdo, que tienen diferencias relevantes con la abordada en el numeral anterior.

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

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

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

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

Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (como en el evento analizado en el numeral anterior). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja,

pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

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

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

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

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

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

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

Según se ha venido indicando, en la SU479 la Corte Constitucional analizó dos casos que guardan

similitud con el asunto sometido a conocimiento de la Sala, pues en todos ellos el cambio de la calificación jurídica dio lugar a una rebaja punitiva superlativa, equivalente a más del 80% de la pena establecida legalmente para los hechos objeto de investigación y juzgamiento.

La Corte Constitucional resaltó que (i) el cambio de calificación jurídica, cuando no tiene base fáctica, no puede ser utilizado para conceder beneficios desproporcionados; (ii) los acuerdos deben ajustarse al marco constitucional y, puntualmente, a los principios que los inspiran; y (iii) en cada caso, los fiscales deben considerar las directivas emitidas por la Fiscalía General de la Nación.

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior se aviene a la jurisprudencia de esta Corporación sobre la posibilidad que tienen los jueces de emitir sentencia condenatoria a pesar de que la Fiscalía solicite la absolución (CSJSP, 25 mayo 2016, Rad. 43837, entre otras), toda vez que en esa regla subyace la idea de que el fiscal no puede disponer a su arbitrio de la acción penal.

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

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

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

Al respecto, la Sala encuentra que la Ley 906 de 2004 consagra una amplia regulación de los

beneficios que pueden otorgársele a los procesados, que abarcan desde las rebajas por el allanamiento unilateral a los cargos, hasta la posibilidad de otorgar inmunidad total o parcial en el ámbito del principio de oportunidad.

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

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

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

Así, por ejemplo, si el allanamiento a cargos ocurre en la formulación de imputación, comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena. Si la procesada toma esa decisión en el juicio oral, la rebaja será de una sexta parte. En estas normas subyace un parámetro objetivo para establecer el monto de la rebaja punitiva, según el cual la misma debe ser mayor cuando la decisión del procesado de optar por la

Bajo la misma lógica, el artículo 352 establece límites para los acuerdos ocurridos con posterioridad a la acusación, mientras que el artículo 351 prohíbe la concesión de beneficios plurales.

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

En todo caso, no puede perderse de vista que los beneficios más amplios, en el ámbito de la colaboración con la administración de justicia, están reservados para quienes prestan este tipo

de colaboraciones. Así, podrá tenerse una mirada sistemática del ordenamiento jurídico, que permitacomprender los límites de las concesiones en sede de preacuerdos. Terminación anticipada de la actuación entraña menos desgaste para el Estado.

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

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

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

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

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

***"Primero.** En virtud de un acuerdo no es posible asignarle a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que **en la condena** se opte poruna calificación jurídica que no corresponde a loshechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; (ii) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asumeque el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos pueden desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando seutilizan para solapar beneficios*

desproporcionados.

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

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

Descendiendo al caso puesto a consideración encontramos que tal y como lo expuso la Juez de Primera Instancia, el acuerdo no es aprobado porque la rebaja otorgada resulta desproporcionada, visto que aunque es de aquellos que sin mutar la realidad fáctica se echa mano a otras normas penales para lograr una rebaja punitiva como lo es la de la complicidad sin embargo, como se indica en la sentencia citada en precedencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, aunque es viable este tipo de acuerdos, se exige dar aplicación al principio de discrecionalidad y **“además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una**

modificación de los cargos correspondea un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador”; y de lo expuesto por el Fiscal al presentar el preacuerdo, el cual se suscribe después de presentado el escrito de acusación, ninguna mención se hace de las razones por las cuales cuando se hizo la imputación a pesar de que fácticamente se describían hechos jurídicamente relevantes que son constitutivos de causales de agravación del artículo 365 del Código Penal, como lo es ejecutar la conducta en medio motorizado, u obrar en coparticipación criminal, tales circunstancias de agravación no se incluyeron, resultando entonces a todas luces desproporcionado que se le termine otorgando ahora la graciosa rebaja de casi la mitad de la pena por la ficción de haber obrado como cómplice, cuando ya se presentó el escrito de acusación.

Es cierto como lo pregonan la defensa, que la Fiscalía tiene la potestad de ejercitar la acción penal, pero debe hacerlo con apego a la legalidad, y si como ocurre en este caso, una imputación que no incluye toda las consecuencias jurídicas que los hechos jurídicamente relevantes descritos en la misma comprende, luego sirve para circunscribir un preacuerdo en el que por vía de la ficción legal, se termina reconociendo una rebaja manifiestamente ostensible, requiere entonces de parte del Ente instructor el que obre con lealtad tal y explique porque no solo desconoció en la imputación causales de agravación, sino que ahora presentado ya el escrito de acusación, negocia una cuantiosa rebaja producto de una ficción legal, las cuales resulta desconcertantemente beneficiosas para el procesado vista la realidad fáctica.

No podemos excusarnos que en la búsqueda de una justicia pronta sede sin más aprobación al acuerdo puesto a consideración de la judicatura, pues, aunque estos son los objetivos de la justicia premial, no se pueden justificar desconociendo los parámetros de proporcionalidad y racionalidad propuestos por la Sala Penal de la Corte Suprema de

Justicia y aquí como lo evidenció el Juez de Primera Instancia, la Fiscalía no dio ninguna explicación de porque termina otorgando tan graciosa rebaja, producto de la ficción legal, pese a que en la imputación se desconocieron evidentes causales de agravación conforme a la redacción fáctica de los hechos jurídicamente relevantes presentados por el mismo ente instructor.

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

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**, en Sala

de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

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

SEGUNDO: Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Nancy Ávila de Miranda

Magistrada

Alexis Tobón Naranjo

Secretario

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 007 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **5360647137e216a3e326b82353903956751d5ae5b51bb22b4f50fcdd6c800b64**

Documento generado en 13/03/2023 05:53:13 PM

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

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