

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 091

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	ACCIONANTE/SOLICITANTE DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	Decisión	Fecha de decisión
2023-0484-1	Recurso de Queja	EINER ALEJANDRO GONZÁLEZ LOZANO	.	Ordena remitir por competencia	Mayo 26 de 2023
2023-0829-1	Tutela 1ª instancia	RIGOBERTO RUÍZ PULGARIN	FISCALIA 110 SECCIONAL DE SEGOVIA ANTIOQUIA Y OTROS	Concede derechos invocados	Mayo 26 de 2023
2023-0876-1	Consulta a desacato	PAULA ANDREA PÉREZ MESA	SAVIA SALUD EPS	Revoca sanción impuesta	Mayo 26 de 2023
2023-0692-2	Tutela 2ª instancia	MARTIN DE JESUS RIOS GONZALEZ	UARIV	Confirma fallo de 1ª instancia	Mayo 26 de 2023
2023-0873-2	Decisión de Plano	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	M.D.M.C Y E.A.E.M	declara fundado impedimento	Mayo 26 de 2023
2023-0548-2	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	JOSE ORLANDO MONCADA ZAPATA	confirma auto de 1ª Instancia	Mayo 26 de 2023
2023-0346-2	auto ley 906	HOMICIDIO AGRAVADO Y O	SEBASTIAN ANDRÉS YALÍ GARCÍA	Se abstiene de resolver recurso	Mayo 26 de 2023
2023-0341-2	auto ley 906	ARNOLDA OSPINA DE VELÁSQUEZ	UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN	confirma auto de 1ª Instancia	Mayo 26 de 2023
2023-0695-3	Tutela 2ª instancia	LUZ MARY PÉREZ GONZÁLEZ	NUEVA EPS Y OTROS	Confirma fallo de 1ª instancia	Mayo 26 de 2023
2023-0861-3	Tutela 1ª instancia	DIEGO MAURICIO GARZÓN RENTERÍA	JUZGADO 1º PENAL DEL CIRCUITO DE LA CEJA ANTIOQUIA Y OTROS	Rechaza accion de tutela	Mayo 26 de 2023
2023-0743-3	Tutela 2ª instancia	HÉCTOR GÓEZ PIEDRAHITA	ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y OTROS	Decreta nulidad	Mayo 26 de 2023
2023-0867-3	Tutela 2ª instancia	RUTH NERY HERNÁNDEZ JARAMILLO	UARIV	Confirma fallo de 1ª instancia	Mayo 26 de 2023
2023-0651-3	Incidente de Desacato	FRANCISCO JAVIER OTÁLVARO RÍOS	JUZGADO 1º DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Archiva incidente	Mayo 26 de 2023
2023-0690-3	Tutela 2ª instancia	FLOR MARÍA ZAPATA CHICA	NUEVA EPS Y OTROS	Confirma fallo de 1ª instancia	Mayo 26 de 2023

2023-0796-4	Tutela 1ª instancia	JENNIFER RÍOS SÁNCHEZ	FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTROS	Niega por improcedente	Mayo 26 de 2023
2023-0632-4	Tutela 1ª instancia	DARÍO DEL SOCORRO GÓMEZ ZULUAGA	JUZGADO 2º PENAL MUNICIPAL DE RIONEGRO ANTIOQUIA	Concede recurso de apelación	Mayo 26 de 2023
2023-0668-4	Tutela 1ª instancia	ENRIQUE GONZÁLEZ GUTIÉRREZ	JUZGADO 1º DE E.P.M.S. DE APARTADO ANTIOQUIA Y OTROS	Concede recurso de apelación	Mayo 26 de 2023
2023-0725-5	auto ley 906	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	JUAN DAVID MARTÍNEZ VALLEJO Y OTROS	Revoca auto de 1º instancia	Mayo 26 de 2023
2023-0897-5	habeas corpus 2º	WILSON JOHANNY MORENO TORRES	GAULA ORIENTE	confirma auto de 1º Instancia	Mayo 26 de 2023
2023-0687-5	Tutela 2ª instancia	DANIEL ALEXANDER JARABA LÓPEZ	JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE ABEJORRAL ANTIOQUIA Y OTROS	Confirma fallo de 1º instancia	Mayo 26 de 2023
2023-0813-5	Tutela 1ª instancia	FABIO ANDRÉS CARMONA RAMÍREZ	INPEC Y OTROS	Concede derechos invocados	Mayo 26 de 2023
2023-0871-5	Consulta a desacato	MARÍA GLADYS FRANCO TANGARIFE	ALIANZA E.P.S. S.A.S. (SAVIA SALUD)	confirma sanción impuesta	Mayo 26 de 2023
2023-0864-5	Consulta a desacato	NICOLAS ANTONIO RAMÍREZ GIRALDO	ALIANZA E.P.S. S.A.S. (SAVIA SALUD)	confirma sanción impuesta	Mayo 26 de 2023
2023-0890-6	Recurso de Queja	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	HUMBERTO OSORIO CARDONA	Corre traslado por 3 días	Mayo 26 de 2023
2023-0680-6	Tutela 1ª instancia	VÍCTOR ALFONSO ÁLVAREZ VERGARA	JUZGADO PROMISCOU DEL CIRCUITO DE SOPETRAN ANTIOQUIA Y OTROS	Concede recurso de apelación	Mayo 26 de 2023
2023-0689-6	Tutela 2ª instancia	RAFAEL ANTONIO BLANCO FLÓREZ	JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y OTROS	modifica fallo de 1º instancia	Mayo 26 de 2023
2020-0793-3	sentencia 2ª instancia	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	RAFAEL ENRIQUE CORTEZ MARTÍNEZ	Confirma sentencia de 1º Instancia	Mayo 26 de 2023
2021-1418-3	sentencia 2ª instancia	HOMICIDIO AGRAVADO Y O	BLADIMIR ÁVALO DURANGO	Confirma sentencia de 1º Instancia	Mayo 26 de 2023
2020-0729-3	sentencia 2ª instancia	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS	SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ	modifica sentencia de 1º instancia	Mayo 26 de 2023
2017-0450-4	sentencia 2ª instancia	ACTOS SEXUALES ABUSIVOS	ARBEBY DE JESÚS BLANDÓN RESTREPO	Revoca sentencia de 1 instancia	Mayo 26 de 2023
2023-0678-1	auto ley 906	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	DANIEL AUGUSTO LONDOÑO RONDÓN	confirma auto de 1º Instancia	Mayo 26 de 2023
2022-0995-1	sentencia 2ª instancia	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO	JUAN ESTEBAN VILLA BEDOYA Y OTRO	Revoca sentencia de 1 instancia	Mayo 26 de 2023
2023-0750-1	auto ley 906	PORNOGRAFIA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS	WILSON EDUARDO CHÁVEZ FLÓREZ	confirma auto de 1º Instancia	Mayo 26 de 2023

FIJADO, HOY 29 DE MAYO DE 2023, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

CARRERA 52 NRO. 42-73, PISO 27, OFICINA 2701.
232 5569 -232 0868

secsptsant@censoj.ramajudicial.gov.co

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Radicado: 2023 - 0484-1

Solicitante: EINER ALEJANDRO GONZÁLEZ LOZANO

Fue allegado en el día de hoy la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal-, MP. Dra. Myriam Ávila Roldán el pasado 17 de mayo de 2023, donde asigna competencia para el conocimiento del recurso de queja interpuesto por el apoderado judicial del señor Einer Alejandro González Lozano al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín.

Por lo anterior, se ordena que, por la Secretaría de la Sala, se proceda a darle traslado del expediente digital al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín, contentivo del recurso de queja interpuesto por el apoderado judicial del señor EINER ALEJANDRO GONZÁLEZ LOZANO.

Por Secretaría infórmese lo decidido al peticionario y proceda con la remisión inmediata del expediente digital al competente.

CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado ¹

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

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

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

Código de verificación: **b35b046919b2cf41c2c1f085b5a21783b512444a6a2c2466fcf03d89ad45c72b**

Documento generado en 25/05/2023 05:35:19 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 099

RADICADO : 05000-22-04-000-2023-00238 (2023-0829-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : RIGOBERTO RUÍZ PULGARIN
AFECTADA : GLADIS STELLAHENAO VILLA
ACCIONADO : FISCALÍA CIENTO DIEZ SECCIONAL DE
SEGOVIA ANTIOQUIA Y OTRO
PROVIDENCIA : SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el doctor Rigoberto Ruíz Pulgarin apoderado judicial de la señora GLADIS STELLA HENAO VILLA en contra de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la FISCALÍA CIENTO DIEZ SECCIONAL DE SEGOVIA, ANTIOQUIA, por estimar afectados sus derechos fundamentales.

LA DEMANDA

El accionante informó que el 15 de diciembre del año 2022, radicó ante la Fiscalía 110 Seccional de Segovia – Antioquia, por medio de la cuenta de correo electrónico guillermo.barragan@fiscalia.gov.co,

derecho de petición, en el cual solicitó “certificar el estado actual del proceso seguido por el homicidio cometido en contra del ciudadano fallecido Fabián Esteban Baena en hechos ocurridos en el municipio de Segovia, departamento de Antioquia el 26 de octubre del 2012. En el mismo sentido comunicar si se cuenta con información respecto a los móviles de los hechos ya relacionados, como también si se cuenta con pesquisas sobre autores materiales e intelectuales de los hechos que causaron la muerte al señor Fabián Esteban Baena y de ser posible a que grupo u organización criminal pertenecen.

En el mismo sentido, solicité al despacho expedir copia del acta de inspección técnica a cadáver que elaboro la policía judicial concedora de los actos urgentes de investigación, como también copia del protocolo de necropsia y acta de defunción que se expidió por la muerte del señor Fabián Esteban Baena, identificado con cédula de ciudadanía número 70.631.886.”

Indicó que como quiera que no obtuvo respuesta a la petición, el 27 de enero del 2023 reenvió el derecho de petición a la misma cuenta de correo electrónico guillermo.barragan@fiscalia.gov.co; además, conoció que la Fiscalía 110 Seccional de Segovia cambio de delegado fiscal, y en su lugar fue nombrada la Doctora Margarita María Holguín Ramírez, por ello reenvió nuevamente el derecho de petición al correo electrónico margarita.holquin@fiscalia.gov.co; el 1 de marzo del 2023, donde le recordaba que ese se había enviado desde el mes de diciembre del 2022.

Afirmó que el 21 de marzo de 2023, la doctora Margarita María Holguín Ramírez, en calidad de Fiscal 61 Local de Segovia respondió a su correo electrónico con las siguientes palabras:

“Me permito dar Respuesta a su solicitud de manera parcial, manifestándole que entre los tantos pendientes que me hizo entrega el Dr. Guillermo esta su derecho de petición.

Este derecho de petición, en particular lo estaba tramitando el doctor Guillermo con Karen, la asistente, tengo conocimiento que han buscado la carpeta física en todos los archivos que hay en ese Despacho y aún no se ha encontrado.

En la carpeta digital no sé ha cargado nada, como es de su conocimiento el expediente digital se empezó a implementar hace pocos años.

En todo caso se seguirá buscando por la asistente la carpeta física, con el fin de resolver su solicitud”.

Señaló que a pesar de que ha reiterado el mismo derecho de petición en diversas fechas, al día de interponer la acción de tutela, no ha recibido ningún tipo de respuesta donde se dé solución a la petición que elevó en nombre de la señora Gladis Stella Henao Villa.

Por último, solicitó que se ordene a la entidad accionada le otorgue una respuesta oportuna, clara, completa y de fondo a lo solicitado.

LAS RESPUESTAS

1.- La Fiscalía 110 Seccional de Segovia, Antioquia, manifestó que el proceso actualmente se encuentra en etapa de indagación y no cuenta con información de los presuntos autores del hecho, ni los móviles del mismo.

Afirmó que hasta el momento no se tiene información al respecto sobre los autores del hecho, ni los móviles del mismo, en cuanto a la expedición del acta de inspección técnica a cadáver no es posible emitirla, toda vez que no cuenta con el expediente físico y en lo que reposa de manera digital, no está incluido dicho documento ni tampoco

se cuenta con la copia del protocolo de necropsia, pero el solicitante lo puede solicitar al Instituto de Medicina legal de la ciudad de Medellín, lugar donde se enviaba para la fecha de los hechos las solicitudes de protocolo de necropsia con copia de la atención que realizaran el médico de turno del pueblo.

Señaló que el acta de defunción lo puede adquirir el peticionario en la Notaria donde se registró el deceso Fabián Esteban Baena, probablemente en la Notaria de Segovia Antioquia, ese trámite regularmente lo realizan las Funerarias que contrata la familia y como no cuenta con el expediente de manera física, no es posible dar copia de ese documento al peticionario.

Dijo que la Unidad de Fiscalía 110 de Segovia en su momento elaboró un programa metodológico con orden a policía judicial de fecha 04 de noviembre de 2021 y de lo cual anexa al informe la orden 7208110 y la Noticia Criminal.

Por último, expresó que ese despacho lo recibió el 14 de abril de 2023 con 2780 procesos, de ellos 155 en etapa de juicio y el asistente se encontraba licencia por incapacidad médica desde hacía 5 meses y solo se reintegró el 24 de abril, donde han realizado una búsqueda minuciosa del proceso, pero ha sido imposible ante la gran cantidad de solicitudes por atender.

LA PRUEBA

1.- La Fiscalía 110 Seccional de Segovia Antioquia, anexó la orden a

policía judicial 7208110 y la Noticia Criminal.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política señala que 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.

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 tenga previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la protección del derecho presuntamente amenazado.

En orden a resolver la presente acción, la Sala reitera una vez más que la tutela, por su carácter residual y subsidiario, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, no es procedente cuando se cuente con otro mecanismo de defensa judicial.

En efecto, 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.'*¹

Para el caso concreto, el accionante se duele de que a la fecha la Fiscalía 110 Seccional de Segovia no hayan emitido respuesta de fondo, completa y coherente a la solicitud presentada desde el 15 de diciembre de 2022, con reiteración el 27 de enero y el 01 de marzo de 2023.

Al respecto, la Fiscalía 110 Seccional de Segovia, Antioquia, manifestó que la investigación se encuentra en etapa de indagación, que no se cuenta con presuntos autores, ni con móviles del hecho, en cuanto a los documentos solicitados expresó que no cuenta con el expediente físico y lo que reposa en el expediente digital no está incluido los documentos; sin embargo, indicó que el solicitante puede hacer la petición ante el Instituto de Medicina legal de la ciudad de Medellín lugar donde se enviaba para la fecha de los hechos las solicitudes de protocolo de necropsia con copia de la atención que realizaba el médico de turno del pueblo, y en cuanto al acta de defunción lo puede adquirir en la notaría donde fue registrado el deceso, dicho trámite regularmente lo realizan las funerarias contratadas por la familia.

Se advierte que, la Fiscalía 110 Seccional de Segovia Antioquia,

¹ Sentencia T-625 de 2000.

manifestó no tener el expediente físico y por lo tanto no contar con los documentos solicitados por el peticionario, también es cierto que no hay evidencia que la Fiscalía haya emitido respuesta al peticionario indicándole lo sucedido y el trámite que se debe continuar con el fin de lograr obtener la totalidad del expediente y así lograr dar una respuesta de fondo a los ítems presentados en la solicitud por el accionante; por lo tanto, un trámite el cual considera ésta Sala no sólo indicar que no se encuentra el expediente físico y por lo tanto no cuentan con la información solicitada sino una respuesta oportuna, clara y de fondo, además ponérsela en conocimiento del actor por los medios más expeditos, téngase en cuenta que la solicitud inicial data del 15 de diciembre de 2022.

De lo anterior, se desprende en consecuencia que a la fecha la Fiscalía 110 Seccional de Segovia Antioquia, no le ha dado respuesta de fondo, clara y completa a la solicitud presentada por el accionante el pasado 15 de diciembre de 2022 con reiteración el 27 de enero y el 01 de marzo de 2023.

Con lo indicado se demuestra que existe una vulneración al derecho fundamental de petición que le asiste al petente, toda vez que quedó establecido que efectivamente se ha elevado petición el 15 de diciembre de 2022 y de la cual analizada la documentación anexa al trámite constitucional, se advierte que la Fiscalía 110 Seccional de Segovia, Antioquia, no le ha brindado respuesta a la parte actora.

Por lo anterior, la Sala procederá a tutelar el derecho fundamental de petición que le asiste a la parte actora y en consecuencia de ello ordenará a la Fiscalía 110 Seccional de Segovia, Antioquia, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del

fallo, si aún no lo han hecho, proceda dentro del ámbito de su competencia a emitir una respuesta de fondo, clara y concreta a la solicitud realizada el 15 de diciembre de 2022 por el apoderado judicial de la señora GLADIS STELLA HENAO VILLA.

Es de anotar que la Entidad Accionada deberá informar a este despacho sobre el cumplimiento del presente fallo.

Con fundamento en 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: CONCEDER por ser procedente la tutela los derechos fundamentales petición que le asiste al apoderado judicial de la señora GLADIS STELLA HENAO VILLA, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la FISCALÍA 110 SECCIONAL DE SEGOVIA, ANTIOQUIA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, si aún no lo han hecho, proceda dentro del ámbito de su competencia a emitir una respuesta de fondo, clara y concreta a la solicitud realizada el 15 de diciembre de 2022 por el apoderado judicial de la señora GLADIS STELLA HENAO VILLA.

TERCERO: ORDENAR a las Entidades Accionadas deberá informar a

este despacho sobre el cumplimiento del presente fallo.

CUARTO: Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. En caso de que no se presente ninguna impugnación, envíese el expediente 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: **939e2d1eb372cc88f10e45e72015d68579ac88b8416bfa5870b521b4146669fe**

Documento generado en 25/05/2023 06:02:39 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

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

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 100

PROCESO	:	05002 31 89 001 2022 00107 (2023-0876-1)
ASUNTO	:	CONSULTA DESACATO
INCIDENTANTE	:	PAULA ANDREA PÉREZ MESA
AFECTADA	:	LUZ MARINA ISAZA GUZMÁN
ENTIDAD	:	SAVIA SALUD EPS
PROVIDENCIA :		REVOCA SANCIÓN

ASUNTO

La Sala resuelve la consulta de la decisión emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral– Antioquia-, el 24 de marzo de 2023, en la que resolvió sancionar por desacato a la orden contenida en la sentencia de tutela del 27 de septiembre de 2022 con aclaración del fallo del 07 de octubre de 2022 a la Dra. LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ, Representante Legal de SAVIA SALUD EPS S.A.S.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de tutela del 27 de septiembre de 2022, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral– Antioquia- resolvió amparar los derechos fundamentales invocados por la agente oficiosa

de la señora LUZ MARINA ISAZA GUZMÁN y como consecuencia de ello, ordenó a la EPS-S ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA SAVIA SALUD:

*“...**TERCERO: ORDENAR** a la ALIANZA MEDELLÍN-ANTIOQUIA EPS SAS – SAVIA SALUD EPS -, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, de no haberlo hecho, proceda a gestionar lo pertinente para la entrega del insumo médico “AGUJAS PARA INSULINA” en los términos indicados por el médico tratante y el mismo le sea entregado en esta Municipalidad de manera oportuna a la señora LUZ MARINA ISAZA GUZMÁN, tal y como lo establece la ley estatutaria de salud, a efectos de que esta pueda seguir con su tratamiento médico.*

***CUARTO: ORDENAR** a la ALIANZA MEDELLÍN-ANTIOQUIA EPS SAS – SAVIA SALUD EPS -, prestar de manera integral a la señora LUZ MARINA ISAZA GUZMÁN, identificada con la cédula de ciudadanía N° 43.763.620, en su condición de adulto mayor, los servicios en salud que requiera para el tratamiento, paliación y/o curación de las patologías denominadas “HIPERTENSIÓN ESENCIAL HIPERLIPIDEMIA MIXTA, DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE SIN MENCIÓN DE COMPLICACIÓN, OBESIDAD NO ESPECIFICADA y TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR” que afectan sus actuales condiciones de salud, advirtiendo que ese tratamiento integral es únicamente relacionado con los servicios prescritos y acorde a las disposiciones médicas, según lo señalado por el Tribunal Superior de Antioquia en fallo de noviembre 29 de 2017 dentro del expediente 05-001-31-89-001-2017-00152-01...”*

El cual fue objeto del recurso de impugnación, la cual en segunda instancia el 23 de noviembre de 2022, el Tribunal Superior de Antioquia, decidió: “...**SE CONFIRMA** el fallo impugnado por lo indicado en la parte motiva de esta providencia”

Debido al incumplimiento en el fallo de tutela, la accionante presentó incidente de desacato ante el juzgado que profirió la decisión, el cual ordenó requerir previo a abrir el trámite incidental con auto del 17 de enero de 2023, a LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ, en calidad de representante legal de SAVIA SALUD EPS, para que se cumpla con el fallo de tutela, remitiéndose notificación el mismo día, esto es, el 18 de enero de 2023 al correo electrónico que tiene la entidad

habilitado para tal efecto, esto es, notificacionestutelas@saviasaludeps.com.

La entidad emitió respuesta indicando que realizó entrega del medicamento Sitagliptina 50 MG + metformina 1000MG confirmado con su hija y en cuanto al medicamento Empagliflozina 25MG se encuentra autorizada y pendiente de entrega por lo que solicitó suspender el incidente de desacato mientras realizaban la entrega del medicamento, sin embargo, la Oficina Judicial siguió con el trámite mediante auto del 09 de marzo de 2023 ordenó abrir el trámite respectivo en contra de la Dra. Lina María Bustamante Sánchez, Representante Legal de Savia Salud EPS S.A.S, por ser la directamente responsable de cumplir las órdenes impartidas en el fallo de tutela, concediendo tres (03) días al accionado para que aportaran el informe correspondiente y aportara las pruebas que pretendiera hacer valer a su favor. Con el fin de notificar el auto que da apertura al incidente de desacato el Despacho remitió notificación el 10 de marzo de 2023 al correo notificacionestutelas@saviasaludeps.com; sin embargo, la entidad informó que había dado cumplimiento con la entrega de los medicamentos que se encontraban pendientes de entrega por lo que solicitó desvincular del incidente de desacato.

LA DECISIÓN CONSULTADA

Mediante auto del 24 de marzo de 2023, se resolvió el incidente de desacato, imponiendo sanción de cinco (05) días de arresto y multa equivalente a dos (02) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la Dra. LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ, Representante Legal de SAVIA SALUD EPS S.A.S., notificándole lo resuelto el 24 de marzo

de 2023 al correo notificacionesjudiciales@saviasaludeps.com.co, siendo remitido el expediente a esta Sala a efectos de desatar la consulta.

Una vez ingresado el expediente a esta Sala, teniendo en cuenta que la misma fue repartido desde el 31 de marzo de 2023, pero solo hasta el 23 de mayo de 2023 fue recibido en este Despacho, se ofició el día 23 de mayo de 2023 con el fin de comunicarle a la Dra. Lina María Bustamante Sánchez, que en esa fecha se asumía el conocimiento del trámite de consulta, la cual fue notificada en la misma fecha al correo electrónico notificacionestutelas@saviasaludeps.com.co, sin recibir respuesta alguna.

Se procedió a realizar llamada telefónica al abonado celular 3128470475 a la señora LUZ MARINA ISAZA GUZMÁN con el fin de verificar si fue entregado los medicamentos y las agujas para insulina que estaban pendientes por parte de EPS, a lo que dijo que hasta la fecha se encuentran al día con la entrega de los medicamentos, que la EPS estaba cumpliendo con el fallo.

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

Ahora, en el presente caso el fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral– Antioquia-, consistió en ordenar a SAVIA SALUD EPS S.A.S. que:

*“...**TERCERO: ORDENAR** a la ALIANZA MEDELLÍN-ANTIOQUIA EPS SAS – SAVIA SALUD EPS -, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, de no haberlo hecho, proceda a gestionar lo pertinente para la entrega del insumo médico “AGUJAS PARA INSULINA” en los términos indicados por el médico tratante y el mismo le sea entregado en esta Municipalidad de manera oportuna a la señora LUZ MARINA ISAZA GUZMÁN, tal y como lo establece la ley estatutaria de salud, a efectos de que esta pueda seguir con su tratamiento médico.*

***CUARTO: ORDENAR** a la ALIANZA MEDELLÍN-ANTIOQUIA EPS SAS – SAVIA SALUD EPS -, prestar de manera integral a la señora LUZ MARINA ISAZA GUZMÁN, identificada con la cédula de ciudadanía N° 43.763.620, en su condición de adulto mayor, los servicios en salud que requiera para el tratamiento, paliación y/o curación de las patologías denominadas “HIPERTENSIÓN ESENCIAL HIPERLIPIDEMIA MIXTA, DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE SIN MENCIÓN DE COMPLICACIÓN, OBESIDAD NO ESPECIFICADA y TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR” que afectan sus actuales condiciones de salud, advirtiendo que ese tratamiento integral es únicamente relacionado con los servicios prescritos y acorde a las disposiciones médicas,*

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

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

según lo señalado por el Tribunal Superior de Antioquia en fallo de noviembre 29 de 2017 dentro del expediente 05-001-31-89-001-2017-00152-01...”

La entidad accionada se pronunció frente al requerimiento, la apertura del incidente y a la sanción impuesta al Representante Legal de SAVIA SALUD EPS S.A.S, indicando que ya habían realizado la entrega de los medicamentos a la usuaria confirmado con su hija.

De lo expuesto, se puede establecer que la entidad accionada, está dando cumplimiento a lo ordenado en el fallo constitucional, pues le fue entregado los medicamentos y suministros necesarios a la señora Luz marina Isaza Guzmán.

De ahí, que se procedió a verificar con la señora LUZ MARINA ISAZA GUZMÁN en el abonado celular 3128470475 quien confirmó que a la fecha la EPS le está cumpliendo con la entrega de todos los medicamentos y las agujas para insulina ordenados por parte de la EPS.

Por lo tanto, al verificarse que la entidad accionada cumplió con la orden dada en el fallo de tutela, así fuera de forma tardía, no puede hablarse de una conducta dolosa encaminada a sustraerse de manera deliberada del cumplimiento de la decisión.

Lo anterior, es suficiente para señalar que la Entidad accionada está cumpliendo por el momento con la orden impartida en la tutela, aunque no en el término otorgado, pero no surge evidente que ésta desde un comienzo se haya colocado en posición de rebeldía frente a la decisión judicial, pues la orden de tutela finalmente se está

acatando, hecho que fue corroborado, por lo que la Corporación procederá a revocar la sanción impuesta.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la decisión objeto de consulta, por la cual se sancionó por desacato al Representante Legal de la entidad accionada SAVIA SALUD EPS S.A.S., doctora LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ, a la pena de cinco (05) días de arresto y multa equivalente a dos (02) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por incumplimiento al fallo de tutela proferido el 27 de septiembre de 2022.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen para las actuaciones subsiguientes.

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: **98bafd43d9f763585cd746622fb412698181643184d7e823d534e64fd05f9879**

Documento generado en 26/05/2023 01:34:57 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Ref.: Acción Tutela segunda instancia no.020
Radicado: 05376-31-04-001-2023-00025
No. Interno: 2023-0692-2
Accionante: MARTIN DE JESUS RIOS GONZALEZ
Accionada: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS-UARIV-.
Decisión: SE CONFIRMA FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

Medellín, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado en sesión según acta No. 51

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Dra. Gina Marcela Duarte Fonseca, representante judicial de la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas-UARIV-, contra el fallo de tutela proferido el día 18 de abril de 2023, por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, Antioquia-, mediante el cual se amparó los derechos fundamentales invocados por el accionante.

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

2. DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Los hechos de la demanda, fueron señalados por el Juez de Instancia de la siguiente forma:

“En síntesis, manifiesta el accionante que se encuentra incluido en el registro único de víctimas desde el 2 de diciembre de 2013, que presenta una discapacidad permanente por accidente laboral del 28 de abril de 2014, razón por la cual fue priorizado por parte de la UARIV; mediante Resolución de 28 de octubre de 2021 con Resolución 041020191382535 se le reconoció el derecho a la indemnización por desplazamiento forzado, por lo tanto el 8 de mayo de 2022 fue consignado el monto de la indemnización en el banco agrario.

Al acudir a reclamarlo le indicaron por parte de la UARIV que debía esperar la autorización para reclamar el dinero; y como no fue expedida la orden solicitó mediante derecho de petición de 27 de enero de 2023 la carta de indemnización, y el 3 de marzo de 2023 la UARIV le contesta que el proceso bancario finalizó el 24 de febrero de 2023, y que posteriormente sería contactado para entregarle la carta de pago y poder realizar el cobro respectivo. El día 10 de marzo se dirigió nuevamente a la oficina de enlace de víctimas donde se le indicó que los recursos habían sido devueltos por no reclamo de los mismos.”

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de Primera Instancia con fundamento en los elementos de prueba allegados a la actuación, de las normas legales y fundamentos constitucionales, advirtió la vulneración del derecho fundamental de petición, al señalar que:

(...)

“En el presente caso, se infiere que la parte actora pretende se protejan sus derechos fundamentales, debido a que presentó derecho de petición ante la Unidad para la Reparación a las víctimas – UARIV-. Así mismo, reclama el derecho fundamental al debido proceso administrativo.

(...)

Conforme con lo anterior, descendiendo al caso en concreto, se observa que, el accionante acredita la radicación de un derecho de petición el

cual al momento de presentación de la acción de tutela manifiesta no haber obtenido respuesta de fondo, clara y precisa a la misma, dado que, solicitaba la entrega de la carta de autorización por parte de la UARIV para reclamar los dineros que por reparación administrativas habían sido consignados en el Banco Agrario, sin embargo, atendiendo a que la entidad accionada no entregó dicha autorización de entrega, los dineros fueron devueltos a la Dirección del Tesoro Nacional por la no reclamación por parte del accionante.

(...)

En el presente caso se tiene que, a la fecha de presentación de la tutela y pese a las constantes solicitudes realizadas por el accionante ante la UARIV, para que se le autorizara la entrega de los dineros por reparación administrativa, se venció el término de la entidad bancaria para la entrega de dichos dineros, y éstos fueron devueltos por falta de reclamación, con lo cual, se vulneró no solo el derecho de petición sino también el derecho a un debido proceso por parte de la entidad, aunado a que había sido priorizado la entrega de los dineros por reparación administrativa al señor MARTIN DE JESUS RIOS GONZALEZ atendiendo a su pérdida de capacidad laboral.

Así las cosas, frente a los derechos reclamados por el accionante continúa el estado de incertidumbre y la vulneración, pues esta persona tiene derecho, mínimo a que la entidad le indique el trámite que debe seguir para que sea reprogramado su pago, con un término prudente y con una fecha cierta y oportuna en la que resolverá de plano su asunto; lo anterior, atendiendo a que la reparación administrativa no fue reclamada por temas administrativos y de demora en la autorización por parte de la entidad, y no al desinterés por parte del accionante.

En consecuencia de lo argumentado, se protegerá constitucionalmente el derecho fundamental de petición y el derecho al debido proceso, reclamados por MARTIN DE JESUS RIOS GONZALEZ por la vulneración en que incurre la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a Víctimas; por ello se le ordenará a la Doctora CLAUDIA JULIANA MELO ROMERO, DIRECTORA TÉCNICA DE REPARACIONES ADMINISTRATIVAS O quien haga sus veces, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de este fallo, ordene a quien corresponda se dé respuesta de fondo, clara y precisa a la petición del

accionante relacionada con el trámite que debe realizar para la reprogramación de la entrega de los dineros correspondientes a la reparación administrativa, así mismo, que se le indique una fecha cierta y oportuna en la que resolverá su situación."

En vista de lo anterior, resolvió:

PRIMERO: TUTELAR los derechos de petición y debido proceso, demandados por **MARTIN DE JESUS RIOS GONZALEZ**, por la vulneración en que incurre la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a Víctimas.

SEGUNDO: ORDENAR a la **Doctora CLAUDIA JULIANA MELO ROMERO, DIRECTORA TÉCNICA DE REPARACIONES ADMINISTRATIVAS O quien haga sus veces**, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de este fallo, ordene a quien corresponda se dé respuesta de fondo, clara y precisa a la petición del accionante relacionada con el trámite que debe realizar para la reprogramación de la entrega de los dineros correspondientes a la reparación administrativa, así mismo, que se le indique una fecha cierta y oportuna en la que resolverá su situación... "

4.- ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La entidad accionada, inconforme con la decisión de primera instancia, presento recurso de apelación, en donde indicó lo siguiente:

"Atendiendo a la petición relacionada con la indemnización administrativa con el hecho victimizante de DESPLAZAMIENTO FORZADO, declarado bajo el marco normativo de la Ley 1448 de 2011 con FUD CJ000055282, la Unidad para las Víctimas le informa al señor MARTIN DE JESUS RIOS GONZALEZ, se ordenó el pago de la medida de indemnización

administrativa aplicando la normatividad vigente para el momento en que se presentó la solicitud, sin embargo, de acuerdo con el reporte entregado por la entidad financiera, el/los destinatario(s), señor MARTIN DE JESUS RIOS GONZALEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 98525189, no realizó el cobro de la indemnización antes mencionada, por lo que la Unidad para las Víctimas en aras de salvaguardar los recursos públicos por concepto de indemnización administrativa, se vio en la obligación de constituirlos como acreedores varios sujetos a devolución en cuentas de la Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público .

Por consiguiente, debe realizarse el procedimiento de reprogramación de los recursos, para lo cual, la Unidad para las Víctimas a través de un enlace la contactará para asesorarlo en el trámite correspondiente dependiendo de la causal de no cobro de los recursos asignados, esto con el fin de realizar la entrega efectiva de los mismos.

Es importante indicar que, en virtud del principio de participación conjunta, toda solicitud que no cuente con la documentación necesaria para dar trámite al proceso de su indemnización deberá ser complementada por la víctima.

Cabe precisar que el proceso de reprogramaciones tiene un tiempo de trámite, dependiendo de la causal de no cobro, toda vez que deben ajustarse nuevamente a los procedimientos internos de pago de la medida.

Finalmente, vale la pena indicar que, el sistema de priorización establecido se alinea con el interés público y social, pues mantiene coherencia con el alcance de la sostenibilidad fiscal, la cual fue abordada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-753 de 2013 que la reconoce como un instrumento orientador de la política de víctimas para el reconocimiento progresivo de la indemnización administrativa

De acuerdo a lo antes expuesto no es procedente otorgar una fecha de pago, pues esto vulneraría el derecho a la igualdad de las otras víctimas que se encuentren en igual situación, adicionalmente es importante indicar que no se genera con ello un perjuicio irremediable al accionante, toda vez, que la indemnización administrativa no está asociada al mínimo vital². Siendo así, no existe un fundamento constitucional que desvirtúe que los

procedimientos administrativos para el pago de la indemnización administrativa tengan la potencialidad de generar en este caso una vulneración de derechos fundamentales o de inmediato cumplimiento."

(...)

Ahora bien señor juez se procedió a realizar respuesta mediante el radicado de salida N° 2023-0495444-1 de 31 de Marzo de 2023, enviado a la dirección electrónica aportada como notificaciones en el escrito de Tutela

(...)

Se colige de lo anterior que la unidad ha realizado un trámite diligente y respetuoso de los derechos de accionante propendiendo por notificar al accionante las respuestas emitidas por esta entidad enviando las respuestas y los actos a las direcciones que el mismo aporta, enviadas dichas comunicaciones y actos, deja de ser competencia de la Unidad de Víctimas y pasa a ser de la empresa de Servicio de Envíos de Colombia 472, conocer y dar información del recibo de las comunicaciones enviadas a los accionantes. Ahora bien la unidad cumplió con el trámite debidamente establecido y remitió la comunicación a la dirección electrónica en la cual el accionante manifestó expresamente querer ser notificado en dicha dirección toda vez que fue la que adjunto a en el derecho de petición y en el escrito de tutela como dirección para ser notificado y que reposa en nuestras bases por la diferentes solicitudes hechas antes la Unidad.

Conforme a las pruebas obrantes en el proceso se configura una CARENANCIA DE OBJETO POR HECHO SUPERADO, aspecto que se pone a consideración del Despacho al momento de proferir sentencia."

por lo anterior solicita se revoque el fallo de primera instancia y, en su lugar, se nieguen las peticiones de la acción constitucional

5. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACIÓN

5.1 Competencia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1382 de 2000, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la presente impugnación.

5.2 Problema Jurídico

El problema jurídico que debe decidir la Sala se contrae a resolver si en este caso resulta procedente la revocatoria del fallo de primer grado, como lo depreca la entidad accionada, al considerar que en la presente causa se configura el fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado, además, de no existir vulneración alguna a los derechos fundamentales invocados por el accionante o, por el contrario, debe confirmarse la decisión de primer grado al acreditarse la vulneración alegada.

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, la indemnización por vía administrativa es uno de los mecanismos dispuestos por el ordenamiento jurídico para garantizar el derecho a la reparación integral de las víctimas del conflicto; en esa medida, a través de la Ley 1448 de 2011 se estableció los diferentes medios a través de los cuales es posible reparar a las víctimas, los principios y los criterios orientadores.

Igualmente, la Corte Constitucional ha recalcado que la indemnización administrativa y los demás mecanismos dispuestos para la reparación, no obedecen al orden de las solicitudes, sino que para ello, la Ley 1448 de 2011 y sus decreto reglamentario, establecieron criterios de gradualidad, progresividad y priorización; es decir, que para poder determinar el orden de entrega por parte de la Unidad Administrativa

Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, debe verificar el grado de vulnerabilidad en el que se encuentra la persona y su grupo familiar, ya que es la única forma de realizar la reparación efectiva, con enfoque diferencial y garantizar así que las necesidades de quienes más lo requieren se van a ver satisfechas de manera prioritaria, esto en respeto a los principios de equidad e igualdad que deben orientar todas las actuaciones del Estado.

Frente al caso en concreto, el señor Martin de Jesús Ríos González, solicita que, se le ordene a la entidad accionada le informe cual es la ruta para acceder a la carta de pago, documento necesario para el cobro de los dineros producto de la indemnización administrativa.

Bajo este panorama se tiene que, mediante Resolución 1049 de 2019, se estableció el procedimiento para reconocer y otorgar la indemnización por vía administrativa y se creó el método técnico de priorización; aplicándose para todas las solicitudes cuatro fases; las cuales son: (i) fase de la solicitud de indemnización administrativa; (ii) fase de análisis de la solicitud; (iii) fase de respuesta de fondo de la solicitud y (iv) fase de entrega de la medida indemnizatoria.

La fase de respuesta de fondo de la solicitud de indemnización administrativa se encuentra desarrollada en el artículo 11 y ss de la citada resolución, así:

Artículo 11. 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. La materialización de la medida tendrá en cuenta la disponibilidad presupuesta! que tenga la Unidad para las Víctimas, además de la clasificación de las solicitudes de indemnización de las que habla el artículo 9 de la presente resolución.*

En caso de que proceda el reconocimiento de la indemnización, también deberán definirse en su parte resolutive los montos, distribuciones y reglas que establecen en los artículos 2.2.7.3.4., 2.2.7.3.5., 2.2.7.3.9., 2.2.7.3.14 y 2.2.7.4.10 del Decreto 1084 de 2015 y la presente resolución, o las normas que las modifiquen. Esta decisión deberá notificarse a la víctima, frente a la cual, procederán los recursos en los términos y condiciones establecidos en la Ley 1437 de 2011.

Parágrafo. Tratándose de víctimas de desplazamiento forzado interno, la distribución de la indemnización administrativa se realizará entre los integrantes del hogar que se encuentren incluidos en el Registro Único de Víctimas al momento del cierre de la solicitud.

Artículo 14. Fase de Entrega de la indemnización. En el caso que proceda el reconocimiento de la indemnización y la víctima haya acreditado alguna de las situaciones de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad referidas en el artículo 4 del presente acto administrativo, se priorizará la entrega de la medida de indemnización, atendiendo a la disponibilidad presupuesta! de la Unidad para las Víctimas.

En caso que los reconocimientos de indemnización en estas situaciones de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad superen el presupuesto asignado a la Unidad para las Víctimas en la respectiva vigencia, el pago de la medida se hará efectivo en la siguiente vigencia presupuesta!. En el tránsito entre vigencias presupuestales no se modificará el orden o la colocación de las víctimas priorizadas en las listas ordinales que, se posicionarán en la medida que obtengan firmeza los actos administrativos que reconocen la medida de indemnización y ordenan su pago.

En los demás casos donde haya procedido el reconocimiento de la indemnización, el orden de priorización para la entrega de la medida de indemnización se definirá a través de la aplicación del método técnico de priorización. La entrega de la indemnización se realizará siempre y cuando haya disponibilidad presupuesta!, luego de entregar la medida en los términos del inciso primero del presente artículo.

En todos los casos que proceda la entrega de la indemnización, la Unidad para las Víctimas comunicará a la víctima solicitante acerca del periodo de que dispone para hacer efectivo el pago de la medida de indemnización.

Parágrafo: La Unidad para las Víctimas podrá entregar prioritariamente una segunda indemnización a las víctimas que hayan sufrido más de un hecho victimizante, siempre y cuando se trate de una solicitud prioritaria y exista disponibilidad presupuesta!. Para las solicitudes generales, la entrega de una segunda indemnización por otro hecho, estará sujeta a que se haya entregado la medida a todas las víctimas al menos una vez.

Artículo 15. Método Técnico de Priorización. Crease el Método Técnico de Priorización conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del presente acto administrativo y adáptese a través del anexo técnico que hace parte integral de la presente resolución.

Artículo 16. Definición del Método Técnico de Priorización. El Método es un proceso técnico que determina los criterios y lineamientos que debe adoptar la Subdirección de Reparación Individual para determinar la priorización anual del desembolso de la indemnización administrativa.

Artículo 17. Objeto del Método Técnico de Priorización. El Método tiene como objetivo generar unas listas ordinales que indicarán la priorización para el desembolso de la medida de indemnización administrativa y se aplicará anualmente para la asignación de los turnos de pago de manera proporcional a los recursos apropiados en la respectiva vigencia fiscal para tal fin, de conformidad con el Marco de Gasto de Mediano Plazo del Sector.

En torno al derecho de petición señaló la Corte Constitucional en Sentencia T- 230 del 7 de julio de 2020, lo siguiente:

(...)

“4.5. Derecho de petición

4.5.1. Caracterización del derecho de petición. El artículo 23 de la Constitución dispone que “[t]oda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.” Esta garantía ha sido denominada derecho fundamental de petición, con el cual se promueve un canal de diálogo entre los administrados y la administración, “cuya fluidez y eficacia constituye una exigencia impostergable para los ordenamientos organizados bajo la insignia del Estado Democrático de Derecho”^[40]. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, esta garantía tiene dos componentes esenciales: (i) la posibilidad de formular peticiones respetuosas ante las autoridades, y como correlativo a ello, (ii) la garantía de que se otorgue respuesta de fondo, eficaz, oportuna y congruente con lo solicitado. Con fundamento en ello, su núcleo esencial se circunscribe a la formulación de la petición, a la pronta resolución, a la existencia de una respuesta de fondo y a la notificación de la decisión al peticionario.

4.5.2. Formulación de la petición. En virtud del derecho de petición cualquier persona podrá dirigir solicitudes respetuosas a las autoridades, ya sea verbalmente, por escrito o por cualquier otro medio idóneo (art. 23 CN y art. 13 CPACA). En otras palabras, la petición puede, por regla general, formularse ante autoridades públicas, siendo, en muchas ocasiones, una de las formas de iniciar o impulsar procedimientos administrativos. Estas últimas tienen la obligación de recibirlas, tramitarlas y responderlas de forma clara, oportuna, suficiente y congruente con lo pedido, de acuerdo con los estándares establecidos por la ley^[41]. En tratándose de autoridades judiciales, la solicitud también es procedente, siempre que el objeto del requerimiento no recaiga sobre procesos judiciales en curso^[42].

4.5.2.1. Las peticiones también podrán elevarse excepcionalmente ante organizaciones privadas. En los artículos 32 y 33 de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015^[43], se estipula que cualquier persona tiene el derecho de formular solicitudes ante entidades de orden privado sin importar si cuentan o no con personería jurídica^[44], cuando se trate de garantizar sus derechos fundamentales. En el ejercicio del derecho frente a privados existen iguales deberes de recibir, dar trámite y resolver de forma clara, oportuna, suficiente y congruente, siempre que sean compatibles con las funciones que ejercen^[45]. En otras palabras, los particulares, independientemente de su naturaleza jurídica,

son asimilables a las autoridades públicas, para determinados efectos, entre ellos, el relacionado con el derecho de petición.

(...)

4.5.3. Pronta resolución. Otro de los componentes del núcleo esencial del derecho de petición, consiste en que las solicitudes formuladas ante autoridades o particulares deben ser resueltas en el menor tiempo posible, sin que se exceda el término fijado por la ley para tal efecto.

(...)

4.5.4. Respuesta de fondo. Otro componente del núcleo esencial supone que la contestación a los derechos de petición debe observar ciertas condiciones para que sea constitucionalmente válida. Al respecto, esta Corporación ha señalado que la respuesta de la autoridad debe ser: **“(i) clara, esto es, inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión; (ii) precisa, de manera que atienda directamente lo pedido sin reparar en información impertinente y sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas ; (iii) congruente, de suerte que abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado; y además (iv) consecuente con el trámite que se ha surtido, de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición formulada dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”**^[55] (se resalta fuera del original).

La respuesta de fondo no implica tener que otorgar necesariamente lo solicitado por el interesado^[56], salvo cuando esté involucrado el derecho de acceso a la información pública (art. 74 C.P.^[57]), dado que, por regla general, existe el “deber constitucional de las autoridades públicas de entregarle, a quien lo solicite, informaciones claras, completas, oportunas, ciertas y actualizadas sobre cualquier actividad del Estado.”^[58] Sobre este punto, es preciso anotar que al tratarse de una garantía fundamental que permite el ejercicio de muchos otros derechos fundamentales, así como la consolidación de la democracia, las restricciones al derecho de petición y de información deben ser excepcionales y deberán estar previamente consagradas en la ley. Al respecto, en el Título III de la Ley 1712 de 2014 se hace referencia a los casos especiales en los cuales se puede negar el acceso a la información, por ejemplo, entre otros, al tratarse de información clasificada y reservada, o que pueda causar daños a personas naturales o jurídicas en su derecho a la intimidad, vida, salud, seguridad o secretos comerciales, industriales y profesionales.

En las hipótesis en que la autoridad a quien se dirigió la solicitud no sea la competente para pronunciarse sobre el fondo de lo requerido, también se preserva la obligación de contestar, consistente en informar al interesado sobre la falta de capacidad legal para dar respuesta y, a su vez, remitir a la entidad encargada de pronunciarse sobre el asunto formulado por el peticionario^[59].

4.5.5. Notificación de la decisión. Finalmente, para que el componente de respuesta de la petición se materialice, es imperativo que el solicitante conozca el contenido de la contestación realizada. Para ello, la autoridad

deberá realizar la efectiva notificación de su decisión, de conformidad con los estándares contenidos en el CPACA¹⁶⁰¹. El deber de notificación de mantiene, incluso, cuando se trate de contestaciones dirigidas a explicar sobre la falta de competencia de la autoridad e informar sobre la remisión a la entidad encargada.

4.5.6. Agotada la anterior caracterización sobre el derecho de petición y en consideración al fondo del asunto sometido a examen de la Corte, se considera necesario puntualizar sobre las formas de canalizar o presentar las solicitudes respetuosas, las distintas manifestaciones del derecho bajo estudio y aquellas expresiones que, por regla general, no originan una obligación de respuesta.

4.5.6.1. Formas de canalizar las peticiones. El derecho de petición se puede canalizar a través de medios físicos o electrónicos de que disponga el sujeto público obligado, por regla general, de acuerdo con la preferencia del solicitante. Tales canales físicos o electrónicos pueden actuarse de forma verbal, escrita o por cualquier otra vía idónea que sirva para la comunicación o transferencia de datos..." NEGRILLAS Y SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO.

Con relación a la determinación de la priorización para el pago de la medida de la indemnización administrativa, indicó la Corte Constitucional, en Auto 331 de 2019, que debe garantizarse el debido proceso de las personas involucradas, en los siguientes términos:

"Se debe dar certeza a las víctimas sobre: (i) las condiciones de modo, tiempo y lugar bajo las cuales se realizará la evaluación que determine si se priorizará o no al núcleo familiar según lo dispuesto en el artículo 2.2.7.4.7 del Decreto 1084 de 2015; (ii) en los casos en que sean priorizadas, la definición de un plazo razonable para que se realice el pago efectivo de la indemnización; y (iii) los plazos aproximados y orden en el que de no ser priorizados, las personas accederán a esta medida. Por lo anterior, no basta con informar a las víctimas que su indemnización se realizará dentro del término de la vigencia de la ley."

Ahora bien, en punto de la determinación de la aplicación del método técnico de priorización por parte de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas -UARIV-, indicó la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante proveído STP3492-2021, Radicado 114900 del 16 de febrero de 2021**, lo siguiente:

(...)

“Al respecto, observa la Sala que el motivo de inconformidad de RAMÓN ALBERTO RODRÍGUEZ ANDRADE con respecto a las providencias anteriormente referidas se puede resumir de la siguiente manera:

(i) En la sentencia del 2 de diciembre de 2019, el Tribunal ad quem dispuso la emisión de una orden del siguiente tenor literal: “(...) que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, resuelva de manera clara y de fondo la petición elevada por la señora (...), el 9 de septiembre de 2019. En efecto, le informará **la fecha en que tendrá lugar la aplicación del Método Técnico de Priorización** y, una vez ello suceda, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes **comunicará a la interesada el turno asignado y la fecha en que éste será atendido, para efectos de realizarse el pago de la indemnización administrativa**, al cual tiene derecho conforme a la Resolución No. 0410219-30870 del 21 de agosto de 2019.” (negritas fuera del texto original);

(ii) La UARIV considera que es jurídicamente imposible cumplir con las órdenes que están resaltadas por las siguientes razones:

(a) El Auto 206 del 28 de abril de 2017 de la Corte Constitucional le ordenó al Director de la UARIV que, en coordinación con otras entidades, reglamente el procedimiento que deben agotar las personas desplazadas² para la obtención de la indemnización administrativa;

(b) En cumplimiento de esa orden, la UARIV expidió la Resolución 01049 del 15 de marzo de 2019³, que dispone el siguiente procedimiento de entrega de la medida de indemnización:

(1) En primer lugar, se debe verificar si la persona que ostenta el derecho se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad o urgencia manifiesta⁴;

2 Baste aclarar que, según la Resolución 04102019-30870 de 2019, a (...) se le reconoció la indemnización administrativa por el hecho victimizante de *desplazamiento forzado*.

3 De acuerdo con el artículo 3 de esa Resolución, el procedimiento allí contemplado aplica para las víctimas reconocidas 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 suficiente al conflicto armado.

(2) En caso de que la persona no demuestre una situación de esta naturaleza -como es el caso-, se debe aplicar el método técnico de priorización;

(3) Dicho método técnico de priorización se aplica anualmente sobre el universo total de víctimas que no ostentan una situación de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad y los resultados de la aplicación del método en un año específico, no se acumulan para la siguiente vigencia fiscal;

(4) En una determinada vigencia fiscal sólo se les pagará a las personas que sean priorizadas para dicho pago, de acuerdo con los resultados que arroje el precitado método técnico de priorización y con la respectiva disponibilidad presupuestal;

(5) A las personas que no sean priorizadas en una determinada vigencia fiscal, se les deberá aplicar el método al año siguiente, y así sucesivamente, hasta que el método arroje que deben ser priorizadas;

(c) De acuerdo con la UARIV, a (...) se le aplicó el método técnico de priorización el 30 de junio de 2020 y éste arrojó que ella todavía no podía ser priorizada para el pago;

(d) En tanto la asignación de turno y fecha para el pago sólo se puede determinar una vez el referido método técnico de priorización arroje que la persona en cuestión debe ser priorizada para una determinada vigencia fiscal, es jurídicamente imposible para la UARIV comunicarle a (...) "el turno asignado y la fecha en que este será atendido, para efectos de realizarse el pago de la indemnización administrativa", pues dicha entidad aún no lo conoce y no es jurídicamente posible saltarse el procedimiento establecido tan solo para el caso de ella;

(e) Igualmente, en tanto la aplicación del método técnico de priorización exige de bastante tiempo para materializarse sobre la totalidad de

4 De acuerdo con el artículo 4 de la Resolución precitada, esta situación se considera acreditada cuando la víctima demuestra alguna de las siguientes circunstancias: (i) tener una edad igual o superior a los 74 años de edad; (ii) tener una enfermedad huérfana, de tipo ruinoso, catastrófico o de alto costo o (iii) tener una discapacidad certificada.

personas a las que se le debe aplicar, es muy difícil determinar la fecha exacta en que se aplicará tal método a una persona determinada;

(iii) Estas razones fueron esgrimidas tanto en el trámite de tutela como en el trámite del incidente de desacato e, incluso, en cerca de 4 ocasiones a lo largo del mes de noviembre de 2020, con posterioridad a que el auto que sanciona por desacato fuera confirmado en sede de consulta. Sin embargo, los argumentos de la UARIV no han tenido eco ni en el Juzgado 1º Penal del Circuito de Apartadó ni en la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia.

Ahora bien, determinado lo anterior, encuentra la Sala que las razones que llevaron al Juzgado 1º Penal del Circuito de Apartadó a imponer la sanción por desacato, a la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia a confirmarla y al juzgado a quo a no inaplicarla con posterioridad a la ejecutoria de los autos del 14 de septiembre y del 29 de octubre de 2020, son las siguientes:

(i) Que la UARIV aún no le ha comunicado a (...) en qué fecha exacta se le aplicará el método técnico de priorización en el 2021 (a pesar de que declaró cumplida la orden con respecto a la aplicación de dicho método en el año 2020).

(ii) Que la UARIV no le ha comunicado a (...) en qué fecha exacta será atendido su turno para el pago de la indemnización.

(iii) Que no advierte cuál es la imposibilidad jurídica de indicar una fecha exacta para estas dos acciones, toda vez que en la sentencia del Tribunal no se ordenó el pago de la indemnización, sino la simple determinación del día en que el turno respectivo será atendido para tal efecto.

(iv) Que, en cualquier caso, (...) no puede acreditar ninguna de las circunstancias que la categorizarían como parte de la población con urgencia manifiesta o vulnerabilidad extrema, por lo que al aplicarle el método técnico de priorización todos los años, el resultado será invariablemente el mismo, dejando en la completa indeterminación el momento en que ella recibirá su indemnización.

De estas razones, que fueron expresadas tanto en la contestación de la presente acción de tutela como en los autos del 4, 9, 19 y 27 de noviembre de 2020, la Sala advierte, prima facie, los siguientes problemas: (i) lo primero es que, contrario a lo que parece creer el Juzgado 1º Penal del Circuito de Apartadó, el método técnico de priorización no se le aplica a las personas que acrediten una situación de extrema vulnerabilidad o urgencia manifiesta sino, precisamente, a las personas que no pueden acreditar dichas circunstancias ⁵, como es el caso (...); (ii) por ello, a la hora de aplicar dicho método no se verifica si la persona en cuestión tiene más de 74 años, está enferma o es discapacitada, lo que implica que el hecho de que (...) no pueda acreditar alguna de esas circunstancias no significa que el resultado de la aplicación del método cada año vaya a ser invariablemente el mismo; (iii) en efecto, como viene de explicarse, la aplicación del método técnico de priorización se hace cada año al universo global de víctimas que no acreditan alguna de las circunstancias indicadas anteriormente; (iv) ello ocurre en la medida en que los resultados que arroja el método para una vigencia fiscal, no se acumulan en la siguiente; **(v) por esa razón, si el método no arroja que una persona pueda ser priorizada para el pago de la indemnización en una vigencia fiscal determinada, es imposible conocer en qué fecha se podrá proceder al pago de la indemnización, pues eso dependerá de que el método técnico, en un vigencia subsiguiente, arroje que tal persona podrá ser priorizada;** **(vi) por lo anterior, se reitera, hasta tanto dicho método no arroje que (...) esté priorizada para el pago en una vigencia fiscal en concreto, la UARIV no podrá informarle la fecha en que se hará efectivo el pago, pues no la conoce y (vii) por último, dada la complejidad de aplicar dicho método cada año al universo total de víctimas que no se encuentran en situación de urgencia manifiesta o de vulnerabilidad extrema, es imposible, también, determinar la fecha exacta en que dicho método le será aplicada a una persona específica, pues tal cosa depende de una multitud de variables relacionadas con el manejo de los datos de la UARIV...** NEGRILLAS Y SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que, el señor MARTÍN DE JESÚS RÍOS GONZÁLEZ mediante Resolución N° 04102019-1382535 del 28 de octubre de 2021, le fue reconocido el derecho a la medida de indemnización administrativa por el hecho victimizante de desplazamiento forzado. Advirtió el actor que desde

5 Al respecto, ver el inciso 3º del artículo 14 de la Resolución 01049 de 2019.

el mes de mayo de 2022 le fue consignado el valor de la indemnización en el Banco Agrario, es por ello que, el 27 de enero de 2023 radicó petición ante la Unidad Administrativa Especial y Reparación Integral a la Víctimas -UARIV en el que requirió la entrega de la carta de indemnización para reclamarla antes de que la misma sea devuelta.

Adujo el señor Ríos González que, en el mes de marzo que el año que discurre, recibió respuesta por parte de la entidad accionada mediante Rdo. 2023-0158841-1 en la que le informan que el proceso bancario terminaría el 24 de febrero de 2023, por lo que esa entidad lo contactaría para la entrega de la carta de pago. El 10 de marzo se dirigió a la oficina de enlace de víctimas en donde le informan que el recurso de fue devuelto a Bogotá.

Bajo este panorama, advierte la Sala que le asiste razón al Juez de Primer Grado al considerar que fue en virtud del actuar negligente de la Unidad Administrativa Especial y Reparación Integral a la Víctimas -UARIV como consecuencia de las trabas administrativos, que acaeció la devolución de la indemnización administrativa consignada al accionante en el Banco Agrario, como quiera que, esa entidad pese a que el accionante requirió de manera oportuna la carta de pago para reclamar el dinero y evitar que éste fuera devuelto, la UARIV no actuó de conformidad y hasta el momento no se ha comunicado con el accionante para su entrega, siendo ésta la razón por la cual el accionante no ha podido acceder de manera efectiva a la indemnización concedida.

Ahora, en la impugnación presentada por la Unidad Administrativa Especial y Reparación Integral a la Víctimas - UARIV, se adujo que, en la presente causa se configuraba el fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado, toda vez que, el pasado 31 de marzo emitió nueva respuesta con Rdo. 2023-0495444-1 a la petición presentada por el accionante en la que se le informa que la indemnización administrativa reconocida mediante la Resolución N°. 04102019-1382535 del 28 de octubre de 2021, estuvo disponible para cobro en banco desde el 2022-11-30 hasta **el 2/2/2023** y por no cobro fue reintegrada, en vista de lo cual debía realizarse el procedimiento de reprogramación de los recursos⁶. Respuesta ésta que contradice la emitida mediante Rdo. 2023-0158841-1 en la que le informan que podía realizar el cobro hasta antes del cierre del proceso bancario que finalizaba el **24 de febrero de 2023**⁷. En ese sentido, no existe claridad con relación al término con el que contaba con el accionante para reclamar el dinero consignado y, que en todo caso, la petición elevada por el señor Ríos González en la que requería de manera prioritaria la entrega de la carta de pago, fue anterior a las fechas señaladas, debiendo la entidad accionada comunicarse de manera oportuna con el actor para informar que la indemnización había sido consignada y realizar la consecuente entrega de la carta de pago, pues ésta era necesaria para el cobro de los recursos, sin embargo, tal actuación que no se cumplió por parte de la UARIV pese a los múltiples requerimientos realizados por el accionante.

Debe precisarse, además que, el accionante informó que en virtud su situación de discapacidad fue priorizado

⁶ Ver archivo denominado: "06RespuestaUnidadDeVictimas.pdf" ubicada en la carpeta C01PrimeraInstancia del Expediente Electrónico.

⁷ Ver pagina 6 y ss de archivo denominado: "02EscritodeTutela.pdf" ubicada en la carpeta C01PrimeraInstancia del Expediente Electrónico.

para el pago de la indemnización administrativa—allega certificado de discapacidad⁸—, afirmación que no fue rebatida por la entidad accionada, luego, contrario lo señalado en la impugnación con relación a la imposibilidad de informar fecha de pago, debe precisarse que, cuando una persona cumple con los criterios de priorización, sí es posible informar la fecha en que se hará efectivo el pago de la indemnización⁹.

Así las cosas, corresponde a la Unidad Administrativa Especial y Reparación Integral a la Víctimas -UARIV, informar al señor Martín de Jesús Ríos González el trámite que debe realizarse para reprogramación del pago de la indemnización administrativa y, en caso de verificarse que efectivamente cumple con los criterios de priorización, informar la fecha en que ésta se hará efectiva.

En este orden de ideas, sin entrar en más consideraciones, la Sala **CONFIRMARÁ** la decisión del Juzgado Penal del Circuito de La Ceja, Antioquia fechada del 18 de abril de 2023.

En consecuencia, sin necesidad de otras elucubraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

6. RESUELVE:

8 Ver pagina 21 y ss de archivo denominado: "02EscritodeTutela.pdf" ubicada en la carpeta C01PrimeraInstancia del Expediente Electrónico.

9 STP3492-2021, Radicado 114900 del 16 de febrero de 2021

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido 18 de abril de 2023, por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja–Antioquia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Entérese de esta sentencia a las partes en la forma prevista legalmente y remítase dentro del término legal el proceso a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADO**

Firmado Por:

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**

**Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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: **154e4366f4305e6be896cbea08b69083f12a759008d05fcb23fb6c2f81fcc1b8**

Documento generado en 26/05/2023 01:24:50 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA ESPECIAL DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

M.P. NANCY AVILA DE MIRANDA



1

CUI: 055796000000202200038
No. Interno: 2023-0873-2
DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO
PROCESADOS: M.D.M.C y E.A.E.M
DECISIÓN: DECLARA FUNDADO IMPEDIMENTO.

Medellín, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado según acta nro. 052

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver de plano, conforme lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 57 de la ley 906 de 2004, el impedimento expuesto por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE PUERTO BERRÍO (ANTIOQUIA) y, no aceptado por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE CISNEROS(ANTIOQUIA), al amparo del numeral 6° del artículo 56 ibidem, en concordancia con el inciso primero del artículo 39 ibidem, por las razones que más adelante se exponen.

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

2. ANTECEDENTES

Mediante proveído del 16 de mayo de 2023, **la titular del Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Berrío (Ant.)**, se declaró impedida para conocer de la actuación judicial seguida en contra de los menores M.D.M.C y E.A.E.M, a la luz de lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 56 del C.P.P en concordancia con el inciso primero del artículo 39 ibidem, en tanto fungió como juez de control de garantías, en sede de segunda instancia, al haber resuelto el 17 de mayo de 2023, el recurso de apelación incoado por la defensa en contra la decisión emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Puerto Berrío(Ant), con relación con la declaratoria de legalidad de la medida de internamiento preventivo en centro especializado en contra del menor E.A.E.M, decisión que fue confirmada por ese despacho.

Por su parte, el **Juzgado Promiscuo de Familia de Cisneros (Ant)**, mediante decisión del 18 de mayo de 2023 no aceptó el impedimento deprecado por su homóloga, al señalar que:

“...la causal de impedimento invocada por la Juez homóloga de Puerto Berrío, no se acompasa a los hechos que fundamentan dicha causal, pues en como tal se fundamenta en que conoció del recurso de apelación de la decisión de impuso medida de internamiento preventivo al adolescente EVER ALEXIS ESPELETA MESA, por lo que, en ese sentido, debió invocar fue la causal 13 del artículo 56 del C.P.P.

Ahora, en gracia de discusión, debe memorarse que, en aplicación al principio de imparcialidad, las causales de impedimento pueden ser objetivas o subjetivas, pues con ello se evita que un Juez se aparte por capricho del conocimiento de un determinado asunto, y en ese orden,

debe verificarse en algunas causales que tan comprometido podría verse la imparcialidad a la hora de adoptar la decisión que en derecho corresponda.

Esta Agencia Judicial, al rompe observa que no se configura la causal de impedimento invocada por la funcionaria de familia de Puerto Berrio – Antioquia y que la lleve a un impedimento de continuar conociendo del presente asunto penal y máxime cuando, aquella se encuentra reemplazando las vacaciones de la titular de ese despacho, además la causal invocada no se subsume en los hechos que la fundamentan, y en gracia de discusión, la Juez homóloga de Puerto Berrio, para decidir sobre el recurso de apelación de la medida de internamiento preventivo, si bien mencionó algunos elementos materiales probatorios con los que se cuenta, no realizó un análisis concienzudo de estos, o al menos de la providencia no se extrae que así haya sido, pues únicamente indicó que de aquellos se podía inferir razonablemente que el joven imputado puede ser el autor o participe de la conducta delictiva imputada, y que ellos se infiere de las múltiples entrevistas de personas que fueron testigos de esa conducta como de otros que manifestaron que hacen parte de esa misma organización “el oasis”, quienes reconocieron al adolescente como uno de sus participantes, que dieron cuenta de los actos concretos y roles del adolescente dentro de la misma organización, y en consecuencia, de ese trabajo intelectual que hizo la juez en mención, no se vislumbra que existan motivos razonables para predicar que se configura una causal de impedimento por haber fungido como juez de garantías de segunda instancia, pues se itera los juicios de valor realizados por dicha funcionaria, no son claros y directos sobre la existencia de la conducta punible y responsabilidad del adolescente aquí implicado, además de que su permanencia en dicho juzgado es de manera transitoria y por el periodo de vacaciones de la titular.”

En razón de lo anterior, remite la actuación procesal a este Tribunal a fin de resolver de plano la procedencia o no de la causal de impedimento invocado por la Juez Promiscuo de Familia de Puerto Berrío (Antioquia).

3. CONSIDERACIONES

De acuerdo con el inciso 2° del artículo 57 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación en calidad de superior funcional es la competente para conocer de la discusión suscitada en materia de impedimentos entre el Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Berrío (Antioquia) y el Juzgado Promiscuo de Familia de Cisneros (Antioquia).

Debe la Sala en esta oportunidad decidir si efectivamente el Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Berrío (Antioquia), se encuentra incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 6° del artículo 56 de la ley 906 de 2004 que reza:

6. Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso, o sea cónyuge o compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar.

En punto del impedimento por haber sido juez de control de garantías, señaló la H. Corte Suprema de Justicia en proveído **ATP418-2019 Rdo. 54718 del 20 de marzo de 2019**, lo siguiente:

(...)

“3. Las instituciones de los impedimentos y las recusaciones están consagradas en la Constitución Nacional y en la ley para la preservación del derecho a ser juzgado por funcionarios imparciales, garantía que ha alcanzado la categoría de fundamental como integrante del debido proceso, que también esta contemplada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 10, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de New York, artículo 14.1².

En ese sentido el legislador en la Ley 906 de 2004, estableció causales de impedimento de orden objetivo y subjetivo, bajo cuyas reglas el juez debe apartarse del conocimiento del asunto, garantizando así a las partes y demás intervinientes en el proceso, imparcialidad en sus decisiones.

Así lo ha precisado la Corte en su jurisprudencia, indicando que el ejercicio de la declaración de impedimento, constituye un mecanismo dirigido a proteger la imparcialidad de quienes administran justicia; de ahí que su manifestación no pueda estar sujeta al capricho de los funcionarios judiciales, quienes se encuentran sometidos a las causales taxativamente señaladas en la ley, que significa que nadie puede acudir a la analogía ni a la extensión de los motivos expresamente señalados por la ley, en aras de sustentar su procedencia.

4. El inciso segundo del numeral primero del artículo 250 de la Constitución Nacional, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002 establece que «El juez que ejerza funciones de control de

² Por ejemplo, MARÍA DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ, «Imparcialidad: abstención y recusación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero», *Responsa iurisperitorum digesta*, volumen II, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, p. 90.

garantías, no podrá ser, en ningún caso, el Juez de Conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esa función».

En similares términos, el artículo 39 de la Ley 906 de 2004 señala que «(...) El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para ejercer la función del conocimiento del mismo caso en su fondo».

A su vez, en el numeral 13 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, se señala como expresa causal de impedimento que “el juez haya ejercido el control de garantías o conocido de la audiencia preliminar de reconsideración, caso en el cual quedará impedido para conocer del juicio en su fondo”.

Se trata entonces, de una circunstancia objetiva, por lo cual basta su constatación para reconocerla, sin adentrarse en consideraciones particulares sobre la actividad del funcionario en el proceso con ocasión de dicha intervención, como lo ha señalado la Corte³.” NEGRILLAS Y SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO.

Así las cosas, explicó la titular del Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Berrio (Antioquia), encontrarse impedida para conocer de la investigación seguida en contra de los menores **M.D.M.C y E.A.E.M**, ello porque fungió como juez de control de garantías en sede de segunda instancia en virtud del recurso de apelación impetrado por la defensa del menor E.A.E.M. en contra de la decisión que le impuso medida de internamiento preventivo en Centro Especializado. El cual fue desatado el pasado 17 de mayo, confirmándose la decisión de primera instancia.

Corolario de lo anterior, advirtió encontrarse inmersa en

³ CSJ, AP3830-2018, 5 sep 2018, Rad.53570.

la causal de impedimento descrita en el numeral 6° del artículo 56, en concordancia con el inciso primero del artículo 39 ibidem.

La citada manifestación no fue aceptada la Juez Promiscuo de Familia de Cisneros(Antioquia), quien considera que invocó erróneamente la causal, ya que al fundamentarse en que conoció el recurso de apelación de la decisión que impuso medida de internamiento preventivo del adolescente E.A.E.M., debió invocar la causal 13°; pero al margen de lo anterior, considera que, no realizó juicios de valor sobre la existencia de la conducta punible y responsabilidad del adolescente implicado, además de que su permanencia en dicho juzgado es transitoria y por el periodo de vacaciones de la titular.

Así las cosas, dígame desde ya que, si bien la Juez Promiscuo de Familia de Puerto Berrío (Antioquia)señaló encontrarse inmersa en la causal de impedimento descrita en el numeral 6° del artículo 56 del C.P.P., esta no se compadece con la situación puesta de presente, esto es, el haber actuado en sede de segunda instancia como juez de control de garantías, cuya causal de impedimento, tal como lo indicara la titular de Juez Promiscuo de Familia de Cisneros, Antioquia, corresponde a la encuadrada en el numeral 13° del artículo 56 ídem, sin embargo, no puede dejarse de lado que también hizo alusión a lo dispuesto en el artículo 39 ibidem, el cual dispone que: *“El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para ejercer la función del conocimiento del mismo caso en su fondo.”*; siendo evidente entonces que, pese a tener claro la situación que dio lugar al impedimento, erró en la causal invocada, no obstante, ello no impide que se estudie de fondo la situación alegada.

Bajo este panorama, refulge con nitidez que impedimento por la Juez Promiscuo de Familia de Puerto Berrío(Antioquia) es **fundado**, en tanto, quedó acreditado que actuó como juez de control

de garantías dentro de esta misma actuación al resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la legalización de la medida de internamiento preventivo que recayó en cabeza del menor E.A.E.M, luego, **se encuentra inmersa en la causal objetiva descrita en el numeral 13° del artículo 56 del C.P.P.** en la que solo basta verificar que se ha actuado en tal calidad, esto es, como juez de control de garantías, para que opere el citado impedimento, sin que para ello se requiera, como en otras causales, un análisis en punto de la "**actividad del funcionario en el proceso con ocasión de dicha intervención, como lo ha señalado la Corte**"⁴.

Debe precisarse además que, el impedimento se predica del funcionario judicial y, en ese sentido, no es de importancia si el funcionario se encuentra o no transitoriamente regentando un despacho judicial para determinar si se está inmerso en una causal de impedimento, por manera que, el debate se ciñe únicamente a verificar si efectivamente el juez se encuentra incurso en el impedimento alegado.

Por lo tanto, se **DECLARA FUNDADO EL IMPEDIMENTO** aducido por la **JUEZ PROMISCOUO DE FAMILIA DE PUERTO BERRÍO(ANTIOQUIA)** y se dispone **REMITIR** la actuación al **JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE CISNEROS(ANTIOQUIA)**, para que dicho despacho judicial le imprima al proceso el trámite de ley.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,**

4. RESUELVE

⁴ Corte Suprema de Justicia en proveído ATP418-2019 Rdo. 54718 del 20 de marzo de 2019.

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO EL IMPEDIMENTO aducido por la Juez Promiscuo de Familia de Puerto Berrío (Antioquia), para declinar el conocimiento del proceso que se adelanta contra de los menores **M.D.M.C y E.A.E.M** por el delito de **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO**.

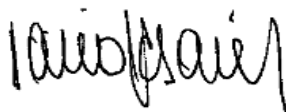
SEGUNDO: REMITIR, en consecuencia, la carpeta al **JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE CISNEROS(ANTIOQUIA)**, para que éste continúe el conocimiento de las diligencias.

TERCERO: Comuníquese lo decidido a la Juez Promiscuo de Familia de Puerto Berrío, Antioquia y, devuélvase el expediente en forma inmediata.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE



**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA SALA PENAL**



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



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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Radicado único	110016000097202150082
Radicado Corporación	2023-0548-2
Procesados	JOSE ORLANDO MONCADA ZAPATA Y JAIRO DE JESUS ARBOLEDA PAREJA
Delito	Concierto Para Delinquir Agravado
Decisión	Se confirma

MEDELLÍN, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 050

1. ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por el delegado de la fiscalía General de la Nación Fernando Pérez Peña y el representante del Ministerio Público José Alejandro Balaguera Galvis, contra el auto que profirió el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia el 27 de marzo de 2023, por el cual se negó la solicitud del delegado fiscal, de incorporación de una prueba sobreviniente.

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

2. HECHOS

A voces del escrito de acusación presentado por el Fiscal 073 especializado:

Con las capturas de alias LA ERRE, alias SANGRE, alias CARNE RANCIA, alias RESABIADO y el homicidio de alias ALAMBRE O JUACO, quienes dirigían la línea de mando del GAO LOS GAITANISTAS, desde el año 2014, responsables del ala militar, financiera, narcotráfico y política; la PJ adscrita a la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL- DIJIN adscritos a la Campaña Militar y Policial CONDOR, logró, con diversos actos investigativos, identificar e individualizar la actual línea de mando que asumió, a partir del año 2019, la subestructura del Bloque Pacifico Jaime de Jesús Durango Restrepo del Grupo Armado Organizado-CLAN DEL GOLFO, con injerencia en el suroeste antioqueño, municipios de Bolívar, Concordia, Salgar, Betulia; Urrao y Pueblo Rico, del Departamento de Antioquia, dedicado a la comisión de delitos como el homicidio; fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego de uso privado o restringido; fabricación; tráfico, porte o tenencia de armas de fuego; y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

En cuanto al rol o función que cumplía JOSE ORLANDO MONCADA ZAPATA, reconocido como alias TASMANIA, como componente de las AGC, frente o bloque suroeste antioqueño, con los EMP, se pudo establecer, con probabilidad de verdad que el precitado fue vinculado a la organización a finales del año 2019 por orden de alias OMAR o NINO, comandante o cabecilla del bloque pacífico Jairo de Jesús Durango, como máximo cabecilla financiero del frente suroeste; labor que asumió junto con alias CASTIPAN, quien para esa data era el responsable de las finanzas de la organización del frente suroeste. Como cabecilla participaba en las reuniones junto con alias LA ERRE, SANGRE Y CASTIPAN, en Jericó y Peña Lisa, para coordinar los impuestos que la organización recibía por concepto del microtráfico en los municipios de Tarso y Pueblo Rico; a la par, participaba en la compra de armas para la organización; y pagaba la nómina a sus integrantes. Su vínculo o permanencia parte desde el año 2019, finales, a febrero de 2022, que se produjo su captura por orden judicial.

De JAIRO DE JESÚS ARBOLEDA PAREJA, reconocido con el alias de MARRANO, se pudo establecer, con probabilidad de verdad, que el mencionado se vinculó a los Gaitanistas a finales del año 2020; allí asumió, inicialmente, el control de las plazas de vicio urbanas de los municipios de Betulia y Ciudad Bolívar, vereda

Ventorrillo y Corregimiento de Farallones; igualmente, tenía bajo su responsabilidad coordinar toda la actividad delictiva de la organización junto con alisas EL NEGRO, quien luego resultó asesinado en Bolívar; fue señalado como uno de los hombres de confianza de los mando del choco. Su vínculo o permanencia parten del año 2020, finales, a febrero de 2022, que se produjo captura por orden judicial.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Materializada la orden de captura solicitada por la Fiscalía contra el señor José Orlando Moncada Zapata y el señor Jairo De Jesús Arboleda Pareja, se concretan las audiencias preliminares de rigor ante el Juez de garantías el 28 de febrero de 2022, formulándoseles imputación como autores del delito concierto para delinquir agravado, sin que se allanaran a los cargos, imponiéndoseles medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario.

Se presentó escrito de acusación contra los dos ciudadanos por los mismos cargos, correspondiéndole la actuación por reparto el día 29 de julio de 2022 al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

El 12 de octubre de 2022 se desarrolla la audiencia preparatoria, donde se corrobora el descubrimiento probatorio por parte de la fiscalía; la defensa realiza el descubrimiento probatorio; y el despacho procede al decreto de pruebas.

El 14 de diciembre de 2022 se da inicio al juicio oral, procediendo la Fiscalía a exponer su teoría del caso, no así, la bancada defensiva.

El 27 de marzo de 2023 al dar continuación al juicio oral, la fiscalía solicita incorporar una prueba sobreviniente y el juez niega la petición. Contra este auto la fiscalía y el Ministerio Público deciden interponer el recurso de apelación.

4. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO ORIGEN AL PRESENTE RECURSO Y LA DECISIÓN DEL A-QUO

Luego de corroborar la asistencia de las partes a la audiencia de juicio oral del 27 de marzo de 2023, el delegado de la fiscalía Fernando Pérez Peña solicita la inclusión de una prueba sobreviniente, buscando incorporar dos sentencias condenatorias ejecutoriadas, fungiendo en ambas como representante de la fiscalía, proferidas el 30 de noviembre de 2022 y el 13 de febrero de 2023, contra Luis Eduardo Castaño Urrego alias "Luis" y Luis Fernando Vélez Alias "Castipan".

Considero que eran pertinentes por qué:

"A través de estos documentos públicos, de una parte se hará más probable la teoría del caso de la fiscalía, o lo que es lo mismo, los alegatos de apertura, ya que los testigos de cargo de la Fiscalía, Abelardo Vargas Benítez y Jorge Alberto Ríos, quienes hicieron parte de la organización Autodefensas Gaitanistas de Colombia, con injerencia en el suroeste antioqueño, con sus declaraciones mencionaron tanto a los aquí enjuiciados, como a Alias Luis y Alias Castipan, como integrantes de ese grupo armado; y de otra porque los precitados fueron condenados por los referidos estrados judiciales, por preacuerdo de culpabilidad con la apreciación y valoración de los testimonios rendidos por estos cabecillas, máxime cuando se procuró por la defensa del enjuiciado José Orlando Moncada Zapata, revocar la medida de aseguramiento con entrevistas posteriores de los testigos de cargo, retractándose de sus dichos.

El delegado del Ministerio Público asintió sobre la postulación realizada por el Fiscal delegado para la causa.

El A quo se pronunció sobre la solicitud del Fiscal. Su decisión se sintetiza así:

La fiscalía no asumió la carga argumentativa respecto a la pertinencia, frente a lo que indicó: *“creemos que no bastan con hacer una descripción del elemento material probatorio, es necesario como lo ha dicho la defensa de Jairo de Jesús Arboleda Pareja, es necesario hacer un enlace de porque ese documento es importante para probar alguno de los hechos directamente relevantes en el proceso que se adelanta contra estas dos personas, y es que riñe con los postulados del artículo 375 del C.P.P, en concordancia con el 357, creemos que la fiscalía debió asumir y desahogar una carga argumentativa, indicando de manera especial la pertinencia de esos elementos materiales de prueba, de esos documentos, es decir evidenciar mediante un argumento concreto y suficiente, de que dichos elementos se refieren directa o indirectamente, con los hechos o circunstancias relativas al tema probando contra Jorge Orlando Moncada Zapata y Jairo de Jesús Arboleda Pareja”*

Aduce además, que desde la audiencia preparatoria celebrada el 12 de octubre de 2022, el ente persecutor ya conocía los hechos de las sentencias que pretende incorporar y le era aprehensible haberlas solicitado, además de resaltar que si se incorpora la prueba solicitada los procesados no podrían ejercer efectivamente el derecho de defensa, en tanto no pueden ser sometidas a la debida contradicción y confrontación, al no contar con un testigo de acreditación, para finalmente indicar que las providencias pretendidas

ingresar no tienen relación directa con el caso que se debate en juicio. Con las siguientes palabras, verbalizó su estudio:

Cuando la fiscalía en el escrito de acusación y audiencia preparatoria esto es el 12 de octubre de 2022, pienso que si la fiscalía tenía ya estructurado y conocidos los hechos desde la imputación contra estas personas, le era aprehensible haber solicitado estas dos sentencias en la audiencia preparatoria y no lo hizo, él podía prever la existencia de estos dos documentos y mírese que lo que dice la fundamentación de este despacho, es que cuando a pesar de conocer antes del juicio no resultara evidente y obvia su solicitud y lo que se pretende como prueba sobreviniente es que la prueba se condiciona a que sea importante para las resultas del juicio, lo que la fiscalía pretende con estos documentos es acreditar la existencia de una organización criminal y que allí se hace alusión al nombre de unos alias, pero como lo dijo la defensa , si la defensa le llegase a decretar como prueba sobreviniente unas sentencias condenatorias ya ejecutoriadas, entonces sí a la defensa le da por hacer uso de su contrainterrogatorio para hacer alusión a esas sentencias, entonces ¿Cuál sería el testigo de acreditación?, cuando la fiscalía dice que ingresarán al juicio por ser documentos públicos, pero es que allí en esa sentencia se pudo hablar de tipicidad, antijuridicidad, responsabilidad, pero de las dos personas que fueron allí condenadas, entonces en el hipotético caso de valoración en juicio de dos sentencias condenatorias, lo que haría este juzgador es analizar la situación de porque se decretarían unas sentencias y la conclusión es: a) para acreditar por parte de la fiscalía la existencia de una organización criminal, pero a la fiscalía se le decretaron testimonios del intendente Weimar Alonso Arias, el patrullero Juan Sebastián Ruda, Abelardo Vargas Benítez , Gerardo de Jesús Vargas Benítez, Andrés Felipe Morales Marín y Jorge Alberto Ortiz Ríos. Creemos que cuando la fiscalía pidió esos testimonios era porque ya había estructurado y estudiado su teoría del caso, entonces esas sentencias en este juicio como lo han dicho los señores defensores, no tienen una relación directa en el caso de José Orlando Moncada Zapata y Jairo de Jesús Arboleda Pareja.

Por consiguiente, negó la postulación realizada por el fiscal 073 Especializado.

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

El delegado de la fiscalía interpuso recurso de apelación

alegando que las decisiones que se pretenden incorporar como prueba sobreviniente, no podían ser descubiertas o contenidas en el escrito de acusación porque las sentencias fueron posteriores a estos escenarios, y hace referencia al 30 de noviembre de 2022 y el 13 de febrero de 2023, por lo que considera que era imposible para el prever la existencia de las mismas. Así lo explicó:

Al respecto quiero puntualizar para que sea objeto de decisión, por parte de la honorable sala del Tribunal, competente para desatar este recurso de alzada, que las decisiones que se pretenden incorporar como prueba sobreviniente, no podían ser descubiertas o contenidas en el escrito de acusación por su posterioridad, y hago referencia al 30 de noviembre de 2022 y el 13 de febrero de 2023, es decir, ese sería el primer punto de partida, que las sentencias tienen fecha de posterioridad, inclusive se había iniciado en audiencia anterior por parte de este delegado, con los alegatos de apertura. Era imposible para este delegado prever la existencia de estos documentos, y para el efecto quiero hacer la siguiente claridad, están relacionados como testigos de cargo de la fiscalía entre otros, Abelardo Vargas Benítez conocido como alias R, su hermano Gerardo de Jesús Vargas Benítez alias Sangre, y el señor Jorge Alberto Ríos Ortiz Alias Resabiado, estas tres personas, son testigos de cargo porque en la misma fecha en que decidieron entregar información a los investigadores de la fiscalía, relacionaron a 4 personas y hago alusión a Luis Fernando Vega Valladares conocido como Castipan o Kevin, Luis Eduardo Castaño Urrego conocido como alias Luis, se habló igualmente de los dos acusados José Orlando Moncada Zapata con el alias de Tasmania y Jairo de Jesús Arboleda Pareja con el alias de Ran, estas 4 personas fueron capturadas en momentos diferentes, con la excepción de los dos aquí acusados, Moncada Zapata y Arboleda Pareja, por lo que se presentó el escrito de acusación para los dos, las otras dos personas, fueron debidamente acusadas y durante el desarrollo de las siguientes actuaciones propias del proceso, se llegó a un preacuerdo, obteniéndose las sentencias anticipadas con estas dos personas, el 13 de febrero del año en curso y el 30 de noviembre de 2022.

Manifiesta que sí argumento efectivamente la pertinencia de la prueba sobreviniente, pues indicó que esos documentos cumplían con los presupuestos de hallazgos con posterioridad a la audiencia preparatoria, constituyéndose en un elemento de convicción de tal trascendencia para el debate probatorio y cuya ausencia puede perjudicar de manera grave la integridad del juicio.

Alega que la defensa de los acusados no se vería afectada, pues el defensor del acusado Moncada Zapata intentó la revocatoria de la medida de aseguramiento, con las mismas versiones de los testigos de cargo que la fiscalía mencionó, donde se retractan de lo dicho a los investigadores de la fiscalía. Al compás, adveró:

por el contrario, la defensa del acusado Moncada Zapata, había acudido con antelación y en dos oportunidades como lo mencione, se intentó la revocatoria de la medida de aseguramiento, con las mismas versiones de los testigos de cargo que he mencionado, donde se retractan de lo dicho a los investigadores de la fiscalía, en otras palabras, y es lo que se quiere probar a través de estos documentos, que las manifestaciones hechas previas al juicio, no son mentirosas, que es el debate probatorio que se asigna al desarrollo de este juicio con los testigos de cargo de la fiscalía, en la medida que dos de los cuatro involucrados por los testigos de cargo, decidieron de manera autónoma, libre, consciente y voluntaria, aceptar como ciertos, todos los hechos expuestos por los testigos que hoy, o en este juicio declararan como testigos de cargo.

Concluye indicando que a través de la incorporación de la prueba sobreviniente se haría más probable la teoría de la fiscalía, reiterando que los testigos Abelardo Vargas Benítez, Gerardo Vargas Benítez y Jorge Alberto Ríos, hicieron parte de la organización por la que fueron acusados los señores Moncada

Zapata y Arboleda Pareja, y en sus declaraciones mencionaron a los aquí enjuiciados, para lo cual, afirmó “Se indicó en esa medida que a través de estos documentos se haría más probable la teoría de la fiscalía al exponer los alegatos de apertura, reiterando que estos testigos, Abelardo Vargas Benítez, Gerardo Vargas Benítez y Jorge Alberto Ríos, hicieron parte de la organización por la que fueron acusados los señores Moncada Zapata y Arboleda Pareja, en sus declaraciones mencionaron a los aquí enjuiciados, aparte de Luis y Castipan, que fueron ya condenados como integrantes de ese grupo armado, fueron condenados reitero por preacuerdo, con la valoración y apreciación de los testimonios rendidos por estos cabecillas, entonces estas dos sentencias están relacionadas con los hechos jurídicamente relevantes expuestos en los alegatos de apertura, y es que José Orlando Moncada Zapata y Jairo de Jesús Arboleda Pareja, también fueron señalados por los mismos testigos de hacer parte con roles distintos dentro de esa organización a que ellos pertenecieron hasta finales de 2019”.

Con todo ello, solicitó se revocará la decisión de primera instancia, y en su lugar, se concediera la solicitud de prueba sobreviniente, en los términos peticionados primariamente.

El delegado del Ministerio Público interpuso recurso de apelación alegando que la pertinencia estaba suficientemente acreditada y así lo pudo develar el juez de primera instancia cuando indicó que entendía que la pertinencia tenía que ver con relación a la existencia de la organización de la cual se indica, harían parte las dos personas acusadas y con la negativa de la incorporación de la prueba sobreviniente desconoce los hechos jurídicamente relevantes que hacen relación a un concierto para delinquir.

De otro lado indicó que el fiscal no pudo prever la existencia de esta prueba, dado que las sentencias nacieron a la vida jurídica el 30 de noviembre de 2022 y el 13 de febrero de 2023, por lo que le era difícil predecir su posible existencia.

En cuanto a la ausencia del testigo de acreditación indico que no tendría lugar controversia sobre la legalidad o autenticidad de los documentos que se pretenden incorporar, los cuales gozan de fe pública, considerando así, el poder ser introducidos directamente por parte del fiscal, sin necesidad de testigo de acreditación. Por lo tanto, solicitó que se revoque la decisión de primera instancia.

PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES.

El Dr. Wilson Gómez Betancur, defensor del señor José Orlando Moncada Zapata, manifestó que las dos sentencias condenatorias que se pretenden ingresar como prueba sobreviniente, se dieron por terminación anticipada, por ende, los elementos materiales probatorios que tenían los fiscales en ese momento, dieron para que los allanados decidieran acogerse a las sentencias anticipadas, por ello, era de prever la existencia de ese caudal de prueba con que contaba el fiscal delegado para la causa, lo que en modo alguno le impedía, solicitar la admisión de los mismos.

Indica además, que la admisión de esa prueba sobreviniente comportaría vulneración al derecho de defensa de su defendido, pues no se podría realizar un contrainterrogatorio y

presumir ese documento como autentico sin testigo de acreditación, cercenando su derecho de contradicción.

Por último, indica que no puede acudir al instituto de la prueba sobreviniente de modo residual, para postular elementos de juicio que debieron haber sido solicitados en su debida oportunidad, pues no está diseñada para habilitar un nuevo periodo de descubrimiento orientado a remediar las omisiones de las partes en el trabajo investigativo que deben realizar para sustentar su teoría del caso.

El Dr. Iván Restrepo, defensor del señor Jairo de Jesús Arboleda Pareja, manifestó que una sentencia condenatoria ejecutoriada, solo puede probar la condena de una persona, a cuantos años se le condene y los aspectos relevantes sobre subrogados penales y condenas accesorias. Si lo que se pretende es la incorporación de las apreciaciones probatorias, o las valoraciones que hizo el juez de conocimiento en ese proceso, para afinar una decisión en el presente caso, es ilegal, en el sentido de que el juez de conocimiento solo puede valorar la prueba practicada en el juicio, por lo que no se podría trasladar la prueba practicada ante otro juez.

Aduce que la fiscalía no argumento suficientemente porque la prueba sobreviniente solicitada es pertinente en el sentido de tener relación directa o indirecta con los hechos jurídicamente relevantes y en efecto resultaría imposible acreditar la pertinencia, pues estas sentencias condenatorias solo prueban

que hay dos personas condenadas por los hechos, por los cuales se está acusando a su defendido en el proceso.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

Esta Corporación es competente para conocer de la contención presentada por la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio Público, de conformidad con lo establecido en los artículos 20 y 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal.

6.2. Caso Concreto

El tema sometido al examen de esta Corporación se relaciona esencialmente con las oportunidades para formular solicitudes probatorias en el esquema de la ley 906 de 2004, para lo cual es necesario partir de las siguientes premisas normativas:

El artículo 374 del C. de P.P. dispone que:

“Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el artículo 357 y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público”.

El artículo 357-2 del mismo estatuto establece que:

“El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran pruebas, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código.

(...) Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la

existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiese tener especial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica “

Por su parte el inciso 4º del artículo 344 de la ley 906 de 2004 establece que:

“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 considerando el perjuicio que podía producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.”

Para dar respuesta al recurso propuesto se debe tener en cuenta inicialmente que por tratarse de una petición formulada en medio del juicio oral, se entiende, prima facie, que la solicitud del delegado de la Fiscalía General de la Nación versó sobre una prueba sobreviniente, que se encuentra regulada en el inciso 4º del artículo 344 del C. de P.P. norma que condiciona la admisión de ese tipo de pruebas a unos criterios básicos que se pueden sintetizar así: i) el hallazgo en la fase del juicio de un elemento material probatorio y evidencia física, que sea muy significativo; ii) la valoración que haga el juez de conocimiento sobre las consecuencias de la introducción de esa prueba frente al derecho de defensa y la integridad del juicio; y iii) la admisibilidad excepcional de ese tipo de pruebas.

Al examinar los criterios previstos en el artículo 344 del C. de P.P. frente al caso *sub lite*, se debe poner de presente que la admisibilidad de la prueba sobreviniente es excepcional, lo que obliga a hacer un examen más riguroso de los factores que regulan la admisión de esa clase de evidencias.

El órgano de cierre de la justicia penal ordinaria señaló que frente a la prueba en mención "No clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que, conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubieren enunciado o descubierto en las oportunidades legales para ello; por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe"².

Cabe destacar que respecto de la prueba sobreviniente se ha sostenido desde tiempo atrás que "No está diseñada para habilitar un nuevo periodo de descubrimiento orientado a remediar las omisiones de las partes en el trabajo investigativo que deben realizar para sustentar su teoría del caso. Si ello es así, dentro de este concepto no ingresan los medios de convicción que racionalmente pudieron ser conocidos y obtenidos de manera oportuna por las partes con el despliegue de mediana diligencia en la ejecución de los deberes que su rol les impone"³

Para afianzar lo que se viene sosteniendo, la jurisprudencia⁴ en pronunciamiento reciente, expuso lo siguiente:

En relación con el ejercicio de esta potestad probatoria, la Sala en auto del 25 de agosto de 2004, Rad. 22692, consideró que:

«Respecto a la posibilidad de solicitar pruebas que se deriven de las practicadas en la etapa del juicio, es decir, sobrevinientes, la nueva normatividad procesal, de aplicación inmediata, dado su carácter instrumental, no reprodujo el inciso 2º del artículo 448 del Código de Procedimiento Penal de 1991, que establecía: "Si de las pruebas practicadas en las oportunidades indicadas en el inciso anterior, surgieren otras necesarias para el esclarecimiento de los hechos deberán ser solicitadas y practicadas antes de que finalice la audiencia pública" y agregaba "De oficio el Juez podrá decretar las que considere necesarias".

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP, 30 de marzo de 2006, radicado 24468.

³ Auto 11 de junio de 2014, radicado AP3136-2014, 43.433, M.P. María del Rosario González Muñoz.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AP-324 del 11 de febrero de 2021, M.P. Gerson Chaverra Castro

Sobre el particular, solo se encuentra la mención que hace el artículo 401 ibídem respecto a la posibilidad que tiene el Juez de decretar pruebas de oficio, así como la facultad que le concede el legislador en el artículo 409 de la citada codificación al indicar que "Corresponde al juez la dirección de la audiencia pública. En ella tendrá amplias facultades para tomar las determinaciones que estime necesarias con el fin de lograr el esclarecimiento de los hechos..."

De las anteriores revisiones se colige, que la invocada jurisprudencia de la Corte no puede ser aplicada al caso que se analiza por haberse desarrollado el juicio bajo unas nuevas disposiciones legales de aplicación inmediata, lo cual obliga a analizar el punto dentro de ese contexto, del que se deduce que una vez agotadas las oportunidades que tienen los sujetos procesales para solicitar pruebas (a las que se hizo mención) el juez como director de la audiencia pública puede ordenar su práctica en cuanto sean necesarias para lograr el esclarecimiento de los hechos, (artículo 409 Código de Procedimiento Penal) es decir, que la facultad dispositiva que se le concede debe ser ejercida con ese propósito, a la cual indudablemente puede acudir, aún a instancia de los sujetos procesales, hasta antes de que conceda el uso de la palabra a los sujetos procesales para que inicien las intervenciones finales, como quiera que el juez también está sometido al debido proceso, esto es, al cumplimiento de las previsiones legales de las que se deriva que terminado el período probatorio se dará inicio a las intervenciones de los sujetos procesales. (Artículo 407 Ibidem).

Por consiguiente, el juez podrá decretar pruebas de oficio en la audiencia de juzgamiento respecto de las que se puedan derivar de las practicadas en la audiencia, ordenadas en virtud del artículo 400 del C.P.P., o en razón del traslado subsiguiente a la variación de la calificación jurídica efectuada por el fiscal a iniciativa propia o por sugerencia del juez (Art. 404.1) y finalmente, cuando concluido este período probatorio, estime que hay prueba sobreviviente, necesaria para el esclarecimiento de los hechos objeto de juzgamiento. (Art. 409 ya citado)

Para concluir el examen de los aspectos anunciados, la prueba sobreviviente, como la misma expresión lo señala, es aquella que se deriva de otra, cuya viabilidad y conocimiento emerge de la práctica de otra, cuya existencia no era conocida o de la cual no resultaba posible establecer su conducencia, procedencia o necesidad.

Por lo tanto, estando definido en el juicio el ámbito de discusión probatoria por la acusación formulada de manera provisional al momento de calificar el mérito del sumario o con posterioridad al

producirse la variación de la calificación jurídica en el curso de la audiencia de juzgamiento, la prueba que se demande estará ligada a esa imputación.»

Lineamiento que se ha sostenido pacíficamente en la jurisprudencia de esta Corporación, pero con claras limitaciones, tal y como fue expuesto en providencia AP5618-2017, Rad. 49883:

«La Corte ha precisado así que de conformidad con los artículos 401 y 409 del citado estatuto adjetivo hay oportunidad para incorporar o practicar pruebas que no hayan sido pedidas en el término legalmente previsto en el artículo 400, esto es, aquellas sobrevinientes o que se derivan de la etapa del juicio. Para tal fin el juez tiene la facultad de decretarlas de oficio o puede adoptar las determinaciones que considere necesarias con el fin de lograr el esclarecimiento de los hechos, toda vez que es el director de la vista pública.

Sin embargo, esa facultad no es ilimitada, por cuanto de acuerdo con el principio de preclusión de los actos procesales y sólo atendiendo ese carácter teleológico de dilucidar los hechos, puede ordenar la evacuación probatoria, aun a instancia de los sujetos procesales, hasta antes de concederles el uso de la palabra para que inicien sus intervenciones finales.»

Entonces, de manera excepcional y bajo los supuestos aducidos, el juez, incluso, a petición de los sujetos procesales, puede acudir a la figura de la prueba sobreviniente para recopilar elementos de persuasión desconocidos y que aportan a la resolución del caso de manera significativa, al extremo de concluir que su falta de aducción representa una afectación a los derechos y garantías del procesado. Lo cual significa que no procede en aquellos casos en los que se pretenda subsanar omisiones en la solicitud de pruebas en la oportunidad debida.

En este caso, la argumentación del delegado del ente acusador y del Ministerio Público se centró esencialmente en afirmar que la prueba es sobreviniente, primero por cuanto las sentencias de preacuerdo que se pretenden incorporar nacieron a la vida jurídica, con efectos de cosa juzgada, después de haberse efectuado la audiencia preparatoria para el juicio oral, y segundo, porque son necesarias para robustecer la teoría del caso de la fiscalía, cuya ausencia puede perjudicar de manera grave la integridad del juicio ya que dichas

decisiones judiciales *“están relacionadas con los hechos jurídicamente relevantes expuestos en los alegatos de apertura, y es que José Orlando Moncada Zapata y Jairo de Jesús Arboleda Pareja, también fueron señalados por los mismos testigos de hacer parte con roles distintos dentro de esa organización a que ellos pertenecieron hasta finales de 2019”*, y en esa medida, sus valoraciones servirán de soporte a sus alegatos de apertura.

El artículo 357 del CPP dispone precisamente que las partes deben probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan, para que sean aducidos al proceso. A su vez, el canon 375 del mismo estatuto establece el criterio de pertinencia como factor modulador de los ordenamientos probatorios, al disponer que el EMP, la evidencia física y el medio de prueba: *“deberán referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relacionados con la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad, o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sirve para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”*. Además, el test de pertinencia de la prueba debe ser complementado con el examen de su admisibilidad, que se encuentra condicionado a los factores previstos en el artículo 376 del CPP.

Hecha la anterior precisión, la Sala observa que dentro de la audiencia preparatoria llevada a cabo el 12 de octubre de 2022, se solicitó, entre otras, por parte de la Fiscalía General de

la Nación, los testimonios de los investigadores Intendente Weimar Alonso Arboleda Arias y el patrullero Juan Sebastián Rúa, quienes expondrían su participación en los diferentes actos investigativos que permitieron identificar a los nuevos componentes de la subestructura del Bloque Pacífico Jaime de Jesús Durango Restrepo del Grupo Armado Organizado- Clan del Golfo, con injerencia en el suroeste antioqueño, municipios de Bolívar, Concordia, Salgar, Betulía; Urrao y Pueblo Rico, del Departamento de Antioquia, zonas de incidencia, actividades delictivas en las que participan sus integrantes, principalmente los acusados reconocidos con los alias de "Tasmania" y "Marrano", temporalidad de su vinculación, quienes y como estaba conformada la línea de mando, como se llegó a identificar a los enjuiciados y cuál era su rol dentro de la organización. Los testimonios de Abelardo Vargas Benítez y Medardo de Jesús Vargas Benítez, reconocidos con los alias de la "Erre" y "Sangre", fueron en su orden, primero y segundo al mando de las AGC frente Suroeste Antioqueño, subestructura Jaime de Jesús Durango Restrepo, siendo los encargados de recibir las órdenes directas del bloque pacífico, quienes reconocieron a los procesados como integrantes del grupo subversivo, así también el testimonio de Andrés Felipe Morales Marín, quien en su calidad de integrante del grupo delincuencia, expondría todo lo que sabe acerca de los acusados y su pertenencia al grupo ilegal, pruebas testimoniales que fueron decretadas por el juzgado de conocimiento.

Con lo anterior, se tiene que, a la Fiscalía General de la Nación, a efectos de soportar su teoría del caso, le fueron decretados varios testimonios, los cuales tienen la finalidad de probar la pertenencia de los acusados al grupo insurgente clan del golfo, por lo que entiende la entidad tribunalicia que con esa serie de testimonios puede probar, lo que, en sentir del censor, pretende demostrar con las sentencias objeto de preacuerdo.

Manifiéstese, además, que la prueba sobreviniente solicitada por la fiscalía y que tiene que ver con unas sentencias de condena hacía unos miembros de esa misma estructura delincencial, no supera las exigencias de admisibilidad del artículo 344 del CPP, ya que no guardan ninguna relación con el contexto fáctico del escrito de acusación del presente proceso, donde se consignó que:

Con las capturas de alias LA ERRE, alias SANGRE, alias CARNE RANCIA, alias RESABIADO y el homicidio de alias ALAMBRE o JUACO, quienes dirigían la línea de mando del GAO LOS GAITANISTAS desde el año 2014, responsables del ala militar, financiera, narcotráfico y política; la PJ adscrita a la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL - DIJIN adscritos a la Campaña Militar y Policial CONDOR, logró, con diversos actos investigativos, identificar e individualizar la actual línea de mando que asumió, a partir del año 2019, la subestructura del Bloque Pacífico Jaime de Jesús Durango Restrepo del grupo Armado Organizado - CLAN DEL GOLFO, con injerencia en el suroeste antioqueño, municipios de Bolívar, Concordia, Salgar, Betulia, Urrao y Pueblo Rico, del Departamento de Antioquia, dedicado a la comisión de delitos como el homicidio; fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego de uso privativo o restringido; fabricación; tráfico, porte o tenencia de armas de fuego; y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

En cuanto al roll o función que cumplía JOSE ORLANDO MONCADA ZAPATA, reconocido con el alias de TASMANIA, como componente de las AGC, frente o bloque suroeste antioqueño, con los EMP, se pudo establecer, con probabilidad de verdad, que el precitado fue vinculado a la organización a finales del

año 2019 por orden de alias OMAR o NINO, comandante o cabecilla del bloque pacífico Jairo de Jesús Durango, como máximo cabecilla financiero del frente suroeste; labor que asumió junto con alias CASTIPAN, quien para esa data era el responsable de las finanzas de la organización del frente suroeste. Como cabecilla participaba en las reuniones junto con alias LA ERRE, SANGRE y CASTIPAN, en Jericó y Peña Lisa, para coordinar los impuestos que la organización recibía por concepto del microtráfico en los municipios de Tarso y Pueblo Rico; a la par, participaba en la compra de armas para la organización; y pagaba la nómina a sus integrantes. Su vínculo o permanencia parte del año 2019, finales, a febrero de 2022, que se produjo su captura por orden judicial.

De JAIRO DE JESUS ARBOLEDA PAREJA, reconocido con el alias de MARRANO, se pudo establecer, con probabilidad de verdad, que el mencionado se vinculó a los Gaitanistas a finales del año 2020; allí asumió, inicialmente, el control de las plazas de vicio urbanas de los municipios de Betulia y Ciudad Bolívar, vereda Ventorrillo y Corregimiento de Farallones; igualmente, tenía bajo su responsabilidad coordinar toda la actividad delictiva de la organización junto con alias EL NEGRO, quien luego resultó asesinado en Bolívar; fue señalado como uno de los hombres de confianza de los mandos del Chocó. Su vínculo a permanencia parte del año 2020, finales, a febrero de 2022, que se produjo su captura por orden judicial.

Para la Sala, la narrativa del escrito de acusación demuestra que la petición del vocero de la Fiscalía no reúne el requisito de pertinencia de la prueba sobreviniente solicitada, que se debe entender como la relación entre la evidencia pedida y el *thema probandum*. Ni tampoco se satisface el criterio de *utilidad* de la prueba novísima que solicitó, ya que las sentencias condenatorias que se pretende introducir no están dirigidas a apuntalar el *factum* de la acusación en lo relativo a la participación de los procesados en la conducta de concierto para delinquir agravado, sino a que se valoren los elementos materiales de prueba con los cuales se soportaron las sentencias de condena, lo que es claramente inadmisibles, pues si en gracia de discusión se sugiere que con las mismas se refuerza la prueba

en su contra, para ello, cuenta con los testimonios decretados en audiencia preparatoria, quienes en ultimas, corroboraran la participación de los enjuiciados a la estructura delincencial, y en caso, de que exista alguna retractación por aquellos testigos de cargo, en la sistemática procesal penal de corte acusatorio, es viable incorporar al debate oral las entrevistas rendidas con anterioridad al juicio oral, en los supuestos de prueba de referencia, esto es, cuando el testigo no se encuentra disponible, igualmente si las declaraciones previas han sido utilizadas por las partes, bajo las previsiones del interrogatorio cruzado, como instrumento para refrescar la memoria o impugnar credibilidad⁵ y, por último, en aquellos eventos en que el testigo comparece a la audiencia pública de juzgamiento y cambia su versión anterior o se retracta de ella, caso en el cual ingresa como complemento del testimonio⁶.

Ahora bien, para la incorporación y posterior análisis probatorio de las declaraciones anteriores, en casos de retractación o variación de la versión, se requiere satisfacer el principio de confrontación a partir de la habilitación para el ejercicio del contrainterrogatorio.

Con todo ello, entiende la Magistratura que con la argumentación esbozada, apunta el delegado del ente persecutor a que por la vía de que se admita la decisión de un funcionario judicial al dictar sentencia conforme a la declaratoria de responsabilidad de un procesado (que solo refleja la personal valoración de este funcionario) ingresen los

⁵ CSJ SP, 25 Oct. 2017, Rad. 44819

⁶ CSJ SP377-2018, Rad. 48959

medios probatorios allí considerados y sucede que la Sala de Casación Penal ha enseñado que no puede acudirse a ese instituto para solicitar la incorporación de elementos que se conocían con antelación al descubrimiento probatorio⁷.

Y se dice en esos términos como quiera que de manera reiterativa el delegado fiscal expuso en su motivo de disenso afirmando *“que estos testigos, Abelardo Vargas Benítez, Gerardo Vargas Benítez y Jorge Alberto Ríos, hicieron parte de la organización por la que fueron acusados los señores Moncada Zapata y Arboleda Pareja, en sus declaraciones mencionaron a los aquí enjuiciados, aparte de Luis y Castipan, que fueron ya condenados como integrantes de ese grupo armado, fueron condenados reitero por preacuerdo, con la valoración y apreciación de los testimonios rendidos por estos cabecillas, entonces estas dos sentencias están relacionadas con los hechos juicadamente relevantes expuestos en los alegatos de apertura, y es que José Orlando Moncada Zapata y Jairo de Jesús Arboleda Pareja, también fueron señalados por los mismos testigos de hacer parte con roles distintos dentro de esa organización a que ellos pertenecieron hasta finales de 2019”*, lo que denota que dichas decisiones sirven como fundamento para confrontar lo verificado en los elementos materiales de prueba que los diferentes funcionarios judiciales soportaron su decisión de condena, por tratarse de los mismos hechos juzgados en este asunto, las partes, en especial la fiscalía, los conocían con suficiente antelación, luego lo que procedía era que en las oportunidades legalmente permitidas se pidiera su incorporación y no hacerlo a través del mecanismo de allegar unas providencias judiciales, que en últimas solo refleja la valoración de un juez sobre diversas pruebas recaudadas en relación con una persona ajena al juicio presente, pues como

⁷ Auto AP1092 del 4 de marzo de 2015, radicado 44.925

insiste la Sala de Casación Penal, no puede admitirse como un “evento excepcional de una prueba encontrada o que se derive de otra, cuando ‘conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubieren enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello, por causas atribuibles a la parte interesada’”.

No puede consentirse que, por la vía argumentativa de tratarse de documentos, lo que realmente se impetre es que se traigan escritos preexistentes o versiones de terceros, cuando lo que correspondía era que en la oportunidad procesal normal se descubrieran y solicitaran esos medios probatorios, de donde deriva que no tienen la connotación de sobrevinientes, en tanto no surgieron en sede del juzgamiento, sino que, por el contrario, de su existencia se sabía con suficiente antelación, pues eran trámites judiciales en curso, entonces, la prueba aportada en aquellas causas judiciales, se conocía con antelación.

Tampoco, se puede extraer de los elementos materiales probatorios aludidos en esas providencias judiciales, la concertación de los aquí enjuiciados a afectos deducir responsabilidad, o por lo menos, insinuar, siquiera su grado de participación en los hechos acá investigados, pues aquellas deducciones de responsabilidad fueron basadas en la manifestación espontánea y libre, de aceptación de cargos por vía de preacuerdo frente al punible enrostrado por la Fiscalía, en el que aquellos procesados reconocieron que lo reseñado por los diversos elementos de prueba consultaba la verdad, bajo la declinación del derecho a la confrontación. En este

sentido, los hechos que debido a lo acordado se dan por probados vía de preacuerdo, no requiere su existencia ponerse en duda, salvo vulneración a garantías fundamentales, a que el proceso no se concentre en debates estériles sobre aspectos fácticos que no suscitan discusión frente al delito y sus consecuencias, a su autor y a la responsabilidad penal del acusado.

De aceptarse como prueba sobreviniente, la decisiones judiciales en los términos solicitados por el ente fiscal y coadyuvados por el Ministerio Público, se puede permitir la elaboración de indicios sobre cualquiera de los extremos, ya que la naturaleza de lo pretendido no es insustancial sino la que no generan “*controversia sustantiva*”, esto es, respecto de los cuales teniendo en cuenta la evidencia física, los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenida, las partes someten al pugilato propio del debate probatorio.

Tampoco la procedencia del recaudo probatorio aducido por el fiscal asignado a la causa resulta acreditada, con el insular argumento expuesto en su respaldo por el Ministerio Público, en el sentido que la fiscalía demostró el carácter sobreviniente de las pruebas, que acreditó su pertinencia, conducencia y utilidad, y además que no se vulnera el derecho de contradicción al ser un documento público, por lo que dichas decisiones judiciales, deben ser incorporadas por ser sobrevinientes, se debe recordar lo dicho sobre el punto por la Jurisprudencia, sobre la pretensión de incorporar providencias

judiciales, proferidas por jueces y/o hechos y/o personas diferentes:

“Así, no se observa la pertinencia del documento cuya incorporación al juicio se discute. Más aún cuando su contenido hace parte integral de una sentencia..., las que pueden ser invocadas por los contendientes sin necesidad de llevar su texto al juicio ni menos darles tratamiento formal de prueba, y con mayor razón, en las cuales los jueces pueden fundar sus consideraciones, con independencia incluso de que los sujetos procesales siquiera las hubiesen mencionado, y menos su texto llevado al juicio, por expreso mandato del artículo 230 constitucional, que ubica a la jurisprudencia, junto con la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina, en la categoría de “criterios auxiliares de la actividad judicial.”

Atender los lánguidos argumentos de los impugnantes sería aceptar que los jueces en sus providencias, sólo podrían fundamentar sus decisiones exclusivamente en planteamientos jurisprudenciales, doctrinarios, o de principios del derecho, contenidos en los documentos –providencias, textos de investigación y recopilaciones académicas-, ofrecidos formalmente como prueba dentro de los procesos judiciales; lo cual, además de desconocer el referido canon constitucional, sería un despropósito de dimensiones que se acercan al absurdo.

Una cosa son los extremos fácticos de las teorías del caso enfrentadas en el juicio, las cuales, en principio, deben probarse, y otra, las argumentaciones de naturaleza jurídica, lógica, psicológica, antropológica, sociológica, política o de cualquier otra índole que sustenten las consideraciones y reflexiones surgidas de aquéllos, realizadas, tanto por las partes en conflicto como por el juez, en las cuales se ubican el análisis de los hechos y las pruebas; siendo estas últimas, categorías de las cuales no se puede exigir prueba alguna, por hacer parte de un universo distinto al de la facticidad que se demuestra con conocimiento tangible.

La Corporación ya ha tenido oportunidad de referirse a dicho asunto de manera similar, AP de 12 de mayo de 2010 Radicado 33420, al señalar:

3.6.- Tan visibles son las falencias en la demanda que lo conllevaron a plantear que la aplicación de la Sentencia C-317 del 2 de mayo de 2002 de la Corte Constitucional estaba viciada de legalidad porque no había sido objeto de descubrimiento probatorio, ni petitionada por ninguno de los sujetos procesales, ni practicada y debatida en el juicio oral, lo cual a su juicio era contrario al postulado de inmediación del artículo 379 de la ley

906 de 2004, inconsistencia suma que se advierte sin dificultad y conlleva a la inadmisión de lo así censurado, pues el casacionista olvidó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, no son simples criterios auxiliares de la actividad judicial, sino que por el contrario se integran al postulado de imperio de la ley y tienen fuerza vinculante.

En esa medida, equiparar los contenidos de la jurisprudencia con los fácticos propios de los medios de prueba es un equívoco mayúsculo, y máxime cuando de manera insistente adujo que la Sentencia en cita, estaba viciada de ilegalidad, porque no fue decretada y practicada al interior del juicio oral, argumento inane sobre el cual no ha lugar a desarrollar mayores consideraciones en orden a su desestimación". (Subrayas propias)

Entonces, la prueba solicitada como sobreviniente por los recurrentes tiene la característica común en las condiciones antes referidas de no gozar de mayor significación demostrativa, por lo que no se cumple a cabalidad con los presupuestos que deben concurrir para entender que se trata de una prueba sobreviniente que, como se dijo, tiene un carácter excepcional y, por ende, la decisión de primera instancia que la denegó será confirmada.

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

7. RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar el auto proferido por el Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia que negó el decreto de la prueba documental solicitada como sobreviniente por la

Fiscalía, acorde con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno, por lo que se ordena la devolución inmediata del expediente al juzgado de conocimiento, para que continúe con la práctica probatoria.

COPÍESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:

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

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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: **6aa925a037f6c9a137c3ed8d95dd7a46c73682419159effb663b42e9756136dd**

Documento generado en 26/05/2023 01:25:14 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



Radicado único	055796000341202100115
Radicado Corporación	2023-0346-2
Procesados	SEBASTIAN ANDRÉS YALÍ GARCÍA Y JUAN DAVID BENAVIDES PARRA
Delitos	HOMICIDIO AGRAVADO Y OTROS
Decisión	Se abstiene de resolver

Medellín, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado según acta Nro. 050

1. ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por el delegado de la fiscalía Dr. Julián Ricardo Barrera, contra la orden que profirió el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío (Antioquia) el 28 de febrero de 2023, por la cual se negó la solicitud de suspensión de la audiencia, deprecada por el fiscal delegado ante la imposibilidad de comunicarse con un testigo.

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

Contra esta orden el fiscal delegado interpuso el recurso de apelación, por lo que la Sala procede a pronunciarse al respecto.

7. HECHOS

Según el escrito de acusación Se tiene que el día domingo 20 de junio de 2021, a eso de las 02:40 horas, el joven Brayan Estih Murcia Jiménez, alias "Copito", en momentos en que se movilizaba como pasajero en un taxi, en inmediaciones de la discoteca "Praga", ubicada en la carrera 2 con calle 51, barrio centro, del municipio de Puerto Berrío (Antioquia), fue impactado intempestivamente por proyectiles disparados con arma de fuego por el individuo Juan David Benavides Parra, alias "Juanda", quien descendió de una motocicleta que era conducida por Sebastián Andrés Yalí García, alias "Yalí", produciéndole heridas en la espalda, en el pulmón izquierdo y en la yugular anterior izquierda, que generaron su deceso por shock hipovolémico.

En el desarrollo de los hechos, se encontraban otras personas, entre ellos, Víctor Manuel Ázate Andrade, quien también fue atacada por Benavides Parra, recibiendo solo un disparo en un pie gracias, pues el arma se le trabó al victimario.

7. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Se concretan las audiencias preliminares de rigor ante el Juez Primero Promiscuo Municipal con función de control de garantías el 5 de agosto de 2021, formulándoseles imputación

en calidad de coautores impropios a título de dolo de la presunta comisión de las conducta punible de homicidio consumado agravado, en concurso homogéneo y sucesivo con la presunta comisión del delito de homicidio tentado agravado, en concurso heterogéneo y sucesivo con la presunta comisión de la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado. Por petición del ente acusador, de manera preliminar, se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Se presentó escrito de acusación ante el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio por los mismos cargos, el 16 de noviembre de 2021. El 1 de febrero de 2022 se desarrolla la audiencia de formulación de acusación. El 19 de mayo de 2022 se desarrolla la audiencia preparatoria, donde la fiscalía y la defensa realizaron el descubrimiento probatorio.

El 14 de junio de 2022 inició con la practica probatoria de la fiscalía, solicitando el delegado aplazamiento porque no lograron comparecer algunos testigos, solicitud que fue atendida por el juez procediendo a suspender la misma.

El 26 de octubre de 2022 se continua con la audiencia de juicio oral, continuando la fiscalía con los testigos de cargo, e informando los inconvenientes que ha tenido en la ubicación del testigo Víctor Manuel Álzate Andrade, del cual insistirá, por lo que solicita nuevamente la suspensión del trámite procesal. As u vez, la defensa solicita una prueba de referencia, atendiendo el a-quo ambas solicitudes.

Seguidamente, el 24 de noviembre de 2022 se desarrolla diligencia de libertad por vencimiento de términos, en la que el defensor del señor Juan David Benavides Parra solicita se le conceda la libertad inmediata, sin que se acceda a la misma.

El 28 de febrero de 2023 en la continuación del debate probatorio, el delegado del ente persecutor, petición la suspensión de la diligencia, porque aún seguía sin contactar al testigo Víctor Manuel Álzate Andrade, pedimento que no aceptó el a-quo, interponiendo el recurso de apelación ante tal negativa.

4. LA DECISIÓN APELADA

Una vez el delegado fiscal terminó la practica probatoria de uno de sus testigos, le solicito al despacho la suspensión de la audiencia de juicio oral, porque le fue imposible contactar con el testigo Víctor Manuel Álzate Andrade. El Defensor Dr. Andrés Mauricio Esmeral Madrid se opone a los argumentos del delegado Fiscal para suspender la diligencia, pues ya se había suspendido anteladamente por las mismas razones. El Juez conecedor de la causa, no accede a la solicitud de suspensión de la audiencia, continuándose con la práctica de la prueba por parte de la Defensa, quienes manifiestan que para ese día no citaron sus testigos.

El delegado Fiscal interpone el recurso de apelación ante la decisión tomada por el despacho, de no suspender la diligencia

para ubicar a su testigo, con lo cual considera no se está permitiendo la práctica de la prueba.

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

La fiscalía interpuso recurso de apelación amparado en el artículo 177 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal: El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral.

Frente a lo cual expone “Solicita que el Honorable Tribunal Superior de Antioquia, no acceda a la solicitud del señor juez del circuito y le permita a él un tiempo razonable para contactar al testigo, ya que el recibió las diligencias en ese estadio procesal, menciona que frente a las manifestaciones de los defensores si se iba a conceder ese aplazamiento, desconociendo que los defensores tienen que traer a sus testigos , sin embargo, a lo manifestado por la fiscalía se le cierra la posibilidad, no tiene en cuenta que este delegado es la primera solicitud de aplazamiento que hace en el proceso. Por eso le solicita muy respetuosamente al honorable Tribunal, darle la oportunidad de llevar al testigo a juicio y no acceder a lo manifestado por el señor juez del circuito y no mantener en firme la decisión de terminar la práctica de la prueba por parte de la fiscalía.

En su calidad de no recurrentes, el defensor Andrés Esmeral Madrid, menciona que de la exposición realizada por la fiscalía, se debe declarar desierto el recurso. Por su parte, el togado de

la defensa Ever Vergara, manifestó que dejaba a juicio del a-
quo, la concesión del recurso.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

Competente como es la Corporación para conocer de la contención en este caso presentada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, sin que pueda agravarse la situación del acusado por ser la defensa la única apelante.

6.2. Caso Concreto

Salvo al control de validez, rige la justicia rogada, por ende, el tema de apelación impone el límite del pronunciamiento que realizará la Sala, conformando con la sentencia de primera instancia una unidad inescindible, en lo que no se contrapone.

El tema que debe desarrollar la Sala esta circunscrito a la naturaleza de la decisión que ahora es objeto del recurso de apelación concedido en el efecto devolutivo, para ello debemos acudir a lo normado en el artículo 161 del código adjetivo penal, del cual se extrae que las providencias judiciales son sentencias, autos y órdenes, ha dicho la jurisprudencia:

“De acuerdo con el artículo 161 de la Ley 906 de 2004, las providencias son:

- a. La sentencia, que es la que decide el objeto del proceso y que se puede adoptar en única, primera o segunda instancia, o en virtud de la casación o de la acción de revisión.
- b. Autos, que son los que resuelven algún incidente o aspecto sustancial.
- c. Órdenes, que según el citado artículo “se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma...”.

Ahora bien, conforme al artículo 176 del Código de Procedimiento Penal de 2004, se establece que los recursos ordinarios, esto es, el de reposición y la apelación proceden contra las sentencias y contra todas las “decisiones”. Así las cosas, el término decisión sólo cobija a los autos por cuanto se está resolviendo algún incidente o aspecto sustancial objeto de controversia. Es decir, con las órdenes que se profieren en el curso del trámite judicial no se está adoptando medida alguna que pueda afectar los intereses de los intervinientes, como sería el caso, por ejemplo, el de fijar la fecha de una audiencia o, como sucede en este evento, dar inicio al trámite judicial de la extradición.

De tal manera, según la sistemática reglada en la Ley 906 de 2004 y que cobija este diligenciamiento, contra las órdenes no procede ningún recurso. De ahí que la Sala rechazará la impugnación interpuesta contra la providencia del 10 de mayo del año en curso, mediante la cual se dio traslado a la persona requerida o a su defensor por el término de diez (10) días para que soliciten las pruebas que consideren necesarias».”²

El anterior pronunciamiento recoge las directrices que sobre el particular han trazado la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido que, (i) la sentencia resuelve el objeto del proceso, (ii) los autos definen cuestiones diversas del asunto principal, de carácter incidental o sustancial, y (iii) las órdenes resuelven cuestiones de simple trámite o impulso procesal.

Entrando en materia, la decisión que viene para revisión y que le permite a la Sala el presente pronunciamiento, sin duda atañe a lo resuelto por el Juez Penal del Circuito de Puerto Berrio en desarrollo de la audiencia de juicio oral del pasado 28 de

² CSJ Auto interlocutorio radicación 33935 del 14 de julio de 2010

febrero, se emite en el trascurso de la etapa de juicio oral, momento en el que ente acusador solicita el aplazamiento de la diligencia para continuar en la búsqueda del testigo Víctor Manuel Ázate Andrade hace la solicitud de suspensión de la diligencia, ello genera un desacuerdo para la defensa en el entendido que anteriormente se había aplazado el trámite procesal, para que la fiscalía ubicara al testifical, lo que no hizo en el tiempo oportuno.

De la comprensión del artículo 374 de la Ley 906 de 2004, se señala que "Oportunidad de pruebas. Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, **y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público**". En ese sentido, el testimonio del señor Ázate Andrade fue decretado en la diligencia de audiencia preparatoria, sin embargo, después de varios aplazamientos solicitados por el delegado del ente persecutor, no fue posible la ubicación del mismo, por lo que el derecho de avanzar en la práctica probatoria por parte del a-quo, no puede entenderse, aunque signifique la no práctica de ese testimonio no se puede asimilar con la negativa a ellos, en tanto, en su oportunidad, fue decretado a petición de la parte interesada, sino que por causas ajenas a la judicatura, no se logró su comparecencia a la diligencia

Al hilo de lo antes expuesto, aquella decisión de avanzar en el debate probatorio y no conceder la suspensión solicitada por el delegado del ente fiscal, con claridad se desprende que se trata de un acto de trámite establecido para avanzar en el desarrollo del trámite judicial, conforme a los principios de

celeridad e inmediación, no está el funcionario judicial asumiendo una decisión respecto de un trámite sustancial, por lo tanto no se trata de un auto, sino de una orden para dar cumplimiento al procedimiento como lo ha diseñado el legislador penal, y en tratándose de tal clase de manifestación del Juez, no existe la posibilidad de recurso alguno.

Considera la Sala importante indicar que el Juez como director del proceso debe asumir el control de la audiencia para la cual ha convocado de acuerdo con su naturaleza, cuando no hay una dirección se presentan estas situaciones que lo único que generan es demorar la actuación procesal.

Para un mayor entendimiento, trasliteremos lo sucedido:

Juez: ¿Tiene más testigos señor fiscal?

Fiscalía: No su señoría, solo quedaría el testigo principal Víctor Manuel Álzate Andrade, si bien es cierto, como para dejarlo manifestado, en la audiencia preparatoria se nombraron otros testigos como fue el patrullero de la SIJIN Wilder Yesid, el Dr. Javier Molina, y el médico legal que efectuó la valoración de Víctor Manuel, no dice el nombre, pues la fiscalía observando los documentos encontramos que Wilder Yesid solo hizo el álbum fotográfico y el Dr. Javier Molina fue la persona que organizó la historia clínica del occiso, pero pues aquí ya vino el Dr. Zúñiga, por lo que la fiscalía desiste de esos dos testigos, Javier porque ya no es necesario su testimonio y Wilder, quedaría solamente con Víctor Manuel Álzate. Le semana pasada estuve hablando con el Señor Antelis, patrullero, el cual fue quien tomó la entrevista, me comunicó ayer u hoy, que ellos estaban hablando por Facebook, el patrullero y el testigo y al parecer lo bloqueó, entonces le pido poder suspender esta audiencia para realizar una orden a policía más completa con el fin de ubicar a este último testigo. La fiscalía tiene un cúmulo de procesos en su despacho, pero a raíz de que no se ha podido ubicar este testigo que es necesario, pues aparentemente fue testigo principal de estos hechos, es necesario ubicarlo su señoría.

Juez: Bien, el Dr. Esmeral está pidiendo la palabra.

Andrés Esmeral(defensor): Si su señoría, la defensa con el mayor de los respetos se opone a los argumentos del fiscal y ello porque si usted recuerda su señoría la misma situación se presentó con el testigo, desde el año pasado se aplazó porque no se podía ubicar, entonces uno se pregunta qué decisión se debe tomar al respecto con el testigo, si esperar y esperar hasta que sea imposible o si ya es momento que tomen la prueba de referencia para el desahogo, no es argumento su señoría que el testigo principal , que por demás debe ser protegido si es que algo conoció por parte de la policía judicial, resulte hoy en día que no aparece. Seria inadmisibile para esta defensa seguir dilatando esa situación, con el fundamento de que el Patrullero Ramírez que se comunicó por WPP, que ya no le bloquea, pero entonces desde la audiencia pasada porque no se trajo, incluso ese primer testigo que se debería traer a un juicio, entonces hoy una vez más vamos a buscar un espacio en la agenda , Sopena de la privación de la libertad de mi defendido y el argumento su señoría para esta defensa no sería valido a estas alturas, donde ya ha tenido suficiente tiempo para traer este testigo, esa sería la manifestación por parte de la defensa sobre este punto. La corte dijo que, si hay imposibilidad de ubicarlo o renuencia a comparecer, pero ni si quiera se sabe dónde está, por lo que considero que la fiscalía debería utilizar la prueba de referencia, incluso si después se logra ubicar tendría una mejor fuente de información, pero mi preocupación su señoría es hasta qué punto vamos a seguir intentando ubicarlo, en la primera se intentó tratar de ubicarlo, ahora en esta también vamos a tratar de ubicarlo, muchas gracias.

Juez: El despacho no accede la solicitud del fiscal por las siguientes razones: Primero como bien lo indica el defensor público, este juico inicio el pasado 26 de octubre y en aquella oportunidad la fiscalía manifestó los inconvenientes que ha tenido con la ubicación del testigo Víctor Manuel Ázate Andrade, fue por ello que el delegado de la fiscalía pidió la suspensión de la audiencia. Hoy casi 4 meses después la fiscalía insiste en que nada que puede ubicar al testigo y por eso solicita la suspensión. Este despacho lo ha explicado en otros casos, en situaciones similares dar una segunda oportunidad a la fiscalía para evitar después futuras nulidades, como en alguna oportunidad se decretó por Parte del Tribunal Superior de Antioquia, entonces el despacho ha sido garante en ese sentido, pero como hoy lo advierte el señor defensor, en octubre nada que lo ubicaron, hoy febrero nada que lo ubican, máxime cuando la fiscalía tenía la posibilidad de pretender la prueba de referencia a través de quien recepciono la entrevista al testigo, pero tampoco eso fue presentado por la fiscalía, prueba de referencia ni presentada ni solicitada, en estos momentos el fiscal no hizo ninguna solicitud al respecto, ni tampoco ofreció al testigo de invocar esa prueba de referencia, hoy la fiscalía tenía

la oportunidad de intentar ubicar al testigo, de persistir en esa posibilidad, o presentar prueba de referencia y no lo hizo.

Por las razones expuestas este despacho no accede a la suspensión de audiencia, ya se le había dado una primera oportunidad a la fiscalía que fue en octubre de 2022, porque incluso para octubre ya debió haber agotado varias actividades, sumando también lo de octubre hasta hoy, porque no es solamente lo de octubre, también se debe indicar que la fiscalía debe entender de una vez por todas que en situaciones como la que acá se presenta, el ordenamiento jurídico le da herramientas para blindar la prueba, la prueba anticipada, porque está la posibilidad de que el testigo se pierda, pero la fiscalía nada que accede la prueba anticipada, en el tiempo que llevo yo en el despacho máximo dos veces se ha presentado la prueba anticipada, la fiscalía no está haciendo uso de eso, no podemos venir a justificar un aplazamiento en audiencia porque ya vuelve y se insiste con que no se ha podido ubicar el testigo, por lo que no se suspenderá esta audiencia. Seguimos entonces con los testigos de la defensa, porque ya ese era el último testigo según le entendí al fiscal.

Fiscalía: Su señoría respetuosamente le solicito reconsidere lo que está diciendo, porque aquí hay una persona que perdió la vida y ese es un testigo principal, en octubre sino estoy mal el Dr. Masis fue el que apoyo esa audiencia de juicio oral y ese testigo está listo, está presente y lo que pasa fue que se demoró.

Juez: El acta dice que la fiscalía informa los inconvenientes que ha tenido ubicando el testigo y por eso pide la suspensión de la audiencia.

Fiscalía: Otra cosa su señoría, teniendo en cuenta que este proceso que la fiscalía 42 tiene con usted, son muchísimos procesos a los cuales tengo que estar citando a todo el mundo, entonces ese lapso de 4 meses, donde salimos a vacaciones, la fiscalía le solicita que por hoy reconsidere eso y nos guarde el derecho a traer el testimonio, porque para mí se está violando esa garantía fundamental y el debido proceso.

Juez: Primero el despacho no le está coartando a la fiscalía ningún derecho, por el contrario, se lo está garantizando y por eso accedió al aplazamiento en octubre.

Fiscalía: Al principio la defensa solicito el aplazamiento y les dice que si y ahora a la fiscalía se la niega.

Juez: Pero es que son situaciones diferentes.

Fiscalía: No su señoría, entiéndanos que no es el único proceso que tenemos.

Juez: Joven primero, no aplica la comparación, y segundo el despacho en últimas no suspendió la audiencia por la defensa, adelanto el trámite del juicio y si hablamos de derechos aquí hay una persona privada de la libertad, y por eso digo que la fiscalía tenía la posibilidad de presentar prueba de referencia y no la presento.

Fiscalía: Porque la idea es traer al testigo.

Juez: Pero cuando.

Fiscalía: Denos un plazo razonable.

Juez: Vamos a hablar de plazo razonable: Audiencia de garantías, 5 de agosto de 2021; imposición de medida de detención preventiva en establecimiento carcelario, 5 de agosto de 2021, que a juzgar por las audiencias que allí se dieron no fue captura en flagrancia, sea que ya la investigación de la fiscalía venia de mucho atrás. ¿Por qué no acuden a la prueba anticipada?

Fiscalía: Su señoría le informe que este delegado no tenia el proceso en esa etapa, entonces dele la oportunidad a la fiscalía de encontrar al testigo.

Juez: Entonces si usted no fue lo estoy liberando de esa carga, pero la fiscalía es quien tiene la carga.
Audiencia de garantías (es interrumpido)

Fiscalía: No es dilatar como lo dice el señor Esmeral, aquí no se está dilatando nada.

Juez: Un momento, el escrito de acusación fue radicado por la fiscalía el 16 de noviembre de 2021, se supone que cuando la fiscalía radica el escrito es porque ya agoto la etapa investigativa y tiene todo para ir a acusar, luego se hace la audiencia de formulación de acusación el 01 de febrero de 2022, ósea desde que se radico el escrito de acusación a la fecha, ya ha corrido 15 meses más o menos de radicado el escrito de acusación, cuando la fiscalía radica el escrito de acusación y está descubriendo que testigos llevara a juicio, empieza a buscarlos. La audiencia preparatoria se terminó de hacer el día 03 de marzo de 2022, vamos para un año de iniciarse la audiencia preparatoria la cual se terminó el 19 de mayo, estamos hablando desde la audiencia preparatoria alrededor un año y la fiscalía no ha podido ubicar el testigo, no lo tenía en la fecha de inicio, manifestado la posibilidad de ubicarlo y hoy el señor fiscal adiciona que ya se perdió contacto, el único contacto que se tenía con el era por Facebook y que ya fue bloqueado, no entiendo entonces como la fiscalía después de todo este tiempo y tener la posibilidad de haber ubicado al testigo por Facebook, ahora pretende encontrarlo, cuando ha tenido más de un año

hablando de la audiencia preparatoria, pero mucho más desde la radicación del escrito de acusación, para lograr su comparecencia y ante esa imposibilidad tenía la alternativa de la prueba de referencia y no lo hizo.

El despacho con el mayor respeto que merece el señor fiscal, la fiscalía no puede seguir con ese tipo de situaciones y más cuando hay personas privadas de la libertad, si fuera la primera vez el despacho suspende y da otra oportunidad, pero está ya sería la tercera oportunidad y se deben tener en cuenta no solo los derechos de las víctimas, también están los derechos de las personas privadas de la libertad.

Fiscalía: ¿Esa tercera oportunidad la solicito este fiscal?

Juez: Por eso.

Fiscalía: Pero no este delegado su señoría.

Juez: Es que yo no lo estoy criticando a usted, yo estoy criticando a la fiscalía.

Fiscalía: Por eso, entonces denos la oportunidad de ubicar a este testigo.

Juez: No, la fiscalía tuvo oportunidad de ubicar y encontrar a su testigo y no lo hizo, después de previamente haberle dado otra.

¿Qué testigos tiene disponible la defensa?

Andrés Esmeral(defensor): Su señoría permítame trato de ubicar. En atención al tiempo de la fiscalía no los cite, pero déjeme los trato de ubicar.

Juez: ¿Dr. Ever y usted?

Ever Vergara (defensor): Su señoría efectivamente nos habían dicho que la audiencia era de 9 a 12, había 3 testigos por parte de la fiscalía, considere que no se lograba evacuar el tema y por eso no cite a ninguno de mis testigos, de igual manera esa fue la manifestación que se hizo y yo me había comprometido en atender una audiencia a la 1, no sabía que la fiscalía renunciara a algunos testigos.

Juez: ¿Dr. Esmeral?

Andrés Esmeral (defensor): Su señoría, no pude ubicarlos.

Juez: Entonces vamos a fijar fecha y hora para continuar.

Fiscalía: Este aplazamiento se hace por la defensa, porque si es así que pena, las defensas tenían que haber traído a los testigos, así también la fiscalía se rasga la vestidura como lo dicen los

abogados defensores, es que ellos no son adivinos para saber si íbamos a continuar con estas audiencias o no, o si la fiscalía iba a declinar algún testimonio, sino es así su señoría, frente a su decisión muy respetuosamente la fiscalía apelara, frente al 177#4 cuando se niega la practica de la prueba en el juicio oral, me parece injusto.

Juez: No se trata de ser injusto, es atendiendo la sentencia legal. La defensa publica tiene la palabra.

Andrés Esmeral(defensor): Su señoría, yo no tengo ningún inconveniente en buscarlos en la hora del almuerzo, tengo un juicio oral también a las 2, no tengo inconveniente su señoría, lo que usted decida, incluso permita me comunico con el señor Juan David.

Juez: Bueno, primero el señor fiscal está apelando, entonces vamos a atender esa apelación.

Fiscalía: Bueno su señoría, ya que nos encontramos frente al artículo 177 la fiscalía apela la decisión tomada por usted , frente al no permitirle a la fiscalía traer este testimonio y le pido pues al honorable Tribunal, que frente al numeral 4, cuando se niega la práctica de la prueba en el juicio oral, no acceda a la solicitud del señor juez del circuito y le permita a este delegado fiscal el tiempo razonable, ya que este delegado recibe las diligencias en este estadio procesal, es por ello pues que considera que frente a las manifestaciones de los defensores si se iba a conceder ese aplazamiento, sabiendo que los defensores pues tienen que traer también su testimonio, pero a lo manifestado por la fiscalía si cierra la posibilidad, cuando este delegado es la primera solicitud de aplazamiento que hace en este proceso, es por eso que solicito muy respetuosamente honorable Tribunal, darle la oportunidad a la fiscalía y no acceder a lo manifestado el señor juez del circuito, no acceder a la decisión o mejor dicho no mantener en firme la decisión de terminar la práctica de la prueba por parte de la fiscalía y sea el honorable Tribunal el encargado de dirimir este conflicto y poder dar luz o claridad en esta investigación, muchas gracias.

Juez: Gracias, como no recurrente el Dr. Esmeral.

Andrés Esmeral (defensor): Gracias señoría, no voy a entrar en temas de mirar la forma como se presenta un recurso, sin embargo, solo diré que la exposición realizada por la fiscalía, realizo una indebida sustentación, por lo que este recurso se debe declarar desierto, muchas gracias.

Juez: Dr. Ever.

Ever Vergara(defensor): Su señoría la decisión la dejo a su despacho, solo quería manifestarle al delegado fiscal que no es

por culpa de la defensa que hoy se suspende o se aplaza esta audiencia, recuerde que hay unas reglas de juego que se establecen y fuimos citados por el despacho, para una audiencia de 9 a 12, así que señor delegado fiscal y honorable Tribunal, nosotros estamos programados y tenemos otras diligencias.

Juez: Dr. Qué pena, solo para que se pronuncie frente al recurso de apelación como no recurrente.

Ever Vergara(defensor): Si su señoría, simplemente quería hacer la aclaración y yo dejo a su disposición de si concede o no el recurso.

Juez: Ciertamente frente a la determinación adoptada por el despacho en desarrollo de este juicio oral procede el recurso de apelación, por tratarse de un auto que niega la práctica de la prueba en el debate, entonces procede el recurso de apelación, como es contra un auto, debe interponerse en el acto y sustentarse en el mismo, como lo hizo el señor fiscal, en cuanto a la legitimidad el señor fiscal está habilitado como afectado con la determinación del despacho, para acudir por vía de alzada ante el superior de este funcionario, para que se revoque la determinación adoptada, por ultimo otro aspecto que ha de tener en cuenta este juez para determinar si concede o no el recurso , es si fue debidamente sustentado, de no ser debidamente sustentado no procede la declaratoria de desierto como lo ha establecido la jurisprudencia, sino que se niega precisamente para abrir la puerta del recurso de queja, para que se garantice la segunda instancia, por lo que procede es la negativa y no la declaratoria de desierto.

Aunque los argumentos presentados por el señor fiscal como recurrente rayan con el límite de la debida sustentación, digamos que en esencia los planteamientos que presento muestran la inconformidad con la decisión adoptada por el despacho, lo que considera esta judicatura es suficiente para que este recurso sea concedido, y sea el honorable Tribunal Superior de Antioquia Sala Penal, quien decida si mantiene o no la determinación de este despacho de negar esa oportunidad a la fiscalía, de la práctica del testimonio de su testigo, por esas razones el despacho concede el recurso interpuesto por la fiscalía, el mismo en efecto suspensivo, conforme el art 177 de la ley 906/2004, ante la sala penal del Honorable Tribunal Superior de Antioquia, corporación a donde se remitirán las diligencias de manera inmediata para que se desate el recurso.

El anterior recuento, para que se evidencie cómo al delegado de la fiscalía no se le está negando la posibilidad de la práctica

probatoria; por el contrario, el juez dentro de sus facultades de dirección entendió que, en aras de no perjudicar la labor de la fiscalía, podía agotar el ingreso de la prueba, de otra manera- mediante lo normado en el artículo 437 – antes de cerrarle la puerta frente a la incorporación de la misma.

Frente a este panorama, se puede concluir que haber aguardado por más de 4 meses- que fuera el segundo aplazamiento- sin propugnar por conseguir la ubicación de dicho testimonio, y procurar su consecución cuando apenas faltaba una semana para la continuación de la audiencia de la audiencia ante el pedimento específico del aplazamiento con ese fin exclusivo, denota la falta de diligencia en el cumplimiento de sus deberes, pero no del delegado asignado a la causa, sino del ente acusador como una unidad inescindible- sin que se advirtieran situaciones que pusieran en evidencia los esfuerzos que demanda su obligación de garantizar el cumplimiento de su labor, propugnando por obtener de forma rápida y celeridad la persona que requería en juicio, como aquella que es esencial, en el planteamiento a su actividad probatoria en la etapa de juzgamiento.

Por consiguiente, la Sala encuentra que la Fiscalía no estaba habilitada para impugnar la decisión, pues es evidente que la conclusión adoptada por el a quo sustancialmente es una orden con la cual pretendía direccionar el desarrollo de juicio oral y garantizar los derechos de las demás partes como lo es la contradicción, publicidad y celeridad, de allí que se advierta la improcedencia del recurso, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de nuestro Tribunal de cierre:

Correspondería a la Corte, de conformidad con los artículos 26 y 68 de la Ley 975 de 2005 y 32 de la Ley 906 de 2004, decidir el recurso de apelación interpuesto por el representante de Codensa S.A., contra la decisión por la cual se clausuró el debate probatorio dentro del incidente de oposición de terceros a la medida cautelar, de no ser porque dicha determinación no es susceptible de recurso.

En efecto, de acuerdo con lo indicado en el artículo 26 del régimen transicional, el recurso de apelación “sólo procede contra la sentencia y contra los autos que resuelvan asuntos de fondo durante el desarrollo de las audiencias...”, condición que en el presente caso no se satisface, en tanto la determinación adoptada por el Magistrado equivale a un acto propio de impulso y dirección del incidente de oposición de terceros de acuerdo con el procedimiento previsto en los artículos 17C de la Ley 975 de 2005, adicionado por canon 17 de la Ley 1592 de 2012 y 2.2.5.1.4.1.6. del Decreto 1069 de 2015, o 56 del Decreto 3011 de 2013 que, entre otras cosas, disponen que el “periodo probatorio no podrá tener un término superior a un (1) mes...”.

Acto que aunque significó la no práctica algunos testimonios no se puede asimilar con la negativa a ellos, en tanto, en su oportunidad, fueron decretados a petición de la parte interesada, sino que por causas ajenas a la judicatura, no se logró su comparecencia a la diligencia.

En ese orden de ideas, el Magistrado no dirimió un tema relativo al decreto de pruebas, sino que propendió porque el incidente se sujetara a los parámetros legales pertinentes y por ello, adoptó la determinación de no suspender la audiencia y clausurar el debate probatorio, es decir, impartió una simple orden que en términos de la Ley 906 de 2004 no es impugnable, como se explicó en CSJ 2865-2018, Rad. 52855:

De manera que las órdenes emitidas por el funcionario judicial tan solo disponen aplicar un trámite establecido previamente por la ley, con la finalidad de evitar que se genere la parálisis de la actuación.

Respecto al carácter de las órdenes la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-897 de 2005, al considerar lo siguiente:

“Como se observa, pues, el concepto de órdenes contenido en el nuevo Código de Procedimiento Penal es bastante amplio, pues abarca todas aquellas providencias del juez que no pueden ser calificadas como sentencias o como autos, y que tienen por fin garantizar el desenvolvimiento de la actuación. Además, las órdenes son verbales, y de ellas se debe dejar un registro”.

En lo tocante a la no impugnabilidad de las determinaciones adoptadas en audiencia, esta Sala se pronunció en AP 2421-2014, rad. 43481, así:

“De lo que se sigue, que las decisiones adoptadas en el curso de la audiencia pública, en relación con la dirección del juicio, de acuerdo con lo ordenado en el decreto de pruebas, mal podrían tener recursos, puesto que se resquebrajaría precisamente la concentración, celeridad e inmediación, principios del proceso penal que se identifican con una recta y cumplida administración de justicia.”

Entonces, desde esa perspectiva, la Sala se abstendrá de resolver la apelación interpuesta por el incidentante en contra de la orden emitida por el Magistrado de Control de Garantías de Justicia y Paz de Bogotá, por cuyo medio concluyó el debate probatorio”³.

Acorde con lo anterior, la Jurisprudencia ha sostenido en forma pacífica que las decisiones adoptadas en materia probatoria por el funcionario judicial en desarrollo del juicio oral, por norma general, tienen el carácter de órdenes. En consecuencia, carecen de recursos y son de inmediato cumplimiento. Así lo dejó establecido:

En efecto, sobre la impugnabilidad de las determinaciones adoptadas en audiencia de juicio oral, la Corte en providencia CSJ AP, 8 may. 2014, rad. 43.481, reiterada en decisión CSJ AP, 19 ago. 2015, rad. 44.559, señaló:

Tampoco son objeto de recursos las decisiones que tienen la forma de órdenes, esto es, aquellas con las cuales el juez que dirige el proceso, se ocupa de darle cumplimiento a lo dispuesto en el auto de decreto de pruebas, ley del juicio, como sucede en el asunto de la referencia; tal como esta Sala ya ha tenido oportunidad de precisarlo (AP 897-2014 Radicado 43176). (...).

Resulta inimaginable la situación a la que se llegaría si decisiones que se adoptan para dirigir y controlar la audiencia, por ejemplo aquellas por las cuales se rechaza o acepta una objeción, o se ratifica o se retira una pregunta de un interrogatorio o un contrainterrogatorio, fueran susceptibles del recurso de apelación.

³ CSJ AP 2702 del 3 de julio de 2019. Rad. 55040

De lo que se sigue, que las decisiones adoptadas en el curso de la audiencia pública, en relación con la dirección del juicio, de acuerdo con lo ordenado en el decreto de pruebas, mal podrían tener recursos, puesto que se resquebrajaría precisamente la concentración, celeridad e inmediación, principios del proceso penal que se identifican con una recta y cumplida administración de justicia. (Destaca la Corte).

Así mismo, en reciente pronunciamiento, CSJ AP, 10 abr. 2019, rad. 54.383, aclaró:

La Sala ha sostenido de manera pacífica que las decisiones que se adopten en desarrollo del juicio oral, por regla general, son órdenes a través de las cuales lo que se pretende es garantizar el desenvolvimiento de la actuación y evitar que el trámite procesal se entorpezca. (...) Precisamente, por su carácter y el propósito que se persigue con ellas, las órdenes son de cumplimiento inmediato y no admiten recurso alguno.

Bajo esa consideración, al decidir el asunto particular, argumentó:

*Esa puntual decisión del Tribunal (dar por probada la idoneidad del perito), constituye una orden, equiparable a las decisiones acerca de si se han sentado las bases para exhibirle una evidencia física a un testigo, si un documento fue autenticado e, incluso, si las preguntas formuladas durante el interrogatorio cruzado afectan o no el debido proceso. **Ninguna de ellas admite recursos, no solo por su naturaleza jurídica (órdenes), sino además porque ello haría inoperantes los principios de concentración e inmediación.*** (Negrilla propia de la Sala).

Colofón de todo lo expuesto, esta Sala debe abstenerse de conocer el presente recurso de apelación interpuesto por la defensa, dada la naturaleza de la providencia emitida en curso de esta audiencia de juicio oral y disponer que retorne al juzgado de origen, para que se continúe con el desarrollo del mismo.

Sin necesidad de más consideraciones, con fundamento en los argumentos expuestos, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN**

SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

7. RESUELVE:

PRIMERO: Abstenerse de resolver de fondo la apelación interpuesta por la Fiscalía General de la Nación en contra de la decisión emitida el 28 de febrero de en desarrollo de la audiencia de juicio oral, por las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: Regresar la actuación para que continúe el trámite correspondiente por el juzgado de conocimiento.

TERCERO: Se hace saber que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

COPÍESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**(Con salvamento de voto)
MARÍA ESTELLA JARA GUTIÉRREZ
MAGISTRADA**

**ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:

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
Firma Con Salvamento De Voto

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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: **b87555ceecadfeb23937a6cb9d91fa593352730d5a70a3b88bf94132e2e50157**

Documento generado en 26/05/2023 01:25:01 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY ÁVILA DE MIRANDA.

Consulta Sanción Incidente desacato

Tutela Radicado: 056153104001202100073

N.I. 2023-0841-2

Incidentista: ARNOLDA OSPINA DE VELÁSQUEZ

Incidentada: UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y
REPARACIÓN INTEGRAL A LAS
VÍCTIMAS

Decisión: CONFIRMA SANCIÓN

Medellín, veintiséis (26) de mayo de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado según acta No 053

1. EL ASUNTO.

Conoce la Sala a través del grado jurisdiccional de consulta, el auto interlocutorio No. 024 proferido el 12 de mayo de 2023, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro(Antioquia), mediante el cual, en virtud de lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, sancionó a la **Dra. PATRICIA TOBÓN YAGARÍ**, en calidad de Directora de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas; y a la **Dra. CLAUDIA JULIANA MELO ROMERO**, en calidad de Directora Técnica de Reparación de la misma entidad, con arresto de cinco (5) días y multa en cuantía de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por hallarlas responsables de desacato a la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2021, que amparó la acción de constitucional invocada por la señora Arnolinda de Jesús Ospina de Velásquez.

2. ANTECEDENTES

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), mediante fallo del 14 de septiembre de 2021, concedió el amparo constitucional en favor de la señora Arnolda de Jesús Ospina de Velásquez, y en consecuencia, ordenó:

*“...a la **UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS** para que dentro del término establecido por la ley, proceda a dar respuesta de fondo a lo peticionado, precisando que los términos deberán ser contabilizados desde el día 31 de agosto de 2021, fecha en la cual se dio traslado efectivo al escrito de tutela que contenía como anexo el derecho de petición...”*

El 15 de marzo del año que discurre, la accionante vía correo electrónico informa al Juzgado de conocimiento que la entidad accionada no había cumplido con las ordenes impartidas en el fallo de tutela, circunstancia que llevó al Despacho a proferir auto de requerimiento previo de fecha 18 de abril de 2023 en contra de la **Dra. Patricia Tobón Yagarí** en calidad de Directora de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y la **Dra. Claudia Juliana Melo Romero** en calidad de Directora Técnica de Reparación de la misma entidad, para que en el término de dos (2) días siguientes a la notificación del auto, le dieran estricto cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela. El citado auto se envió al correo electrónico: notificaciones.juridicauariv@unidadvictimas.gov.co, obrando constancia en el expediente electrónico de la entrega del mensaje de datos al destinatario.

El 28 de abril de 2023, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), emitió un segundo auto de requerimiento en contra de la **Dra. Patricia Tobón Yagarí** en calidad de Directora de la

Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas(o quien haga sus veces); y **la Dra. Claudia Juliana Melo Romero** en calidad de Directora Técnica de Reparación de la misma entidad(o quien haga sus veces), para que en el término de dos (2) días siguientes a la notificación del auto, le dieran estricto cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela. El citado auto se envió al correo electrónico: notificaciones.juridicauariv@unidadvictimas.gov.co, obrando constancia en el expediente electrónico de la entrega del mensaje de datos al destinatario.

Mediante proveído del 5 de mayo de 2023, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro(Antioquia), aperturó incidente de desacato en contra la **Dra. Patricia Tobón Yagarí** en calidad de Directora de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas(o quien haga sus veces); y **la Dra. Claudia Juliana Melo Romero** en calidad de Directora Técnica de Reparación de la misma entidad(o quien haga sus veces), corriendo traslado por el término de dos (2) días hábiles para que se pronunciaran y solicitaran las pruebas pertinentes . El citado auto se envió el 5 de mayo de 2023, al correo electrónico: notificaciones.juridicauariv@unidadvictimas.gov.co, obrando constancia en el expediente electrónico de la entrega del mensaje de datos al destinatario.

El 12 de mayo de 2023, el despacho al considerar que la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, continuó vulnerando los derechos fundamentales de la incidentista, haciendo caso omiso a la orden impartida en el fallo de tutela, emitió auto sancionatorio en contra de la **Dra. Patricia Tobón Yagarí** en calidad de Directora de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas; y **la Dra. Claudia Juliana Melo Romero** en calidad de Directora Técnica de Reparación de la misma entidad. La citada

actuación fue remitida el 12 de mayo del corriente al correo electrónico: notificaciones.juridicauariv@unidadvictimas.gov.co, obrando constancia en el expediente electrónico de la entrega del mensaje de datos al destinatario.

3. DE LA SANCIÓN

Mediante auto del 12 de mayo de 2023, se resolvió el incidente de desacato, imponiendo arresto por cinco (5) días y multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en contra la **Dra. Patricia Tobón Yagarí** en calidad de Directora de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas; y la **Dra. Claudia Juliana Melo Romero** en calidad de Directora Técnica de Reparación de la misma entidad, notificándoles lo resuelto el 12 de mayo de 2023 al correo notificaciones.juridicauariv@unidadvictimas.gov.co, siendo remitido el expediente a esta Sala a efectos de desatar la consulta.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habida consideración que la sanción por desacato debe ser objeto del grado jurisdiccional de Consulta, corresponde examinar a esta Sala si en efecto, la **Dra. Patricia Tobón Yagarí** en calidad de Directora de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas; y la **Dra. Claudia Juliana Melo Romero** en calidad de Directora Técnica de Reparación de la misma entidad, desobedecieron el fallo de tutela del 14 de septiembre de 2021 y, en consecuencia, se hacen merecedoras a las sanciones previstas por la Ley.

Sin embargo es preciso advertir previamente que si bien por mandato del artículo 52 del decreto 2591 de 1991 *“la sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental”* – por ser tal actuación, de naturaleza judicial, se deben respetar todas las garantías que integran el debido proceso, conforme al precepto normativo contenido en el artículo 29 Constitucional, lo que implica, que no solo se debe demostrar el desacato sino el carácter injustificado del mismo, dado que para efectos punitivos por virtud del artículo 12 del Código Penal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”¹.

En la sentencia T-482 de 2013 la Corte Constitucional sobre el tema en particular señala:

“El trámite que debe adelantarse para obtener el cumplimiento de un fallo de tutela consiste en poner en conocimiento de la situación al juez que conoció en primera instancia del asunto, para que éste adelante todas las gestiones necesarias para el efecto, poniendo fin a la vulneración o amenaza del derecho fundamental del peticionario tutelado. De otro lado, se ha establecido que el incidente de desacato es un mecanismo de creación legal, que procede a petición de la parte interesada, a fin de que el juez constitucional, a través de un incidente y en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto o multa a quien con responsabilidad subjetiva desatienda las órdenes proferidas en sentencias de tutela. Lo anterior, con el único fin de “lograr la eficacia de las órdenes impartidas por el juez de amparo para la efectiva protección de los derechos fundamentales reclamados por los tutelantes”, por lo cual se diferencia de las sanciones penales que pudieran ser impuestas. Es decir, el propósito del incidente será lograr que el obligado obedezca la orden allí impuesta y no la imposición de una sanción en sí misma”.

Bajo dichos términos, en este caso en específico se debe verificar si el incumplimiento a la orden impartida en sede de tutela obedece a

¹ providencia de abril 29 de 1997. M.P. Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

negligencia o descuido del responsable de su cumplimiento, garantizando en su trámite, en todo caso, el debido proceso al (os) funcionario(s) responsable(s), conforme al mandato constitucional contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, pese a la celeridad que caracteriza el procedimiento de tutela. Sin que, en este evento en particular, se advierta quebrantamiento de dicho derecho, en virtud de que a la entidad accionada se le brindó la posibilidad de ejercer el derecho a la controversia.

En el caso que nos ocupa, encontrándose en trámite la presente consulta, la Unidad Administrativa para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, allegó informe de cumplimiento en vista de lo cual solicita se revoque la sanción impuesta, al considerar que:

(...)

*“... la Unidad para las Víctimas ha realizado los trámites pertinentes en virtud de la solicitud de indemnización administrativa por el hecho victimizante de **Homicidio de DUVAN ALEXIS VELASQUEZ OSPINA radicado 76640 declarado bajo el marco normativo del Decreto 1290 de 2008** toda vez que se remite comunicación a la dirección de correo electrónico **PERSONERIA@GUARNE-ANTIOQUIA.GOV.CO** indicando que se debe aportar documentación para dar continuidad al trámite correspondiente, la cual corresponde a:*

- *(Declaraciones de terceros con huella) Dos declaraciones de personas distintas a familiares, en donde se declara bajo la gravedad de juramento que la compañera(o) convivió con la persona fallecida o desaparecida hasta el momento de ocurrencia del hecho victimizante, su estado civil y la existencia de hijos o no.*
- *Documentación de parentesco con la Víctima Directa.*

En este sentido y con la finalidad de informar respecto de la importancia de aportar la documentación que permita continuar con el trámite, se intentó establecer contacto con la parte accionante en fecha 9 de mayo de 2023, hora 3:55 PM a los números de contacto suministrados, sin que fuera posible establecer contacto.

Una vez, se aporte la documentación la Entidad realizará las validaciones correspondientes para emitir pronunciamiento en atención a la indemnización administrativa en los términos de la Resolución 1049 de 2019.

En consecuencia, es posible evidenciar todas las gestiones adelantadas por la Entidad con el fin de atender a la solicitud por lo que nos encontramos a la espera de la documentación.

Por los argumentos fácticos y jurídicos expuestos, y con fundamento en las pruebas aportadas, de manera respetuosa solicito al Honorable Despacho REVOCAR en todas sus partes la decisión contenida en la providencia proferida dentro de la acción de tutela de la referencia y como consecuencia de ello se declare que la Entidad está realizando todas las gestiones administrativas para darle cumplimiento al fallo. Así las cosas, de manera respetuosa solicito al señor Juez se ARCHIVE el expediente por cumplimiento del fallo, toda vez con las pruebas aportadas se logra probar que esta entidad ha dado cumplimiento a sus funciones legales y a las órdenes judiciales impartidas...”

Debe entonces la Sala revisar si se dan los presupuestos para predicar la responsabilidad por desacato de la **Dra. Patricia Tobón Yagarí** en calidad de Directora de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas; y la **Dra. Claudia Juliana Melo Romero** en calidad de Directora Técnica de Reparación de la misma entidad, esto es, si se evidencia una actitud deliberada a desobedecer el fallo, en tanto tratándose de desacato, se exige la verificación de la responsabilidad subjetiva y no el solo incumplimiento.

En el caso específico, efectivamente se materializó el desacato al fallo de tutela proferido el 14 de septiembre de 2021, pues a pesar de haberse dado apertura del trámite incidental, no se ha emitido respuesta de fondo a la solicitud de indemnización administrativa elevada por la accionante cuyo término empezó a contabilizarse desde el 31 de agosto de 2021.

Debe precisarse que, si bien la entidad accionada allegó como certificación de cumplimiento copia de la respuesta emitida a la accionante con Rdo. 2023-0704156-1 de fecha 15 de mayo de 2023, en la que le informan a la señora Arnolda de Jesús Ospina que debe allegar la siguiente información:

- *(Declaraciones de terceros con huella) Dos declaraciones de personas distintas a familiares, en donde se declara bajo la gravedad de juramento que la compañera(o) convivió con la persona fallecida o desaparecida hasta el momento de ocurrencia del hecho victimizante, su estado civil y la existencia de hijos o no.*
- *Documentación de parentesco con la Víctima Directa.*

(...)

****Nota: Los documentos anteriormente relacionados, *son tomados de los sistemas de información de la Unidad para las Víctimas, a corte de (15 de mayo de 2023).* NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.**

No puede dejarse de lado también que, dentro del trámite incidental la accionante allegó la respuesta emitida por la UARIV con Rdo. 2022720145569941 del 13 de junio de 2022, en la que requerían:

(...)

- 2 declaraciones de tercero, ya que las que se recibieron no tienen información completa, registro civil de nacimiento y cedula de ciudadanía del hermano de la víctima, para dar continuidad al proceso de indemnización administrativa...”

Procediendo la accionante a través de la Personería de Guarne a remitir los documentos solicitados el 22 de agosto de 2022 vía correo electrónico², **de cuya actuación no indicó nada la entidad incidentada en el presente trámite y, mucho menos, realizó alguna acotación en la respuesta emitida a la accionante en el mes de mayo**, evidenciándose que la Unidad de Víctimas no actualizó la información allegada por la accionante, y es por eso que, pese a que la señora Ospina de Velásquez aporta los documentos requeridos, nuevamente le requieren la misma información. En ese sentido la entidad accionada continúa vulnerando los derechos fundamentales de la accionante, al no resolver de fondo la petición indemnización administrativa cuyo término para resolver de fondo se encuentra ampliamente superado al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la Resolución 1049 de 2019.

Asimismo, se encuentra demostrada la responsabilidad subjetiva que recae sobre la **Dra. Patricia Tobón Yagarí** en calidad de Directora de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas; y la **Dra. Claudia Juliana Melo Romero** en calidad de Directora Técnica de Reparación de la misma entidad, al no acreditarse por esta Entidad el cumplimiento del fallo de tutela de la referencia.

En esa medida, considera la Colegiatura que hay lugar a **CONFIRMAR** la sanción impuesta a la entidad accionada, pues hasta la fecha la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS, no ha resuelto de fondo la petición elevada por la señora Arnolda de Jesús Ospina de Velásquez.

² Ver pagina5 del archivo denominado: "001SoliictudIncidente.pdf" de la carpeta C01PrimeraInstancia del expediente electrónico.

Por todo lo dicho, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISION PENAL** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión objeto de consulta, por la cual se sancionó por desacato a la **Dra. Patricia Tobón Yagarí** en calidad de Directora de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas; y la **Dra. Claudia Juliana Melo Romero** en calidad de Directora Técnica de Reparación de la misma entidad, con arresto domiciliario por cinco (5) días y multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

SEGUNDO: Una vez notificada la presente decisión, remítanse las diligencias al Juzgado de origen³ para que realice las actuaciones tendientes al cumplimiento de la orden dada en el fallo de tutela y para que se haga efectiva la respectiva sanción.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA

Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada

³ Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro- Antioquia-

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

Firmado Por:

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

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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: **28813052fa38717b48082b8de03f2c390b1630b4845778ba06d55af16c4bce03**

Documento generado en 26/05/2023 03:24:22 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DECISIÓN

CUI: 05045-3104001-2023-00083 (2023-0695-3)
Accionante: Luz Mary Pérez González en representación del
menor Juan Carlos Cruz Pérez.
Accionada: NUEVA EPS
Asunto: Impugnación Fallo Tutela
Decisión: Confirma
Acta y fecha: N° 142 de mayo 23 de 2023

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

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación propuesta por la accionada Nueva EPS contra el fallo del 18 de abril de 2023, mediante el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, concedió el amparo constitucional solicitado por la señora Luz Mary Pérez González en representación del menor Juan Carlos Cruz Pérez.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron recogidos en la decisión de primera instancia, en los siguientes términos:

La representante legal del accionante manifiesta que su hijo Juan Carlos Cruz Pérez se encuentra afiliado al régimen contributivo de salud, en calidad de beneficiario; quien presenta diagnóstico de perturbación de la actividad y de la atención, trastorno de espectro autista, retraso mental grave microcefalia y trastorno de aprendizaje, y por ese motivo recibe tratamiento por la especialidad de neurología infantil en la Clínica León XII de la ciudad de Medellín, por lo que el 28 de febrero de 2023 su médico tratante le ordenó TES de neuropsicología, terapias integrales psicología, fonoaudiología ocupacional, electroencefalograma, resonancia cerebral, potencial evocado auditivo, cariotipo frágil, TSH, hemograma y cita de control en 4 meses, las cuales fueron autorizadas por la Nueva EPS para la Fundación Diversidad,

Audiocom S.A., Hospital Alma Máter de Antioquia, de Medellín; al solicitar las citas se le asignaron para los días 13, 14 y 15 de abril y otras para los días 2, 6 y 15 de mayo de 2023.

Expuso que debido a que las citas fueron programadas de manera seguida en la ciudad de Medellín, solicitó a la nueva EPS el transporte, alojamiento y alimentación para su hijo y el acompañante por los días que le toque quedarse en esa ciudad para acudir a las citas, pero se los negó y no tiene cómo sufragar estos gastos porque es de bajos recursos.

Considera que se le está vulnerando el derecho fundamental a la salud.

Pide se ordene a Nueva EPS, la cobertura integral del tratamiento de los diagnósticos de su hijo, y todo aquello necesario para acceder a la prestación de sus servicios médicos sin demoras ni interrupciones injustificadas, transporte ida y vuelta Carepa-Medellín-Carepa para su hijo y su acompañante, alojamiento y alimentación, transporte interurbano durante el tiempo que deba estar en la ciudad de Medellín para la prestación de los servicios de salud y cada vez que deba asistir a una cita médica en un lugar diferente al de su residencia, porque no tiene familiares en dicha ciudad, tanto para las citas programadas los días 13, 14 y 15 de abril, y para todas las citas que sean asignadas por fuera de su lugar de residencia.

En caso que no haya fallo para la fecha de las citas de los días 13,14 y 15 de abril inicialmente, se decrete la medida provisional y se ordene la cobertura de alojamiento, alimentación y transporte intraurbano para su hijo y su acompañante, durante el tiempo que deba estar en la ciudad de Medellín para las citas de los días 13,14 y 15 de abril de 2023.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo tuteló los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y seguridad social del menor Juan Carlos Cruz Pérez indicando que si bien la Nueva EPS autorizó los servicios de salud prescritos por su médico tratante, su prestación efectiva fue ordenada para que se realizara en un municipio diferente al de su domicilio, sin considerar que el paciente y su familia no poseen los recursos económicos para sufragar los costos de transporte intermunicipal, hospedaje y alimentación en la ciudad de Medellín.

Adujo que el menor es un sujeto de especial protección constitucional por su estado de salud, que la negación de los viáticos es una carga desproporcionada para él y su familia que constituye una barrera para acceder al servicio de salud prioritario que requiere; tanto más cuanto la entidad accionada no desvirtuó la afirmación de la representante legal del menor accionante de no contar con

los recursos económicos suficientes para asumir la totalidad de los viáticos en la ciudad de Medellín.

Aseveró que el afectado tiene nueve años de edad, y por ende es dependiente de un tercero para los desplazamientos, requiriendo atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus necesidades cotidianas.

En consecuencia, ordenó a la entidad accionada que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, realizara las gestiones necesarias para el suministro de viáticos de transporte intermunicipal Carepa-Medellín-Carepa, hospedaje, alimentación y transporte urbano al menor Juan Carlos Cruz Pérez y su acompañante, si el tratamiento médico requiere más de un día de duración, para que asista a los servicios médicos prescritos por su médico tratante por los diagnósticos F840, Q02X y F728, para los días agendados "2, 6 y 15 de mayo de 2023", en las IPS Escenografía Neurológica S.A. de Medellín, Audiocom SAS – Medellín, Hospital Alma Máter de Antioquia H (OPL) de Medellín, Fundación Diversidad de Medellín y Adilab – Ayudas Diagnósticas y Laboratorio Clínico S.A.S., de Medellín, y en todos los casos que se autorice la prestación de los servicios de salud en una ciudad distinta al lugar de residencia del menor accionante, con ocasión de los referidos diagnósticos.

DE LA IMPUGNACIÓN

La accionada en el escrito de impugnación indicó que, en virtud de la tutela concedida, solicita se ordene a la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud -ADRES- que garantice el reconocimiento del 100% a la Nueva EPS de los costos en que incurra por atenciones NOS PBS en cumplimiento del fallo de primera instancia.

Además, se desvincule al Dr. José Fernando Cardona Uribe del trámite constitucional, pues la persona encargada de ejecutar el cumplimiento del fallo judicial en la Regional Noroccidente es la Dra. Adriana Patricia Jaramillo Herrera, Gerente Regional Noroccidental.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

En el presente asunto, el A quo concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y seguridad social del menor Juan Carlos Cruz Pérez y en consecuencia ordenó a la Nueva EPS realizara las gestiones necesarias para el suministro de viáticos de transporte intermunicipal Carepa-Medellín-Carepa, hospedaje, alimentación y transporte urbano al menor y a su acompañante, si el tratamiento médico requiere más de un día de duración, para que asista a los servicios médicos prescritos por su médico tratante por los diagnósticos F840, Q02X y F728, para los días agendados “2, 6 y 15 de mayo de 2023”, en las IPS Escenografía Neurológica S.A. de Medellín, Audiocom SAS – Medellín, Hospital Alma Máter de Antioquia H (OPL) de Medellín, Fundación Diversidad de Medellín y Adilab – Ayudas Diagnósticas y Laboratorio Clínico S.A.S., de Medellín, y en todos los casos que se autorice la prestación de los servicios de salud en una ciudad distinta al lugar de residencia del menor accionante, con ocasión de los referidos diagnósticos.

En esta oportunidad, la entidad accionada no cuestiona la tutela concedida a favor del menor JUAN CARLOS CRUZ PÉREZ pero solicita se adicione el fallo para que se ordene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES- reconozca a favor de la Nueva EPS el 100% de los costos en que incurra por atenciones NO PBS en cumplimiento de la sentencia.

Frente lo anterior, debe señalarse la Sala que lo pretendido es un trámite administrativo entre entidades del Sistema de Seguridad Social Integral que, al no comprometer derechos fundamentales, no podría ser ordenado a través de la acción de tutela.

Sobre ese aspecto la Corte Constitucional en Sentencia T-122/21 refirió:

“...de ninguna manera, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías puede convertirse en un obstáculo para que el usuario acceda a ellos. Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; **una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente...**” (Subrayas fuera del texto)

Luego, este mecanismo constitucional ha sido concebido exclusivamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de un derecho fundamental, por tanto, los aspectos económicos que puedan derivarse del cumplimiento del fallo de tutela, no son objeto de definición en este trámite preferente. Máxime cuando, las EPS cuentan un procedimiento ordinario para solicitar el recobro directamente. No es la acción de tutela el instrumento adecuado para reemplazar las acciones ordinarias.

De otro lado, no hay lugar a la aclaración solicitada por la accionada en cuanto al nombre del representante legal de la Nueva EPS que fue indicado en el fallo de tutela, pues ante un eventual incumplimiento del mismo, se deberá

verificar en ese momento el actual representante legal de la entidad que puede o no coincidir con el presente.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, el dieciocho (18) de abril de 2023.

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

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

Notifíquese y cúmplase,

(firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

**Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia**

**Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

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

Código de verificación: **7f9192a441dc1b0234eb7289e85f9b9c3b0a246f6f126c24bb6c031eddd69b58**

Documento generado en 26/05/2023 01:32:08 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado 05000-22-04-000-2023-00248-00 (2023-0861-3)
Accionante Diego Mauricio Garzón Rentería
Accionado Juzgado Primero Penal del Circuito de la Ceja
Asunto Tutela de Primera Instancia
Decisión Rechaza tutela
Acta: N° 143 mayo 24 de 2023

Medellín, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Mediante auto del 19 de mayo de 2023, esta Magistratura inadmitió la solicitud de tutela promovida por el abogado Diego Mauricio Garzón Rentería como apoderado judicial de JOSÉ FERNANDO ARROYO DÍAZ al verificarse que no anexó poder especial que lo habilitara para la interposición de la acción de amparo; razón por la cual, se requirió al abogado para que en el término de un (1) día, subsanara la omisión referida.

Según el artículo 86 de la Constitución Política *“toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actué a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*.

Por su parte el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, faculta la presentación a título personal de la solicitud de amparo, que también puede ser propuesta por un tercero en los específicos eventos previstos en esa misma norma. De tal suerte, la actuación en nombre de otros resulta viable en condición de apoderado o agente oficioso; por supuesto, cuando además concurren las exigencias para la estructuración de dichos supuestos.

En el primer caso, se exige la demostración de dicha calidad allegando el poder conferido para instaurar la acción de tutela, encargo que únicamente pueden asumir los abogados en ejercicio, quienes están investidos por la ley de la potestad para representar y gestionar intereses ajenos.

Cuando se acude a un profesional del derecho, a él debe ser otorgado poder para que haga lo propio, posición mantenida por la Corte Constitucional, cítese como ejemplo la sentencia T 465 de 2010:

*Dentro de los elementos del apoderamiento en materia de tutela la Sala señala que el mismo es (i) un acto jurídico formal por lo cual debe realizarse por escrito. (ii) se concreta en un escrito, llamado poder que se presume auténtico. (iii) El referido poder para promover acciones de tutela debe ser especial. En este sentido **(iv) El poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido para la promoción de procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen en el proceso inicial.** (iv) El destinatario del acto de apoderamiento sólo puede ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional." (Subrayado y negrita fuera del texto.).*

En el sub judice, fenecido el término señalado para subsanar la solicitud, el accionante no corrigió la irregularidad, esto es, no allegó el poder especial que lo habilita para actuar como apoderado judicial del señor JOSÉ FERNANDO ARROYO DÍAZ; en ese sentido, se determina el **rechazo de la acción de amparo** por falta de legitimación en la causa por activa.

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

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR por falta de legitimación en la causa por activa, la acción de tutela interpuesta por Diego Mauricio Garzón Rentería.

SEGUNDO: Si la providencia no es impugnada se remitirá lo actuado ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(Firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

**Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia**

**Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

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

Código de verificación: **54829e787189df196c6619376e32fc1a7b84d23d334205d966eb0cf196991994**

Documento generado en 26/05/2023 01:32:17 PM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

N.I: 05045-3104001-2023-00090 (2023-0743-3)
Accionante: HÉCTOR GÓEZ PIEDRAHITA
Accionado: ARL Positiva Compañía de Seguros S.A.,
y otros.
Asunto: Impugnación Fallo Tutela
Decisión: Nulidad
Acta y fecha: N° 144 de mayo 23 de 2023

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

ASUNTO

Sería del caso pronunciarse sobre la impugnación presentada por el accionante HÉCTOR GÓEZ PIEDRAHITA¹ contra la sentencia de tutela del 21 de abril de 2023², pero se advierte que en el presente trámite se incurrió en una irregularidad sustancial que afecta con nulidad la actuación surtida en primera instancia.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El accionante en el escrito tutelar relacionó como hechos:

“HECTOR GOEZ PIEDRAHITA.- Comencé a la borar en esta empresa INVERAGROLA ACACIA S.A el día 24-08-del-2020 sufrí accidente de

¹ PDF 010, expediente digital de tutela de primera instancia.

² PDF 008 ibidem.

trabajo y como producto del accidente se diagnosticó S300-CONTUSION EN REGION LUMBOSACRA Y M518-OTROS M421 M478) EL DIA 06-04-2021 SE DIAGNOSTICO. G992G MIELOPATIA EN ENFERMEDADES CLASIFICADAS EN OTRAS PARTEE Y SE ORDENO PROSEDIMIENTO (INTERCONSULTA POR ESPECIALISTA EN NEUROCIRUGIA) RADIOGRAFIA DE COLUMNA DORSOLUMBAR) RADIOGRAFIA DINAMICA DE CANTIDAD 1 COLUMNA VERTEBRAL EL DIA 18-11-2020 SE ORDENO CONULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN NEUROCIRUGIA VALORACION Y MANEJO 440 NEUROCIRUGIA EL DIA 21-10-2020 SEREALISO I.R.M. COLUMNA LUBAR SIMPLE CON ALLASGOS SERECOMIENDA ESTUDIO DIRIGIDO DE RESONANCIA MAGNETICA DORSAL CON SECUENCIAS (CISS) de alta resolución para descartar web aracnoides vs herniación anterior del cordón asociado a miopatía a la altura de t8.” (sic)

En el acápite que denominó fundamentos jurídicos indicó:

“Es preciso establecer que la falta de cobertura de los procedimientos que necesito de 2DICCLOFENACO 75 MG IM DU 3. RX DE HOMBRO DERECHO 4 REVALORAR me sean suministrados por LA ARL POSITIVA) en este momento debido a mi accidente de trabajo, constituye una grave violación al derecho a la salud que constitucionalmente me asiste, y a mi calidad de vida, según ha determinado mi médico tratante padezco S300-CONTUSION EN REGION LUMBOSACRA Y M518- OTROS M421 M478 (ORIGEN LABORAL), que si no es tratada de esta manera podría ocasionar graves deterioros en mi salud.

(...)

En conclusión, la negación por parte de POSITIVA a realizar los exámenes requeridos (o a entregar los medicamentos requeridos), por no estar incluidos en la lista del Plan Obligatorio de Salud es una violación evidente a mi derecho fundamental a la salud, a la cual se llega por desamparar y poner en riesgo mi calidad de vida, atentar contra mi dignidad humana, mi integridad personal y en consecuente mi vida).” (sic)

Y las pretensiones las concretó de la siguiente manera:

“PRIMERO: Tutelar el derecho fundamental a la salud por conexidad con el derecho fundamental a la vida en consecuencia

SEGUNDO: Ordenar AL ARL POSITIVA atención médica y calificación de manera integral y/o tratamiento, procedimiento o medicamento.” (Sic)

ACTUACIÓN RELEVANTE

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, el 21 de abril del año en curso declaró improcedente el amparo constitucional por hecho superado, indicando que las ordenes prescritas por el médico tratante fueron autorizadas y agendadas por la ARL Positiva Compañía de Seguros, por los diagnósticos de origen laboral, estas son:

No. 37564628 de fecha 13/04/2023 para consulta de control o de seguimiento por especialista en medicina del trabajo, agendada para el día 15/04/2023 a las 15:20pm, en la IPS Centro Fisioterapéutico Fedra Alexandra Ospina SAS - Apartadó.

No. 37558503 de fecha 12/04/2023 para Resonancia Magnética de Articulaciones de miembro inferior, agendada para el día 14 de abril de 2023, en la IPS Fundación Instituto Neurológico de Colombia Fundación Indec - Apartadó.

No. 37558504 de fecha 12/04/2023 para consulta de primera vez por especialista en ortopedia y traumatología, agendada en la IPS Promotora Clínica Zona Franca de Urabá - Apartadó, la cual será agendada por el accionante conforme a su disponibilidad de tiempo.

No. 37527782 de fecha 09/04/2023 para concepto de Adorlan tabletas - 25mg-blisters -tableta (20), a cargo de la IPS Productos Hospitalarios Sa Pro H Sa - Apartadó.

Frente la calificación de pérdida de capacidad laboral integral expuso que la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A., remitió el caso al equipo de medicina laboral, donde se determinó que para las patologías comunes, era necesario el aporte de la historia clínica completa de la EPS, para conocer los diagnósticos de origen de enfermedad común, en la que debe incluir historias clínicas de especialistas,

imágenes diagnósticas, paraclínicos, para validar pertinencia de calificación PCL integral, lo cual fue solicitado al accionante mediante escrito SAL-2023 01 005 164813, enviado al correo electrónico Góezpiedrahitahector@gmail.com.

Por lo tanto, aseveró que frente a este tópico no hay vulneración alguna, ya que es el accionante quien debe aportar los documentos solicitados para que la entidad accionada proceda con la calificación solicitada.

Concluyó diciendo que la entidad accionada cumplió con la pretensión de la acción de tutela, lo cual fue confirmado telefónicamente por el accionante al referir que el 20 de abril de 2023 recibió la información a su correo electrónico.

DE LA IMPUGNACIÓN

El 28 de abril de 2023, el accionante inconforme con la decisión adoptada, impugnó la decisión de primera instancia, para ello expuso que el fallo no fue congruente con los hechos expuestos en la tutela, aseveró que el amparo se negó por la existencia de otros mecanismos judiciales para la salvaguarda de los derechos, obviando que la tutela también procede de manera transitoria, no comprende por qué en su asunto el A quo dijo no existir vulneración constitucional.

Adujo que ha sido trabajador del fin involucro la acacia durante cuatro años, el 24 de agosto de 2020 sufrió un accidente de trabajo y se le diagnosticó S300-Contusión en región lumbosacra y otros, M518, M478 y G992.

Manifestó que requiere que se ordene a la ARL Positiva su tratamiento de manera integral, que deje sin efectos la sanción disciplinaria interpuesta el 21 de abril de 2023 por no cumplir el debido proceso para la atención por el accidente de la columna el día 24 de agosto de 2020.

Por lo tanto, solicita se revoque el fallo confutado.

CONSIDERACIONES

Competencia. En atención a lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de mil novecientos noventa y uno (1991), esta Sala es competente para resolver la impugnación, dado que es superior funcional del juzgado de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 906 de dos mil cuatro (2004).

De la falta de motivación. El derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, es una garantía aplicable a las actuaciones judiciales y administrativas. Una de sus vertientes se concreta en el derecho a que las decisiones tomadas en un proceso judicial se justifiquen de forma explícita y el funcionario a cargo de su conocimiento refiera las razones y los fundamentos que lo llevan a adoptar determinada conclusión. Lo anterior contribuye a garantizar el control de los actos del poder judicial y evitar la arbitrariedad.

En la sentencia T 214 de 2012, la Corte Constitucional se refirió al deber de motivar los pronunciamientos judiciales en los siguientes términos:

«La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. La incidencia de los derechos fundamentales en todas las áreas del derecho y la obligación de los jueces y operadores jurídicos de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias sólo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (aspectos conocidos en la doctrina constitucional como efecto irradiación, interpretación conforme y carácter normativo de la Constitución) exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una

argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales.» (Negrita fuera del texto)

Conforme la jurisprudencia nacional, son varias las modalidades bajo las cuales se pueden presentar defectos en la motivación de las providencias judiciales, estas son: *i) ausencia absoluta de motivación, ii) motivación incompleta o deficiente, iii) motivación ambivalente o dilógica y iv) motivación falsa.*

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia en providencia STP10868-2018 aseveró:

“Para la Corte, cuatro son las situaciones que pueden dar lugar a la nulidad de la sentencia por violación del deber de motivación: (1) Ausencia absoluta de motivación. (2) Motivación incompleta o deficiente. (3) Motivación equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente. Y (4) motivación sofisticada, aparente o falsa. En relación con esta última debe ser precisado que solo vino a ser incluida en forma expresa como fenómeno generador de nulidad por defectos de motivación en la referida providencia, pero que la Corte ya venía aceptando sus implicaciones invalidatorias de tiempo atrás, como surge del contenido de la decisión de 11 de julio de 2002, que allí se cita.

La primera (ausencia de motivación) se presenta cuando el juzgador omite precisar los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión. La segunda (motivación incompleta) cuando omite analizar uno cualquiera de estos dos aspectos, o lo hace en forma tan precaria que no es posible determinar su fundamento. La tercera (equívoca) cuando los argumentos que sirven de sustento a la decisión se excluyen recíprocamente impidiendo conocer el contenido de la motivación, o cuando las razones que se aducen contrastan con la decisión tomada en la parte resolutoria. Y la cuarta (sofística), cuando la motivación contradice en forma grotesca la verdad probada.

(...) la motivación falsa entendida como aquella que es inteligible, pero equivocada debido a errores relevantes en la apreciación de las pruebas, porque las supone, las ignora, las distorsiona o desborda los límites de racionalidad en su valoración, debe invocarse por la vía de la causal primera cuerpo segundo. (CSJ SP, 13 mar 2004, rad. 17738, reiterada en CSJ SP16171 - 2016)”

De igual manera, precisó esta Corporación, que "solo la carencia total de motivación, la ausencia de decisión sobre un problema jurídico fundamental para la resolución del caso o la motivación ambivalente, conducen a la nulidad de la decisión" (CSJ SP1783 - 2018)».

En el presente asunto, concurre el de *“ausencia de motivación”*, por las razones que se exponen a continuación:

En la demanda de tutela, el accionante advierte que el 24 de agosto de 2020 sufrió un accidente laboral que al parecer afectó su columna y debido a ello le fueron diagnosticadas varias patologías que han ameritado la realización de algunos exámenes médicos y el suministro de medicamentos.

En otro de los apartes del escrito tutelar se adujo que la falta de cobertura de los procedimientos *“2DICCLOFENACO 75 MG IM DU 3. RX DE HOMBRO DERECHO 4 REVALORAR”* por la ARL Positiva constituía una grave violación de sus derechos a la salud y calidad de vida, pues el médico tratante determinó que padece *“S300-CONTUSION EN REGION LUMBOSACRA Y M518- OTROS M421 M478 (ORIGEN LABORAL)”*.

Aseveró que la negación de la accionada en la realización de los exámenes requeridos y al suministro de los medicamentos prescritos ponen en riesgo su vida, por lo cual solicitó la tutela de sus derechos fundamentales y en consecuencia se ordenara a la ARL Positiva *“atención médica y calificación de manera integral y/o tratamiento, procedimiento o medicamento”*.

Así, se advierte que el accionante no expresa con mucha claridad las ideas, impidiendo saber qué servicios médicos reclama con el amparo tutelar y en qué consiste la queja respecto de la calificación integral que depreca. Se requiere saber los motivos por los cuales considera que la ARL Positiva está cercenando sus garantías, aclarando las afectaciones de salud que padece, si estas son debido al accidente laboral al que hizo mención, si respecto de todas ellas se le ha negado la prestación del servicio de salud y cuáles son esos servicios que no le han sido prestados.

Aspectos que no fueron auscultados por el A quo, pues omitió aclarar y concretar lo pretendido por el actor y de forma descontextualizada e imprecisa resolvió declarar improcedente el amparo constitucional por hecho superado indicando que la ARL accionada había autorizado y agendado los servicios de “*consulta de control o de seguimiento por especialista en medicina del trabajo*”, “*Resonancia Magnética de Articulaciones de miembro inferior*”, “*consulta de primera vez por especialista en ortopedia y traumatología*” y que los medicamentos “*Adorlan tabletas – 25mg-blister –tableta (20)*” estaban a cargo de la IPS. Agregando de otro lado que, no se verificaba la vulneración de los derechos del actor con relación a la calificación de pérdida de capacidad laboral integral por cuanto no había radicado la documentación que le fue requerida para ello.

Así, el razonamiento del juez de primer grado se sustentó en la respuesta proporcionada por la ARL accionada, sin haber auscultado lo pretendido por el actor, el juzgador omitió precisar los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión, y de acuerdo con el escrito de impugnación del actor, pareciera que el mismo no fue congruente con lo solicitado. Congruencia que en esta instancia no es posible verificar, como se dijo, por lo confuso del escrito tutelar.

Como es sabido, desde el origen de la pretensión de restablecimiento de derechos fundamentales, el juez constitucional tiene la obligación de asumir un papel activo en la conducción del proceso, de suerte que, con fundamento en lo sostenido en la decisión T-313 de 2018, ese mandato no implica que deba asumir cargas procesales que le atañen eminentemente al petente, en consecuencia, al advertir la ausencia de elementos que requiera para adoptar una decisión de fondo, deba indagarle para su corrección.

En el asunto es confuso el escrito tutelar por lo que el A quo debió requerir al accionante para subsanar esa ambigüedad para así, posteriormente, poder resolver de fondo, pues no se logra comprender de forma concreta lo pretendido.

Conforme con lo anterior, se verifica una circunstancia que impone la nulidad de la decisión, a partir del auto que admitió la demanda de tutela adiado el 11 de abril de 2023, con la finalidad de que en la reposición del trámite se subsanen las irregularidades advertidas, dejando incólume las pruebas y respuestas obtenidas en el trámite tutelar.

Por tanto, así se declarará y se devolverá la actuación al Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, a fin de que proceda a subsanar la irregularidad advertida.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado a partir de auto que admitió la acción de tutela, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó, Antioquia, el 11 de abril de 2023, dejando incólume las pruebas y respuestas obtenidas en el trámite tutelar.

SEGUNDO: REMITIR la actuación al Juzgado de origen, para que provea lo necesario de acuerdo con lo reseñado en esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **a49f5d54573405fa72165720a66e59178ec055e5f26f3a9c6e5925cddea043fa**

Documento generado en 26/05/2023 01:32:31 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado 05234-31-89-001-2023-00039 (2023-0867-3)
Accionante Ruth Nery Hernández Jaramillo
Accionados Unidad Administrativa Especial para la
Atención y Reparación Integral a las Víctimas.
Asunto Consulta desacato
Decisión Confirma
Acta: N° 145 mayo 24 de 2023

Medellín, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Procede la Sala a resolver, el grado jurisdiccional de consulta del incidente de desacato, conforme lo prevé el artículo 52 del decreto 2591 de 1991, contra la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, debido a la sanción que le fuera impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba - Antioquia, mediante auto interlocutorio adiado el 10 de mayo hogaoño.

ANTECEDENTES

Con sentencia del 27 de marzo de 2023, se ampararon los derechos fundamentales de Ruth Nery Hernández Jaramillo, en consecuencia, se ordenó a la accionada:

“SEGUNDO: En consecuencia, se ordena a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCION Y REPARACION INTEGRAL A LAS VICTIMAS, dentro de las (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, deje sin efectos la Resolución No. 2020-53937 del 26 de junio de 2020, Resolución N° 2020-53937R del 14 de octubre de 2021 y Resolución No. 20219253 del 06 de diciembre de 2021,

a su vez que dentro los diez (10) días siguientes a la notificación de esta decisión, profiera un nuevo acto administrativo debidamente motivado, donde se realicen las verificaciones correspondientes a la luz de los principios constitucionales que guían la interpretación y aplicación de las normas en la materia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 y 156 de la Ley 1448 de 2011, respecto a los hechos victimizantes que se exponen en la declaración presentada por RUTH NERY HERNANDEZ JARAMILLO y su grupo familiar, realizando las investigaciones pertinentes para el caso."

El 25 de abril del año que transcurre¹, la parte promotora presentó incidente de desacato alegando el incumplimiento de la accionada frente a lo ordenado en el fallo de tutela.

Con auto adiado el 26 de abril de 2023², se requirió a María Patricia Tobón Yagarí como directora de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, a Cleia Andrea Anaya Benavides como directora de Reparaciones y a Nathalia Romero Figueroa como directora de Registro y Gestión de la Información de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, para que dieran cuenta del resultado de la gestión realizada tendiente a cumplir la orden constitucional.

A través de la jefe de la oficina asesora jurídica de la Unidad para las Víctimas suministraron respuesta indicando que, estaban a la espera de la resolución de la impugnación del fallo, por ende, al no estar ejecutoriado el mismo, se tornaba improcedente el trámite incidental.

El 03 de mayo de 2023³ se dio apertura formal al trámite incidental de desacato, ordenando la notificación del mismo a la Dra. María Patricia Tobón Yagarí como directora de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, a la Dra. Cleia Andrea Anaya Benavides como directora de Reparaciones y a la Dra. Nathalia Romero Figueroa como directora de Registro y Gestión de la Información de la Unidad Administrativa Especial para

1PDF N° 001 y 002 del expediente digital.

2PDF N° 006 del expediente digital.

3 PDF N° 011 del expediente digital.

la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, para que aportara documentos que acreditara el cumplimiento de la sentencia.

La jefe de la oficina asesora jurídica de la Unidad para las Víctimas indicó que⁴, la accionante se encuentra no incluida en el RUV requisito indispensable para poder acceder a los beneficios de la ley de víctimas. Reiteró que estaban a la espera de la resolución de la impugnación del fallo.

Aunado a lo anterior, puso de presente que la Dra. Andrea Nathalia Romero Figueroa como directora de Registro y Gestión de la Información de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas es la encargada de acatar los fallos de tutela.

Mediante auto del 10 de mayo de 2023⁵, se sancionó por desacato a la Dra. Nathalia Romero Figueroa como directora de Registro y Gestión de la Información de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, con arresto por dos días y multa por valor de dos (2) SMLMV.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

⁴PDF N° 013 del expediente digital.
⁵ PDF N° 014 del expediente digital.

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

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

El derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, es una garantía aplicable a las actuaciones judiciales y administrativas. La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha establecido que *“Particularmente, en el procedimiento administrativo de solicitud de inclusión en el RUV, una vez las víctimas presentan la declaración de los hechos victimizantes ante el Ministerio Público,⁷ la UARIV tiene a su cargo decidir a través de un acto administrativo debidamente motivado si incluye o no a la víctima en esta base de datos. La motivación debe ser entonces una narrativa suficiente para justificar la decisión de la entidad en uno u otro sentido, de modo que no carezca de razones y por tanto, torne la decisión caprichosa. “Dicho acto administrativo deberá contener, entre otras cosas, “[l]a motivación suficiente por la cual se llegó a la decisión de no inclusión”,⁸ de manera que el administrado conozca las razones por las cuales se adoptó la determinación y cuente con elementos de juicio suficientes para controvertirla.”⁹¹⁰*

Y de conformidad con lo previsto en los artículos 36 y 37 del Decreto 4800 de 2011 y los artículos 3 y 156 de la Ley 1448 de 2011, las peticiones que se eleven por los usuarios en este tipo de escenarios deben ser examinadas en aplicación de los principios de buena fe, pro homine, geo-referenciación o prueba de contexto, in dubio pro víctima y, credibilidad del testimonio coherente. En complemento, se debe hacer una lectura a la luz del conflicto armado y la diversidad étnica y cultural¹¹.

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

⁷ Decreto 1084 de 2015.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-991 de 2012, MP María Victoria Calle Correa.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2018, MP. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁰ Sentencia T-171/2019.

¹¹ T 417 de 2016

Luego, es menester que la entidad accionada tenga presente que existe una orden de tutela a través de la cual se le ordenó dejar sin efectos *la Resolución No. 2020-53937 del 26 de junio de 2020, Resolución N° 2020-53937R del 14 de octubre de 2021 y Resolución No. 20219253 del 06 de diciembre de 2021*, para que *profiera un nuevo acto administrativo debidamente motivado, donde se realicen las verificaciones correspondientes a la luz de los principios constitucionales que guían la interpretación y aplicación de las normas en la materia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 y 156 de la Ley 1448 de 2011, respecto a los hechos victimizantes que se exponen en la declaración presentada por RUTH NERY HERNANDEZ JARAMILLO y su grupo familiar, realizando las investigaciones pertinentes para el caso*”, siendo esta una directriz donde la entidad debe garantizar el derecho fundamental al debido proceso de la afectada.

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

Teniendo en cuenta que hasta el momento no obran elementos de prueba que permitan predicar que a la fecha la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas dejó sin efectos *la Resolución No. 2020-53937 del 26 de junio de 2020, Resolución N° 2020-53937R del 14 de octubre de 2021 y Resolución No. 20219253 del 06 de diciembre de 2021*, y que haya proferido un nuevo acto administrativo debidamente motivado respecto a los hechos victimizantes que expuso en la declaración la señora RUTH NERY HERNANDEZ JARAMILLO, la Sala procederá a confirmar la sanción impuesta por el Juez de primera instancia a la Dra. Nathalia Romero Figueroa como

directora de Registro y Gestión de la Información de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Contrario a lo expresado por la entidad accionada, los fallos de tutela son de cumplimiento inmediato tal como se deduce del artículo 86 de la Constitución Nacional, ello sin perjuicio de que pueda ser impugnado e incluso llevado a revisión de la Corte Constitucional. Ese deber de acatar de manera inmediata el fallo de tutela de primera instancia tiene su razón de ser en tanto está en juego el carácter normativo de la Constitución, como también la protección de otros derechos de carácter fundamental.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sanción impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba - Antioquia, el 10 de mayo de 2023.

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

TERCERO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

(firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

**Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia**

**Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

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

Código de verificación: **25985a3fbe15cee52bcef81dbd1cd9872f40f40860a0dbc64adf90aae424057d**

Documento generado en 26/05/2023 01:32:42 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado 05000-22-04-000-2023-00186-00 (2023-0651-3)
Incidentante **Francisco Javier Otálvaro Ríos.**
Incidentado **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Antioquia.**
Asunto Incidente de desacato
Decisión Inhibe
Acta y fecha: N° 146 de mayo 24 de 2023

Medellín, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Resuelve la Sala el incidente de desacato presentado por **Francisco Javier Otálvaro Ríos**, contra el **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia**, por el presunto incumplimiento del fallo de tutela emitido por esta Corporación el 04 de mayo de 2023.

DEL INCIDENTE DE DESACATO

Indicó el incidentante¹ que el **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** no ha dado cumplimiento a la sentencia de tutela de fecha cuatro (4) de mayo de 2023.

¹ PDF N° 001 del Expediente Digital 1566

DE LO ORDENADO EN TUTELA

Mediante fallo del cuatro (4) de mayo de 2023, esta Sala amparó parcialmente las garantías fundamentales del debido proceso y acceso a la administración de justicia del señor **Francisco Javier Otálvaro Ríos**, y en consecuencia se dispuso:

“SEGUNDO: ORDENAR al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia que, en un término no mayor a (48) horas hábiles posteriores a la notificación de esta providencia, informe a FRANCISCO JAVIER OTÁLVARO RÍOS el turno y fecha probable y razonable para pronunciarse acerca de la redención de pena.”

ACTUACIÓN PROCESAL

El 15 de mayo de 2023², se requirió previamente al titular del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** a fin de que en el término 2 días hábiles informara si se dio observancia a la orden emitida en la sentencia de tutela.

En respuesta de lo anterior³, la juez que actualmente regenta el referido Despacho informó que, dando cumplimiento a la orden impartida en el fallo constitucional, resolvió la solicitud de redención de pena a favor del señor FRANCISCO JAVIER OTÁLVARO RÍOS mediante autos interlocutorios No. 911 y 912 del nueve (9) de mayo de 2023.

Informó que por intermedio del Centro de Servicios de esos Juzgados, el 17 de mayo de los corrientes, remitieron dichas decisiones al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Andes, Antioquia, para ser notificadas al interno Otálvaro Ríos, encontrándose a la espera que retorne la respectiva constancia de notificación.

² PDF N° 002 del expediente digital.

³ PDF N° 005 del expediente digital.

Por lo anterior, se dispuso requerir al EPMSC Andes para que allegara la correspondiente constancia de notificación, de lo cual se recibió oportuna respuesta informando que los autos de redención fueron comunicados al actor el viernes 19 de mayo de 2023 y adjuntó el debido soporte.

Posteriormente, esto es, el 23 de mayo de 2023, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia allegó copia de la constancia de notificación realizada al señor Francisco Javier Otálvaro Ríos de los autos interlocutorios No. 911 y 912 del 09 de mayo de 2023 que resolvió solicitud de redención de pena.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo en cuenta que la finalidad de la acción de tutela es la protección eficaz e inmediata de los derechos fundamentales, frente a las agresiones o amenazas de las que sean objeto por la acción u omisión de las autoridades públicas y eventualmente por particulares, claro deviene el deber del Juez Constitucional para garantizar tal propósito, aún con posterioridad a la decisión de amparo.

Esto, por cuanto su labor no se limita a impartir una orden que formalmente proteja los derechos de quienes acuden a este mecanismo, sino que se extiende a la obligación de velar por la efectividad de las medidas adoptadas; y en ese sentido, a agotar todas las posibilidades a su alcance, hasta lograr que la decisión materialmente produzca el resultado esperado.

El artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta el artículo 86 de la Constitución Política, confiere la competencia al Juez que conoce y falla la acción de tutela, de tal forma, que este pueda activar los medios idóneos y eficaces para exigir el acatamiento de las sentencias. Igualmente, el artículo 52 inciso 1° *ibídem*, establece el alcance de las sanciones pertinentes para el incumplimiento de las órdenes judiciales.

Deviene, entonces, que el fallo se infringe cuando no solamente el depositario de las órdenes las incumple en su totalidad sino también parcialmente; mediando siempre la intención de evadir la obligación prohijada por la sentencia judicial, siendo necesario demostrar con certeza que el incumplimiento se derivó de la responsabilidad subjetiva del accionado, pues no es procedente la presunción de responsabilidad con base en el mero acto de incumplimiento. En este sentido, la Corte Constitucional refirió que:

“El desacato es un mecanismo de creación legal, que procede a petición de la parte interesada, a fin de que el juez constitucional en ejercicio de sus potestades disciplinarias sancione con arresto o multa a quien con responsabilidad subjetiva desatienda las órdenes proferidas mediante sentencias que buscan proteger los derechos fundamentales.

En consonancia con lo anterior, debe precisarse que la figura del desacato ha sido entendida como una medida que tiene un carácter coercitivo, con la que cuenta el juez constitucional para conseguir el cumplimiento de las obligaciones que emanan de sentencias de tutela (...). ”⁴

Sobre la verificación de los requisitos para que configure el incumplimiento por desacato a la orden emitida en fallo de tutela, nuestro máximo Tribunal en lo Constitucional, refirió lo siguiente:

*“10.4. Puesto que se trata de un procedimiento disciplinario, el incidente de desacato está cobijado por las garantías que el derecho sancionador prodiga al disciplinado, entre ellas la necesidad que se demuestre la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela. Por ende, **para declarar el desacato de la autoridad responsable no basta con que se compruebe la omisión, sino que esta debe ser atribuible al sancionado.** Sobre el particular, la jurisprudencia ha insistido en que “... el juez de tutela al tramitar el respectivo incidente tiene el deber constitucional de indagar por la presencia de elementos que van dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, por tanto dentro del proceso debe aparecer probada la negligencia de la persona que desconoció el referido fallo,*

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2009..

lo cual conlleva a que no pueda presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento. De acuerdo con ello, el juzgador tiene la obligación de determinar a partir de la verificación de la existencia de responsabilidad subjetiva del accionado cuál debe ser la sanción adecuada – proporcionada y razonable – a los hechos.(...) En este punto cabe recordar que, la mera adecuación de la conducta del accionado con base en la simple y elemental relación de causalidad material conlleva a la utilización del concepto de responsabilidad objetiva, la cual está prohibida por la Constitución y la Ley en materia sancionatoria. Esto quiere decir que entre el comportamiento del demandado y el resultado siempre debe mediar un nexo causal sustentado en la culpa o el dolo”.⁵

El objetivo del incidente es asegurar el absoluto respeto y la efectividad de las decisiones adoptadas por el Juez de Tutela, toda vez que su inobservancia entraña una nueva y flagrante violación a las garantías fundamentales y, en general, del ordenamiento Constitucional. En cuanto a la temática, la Alta Corporación ha indicado que:

“... (vi) el trámite de incidente de desacato, debe respetar las garantías del debido proceso y el derecho de defensa de aquél de quien se afirma ha incurrido en desacato⁶, quien no puede aducir hechos nuevos para sustraerse de su cumplimiento⁷; (vii) el objetivo de la sanción de arresto y multa por desacato es el de lograr la eficacia de las órdenes impartidas por el juez de amparo para la efectiva protección de los derechos fundamentales reclamados por los tutelantes, por lo cual se diferencia de las sanciones penales que pudieran ser impuestas⁸; (viii) el ámbito de acción del juez, definido por la parte resolutive del fallo correspondiente, le obliga a verificar en el incidente de desacato “(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada)”⁹. De existir el incumplimiento “debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada”¹⁰.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 2010.

⁶ Corte Constitucional, Sentencias T-459 de 2003, T-368 de 2005, T-368 de 2005, T-1113 de 2005 y Auto 118 de 2005.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-343 de 1998.

⁸ Sentencias C-243 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-092/97 M.P. Carlos Gaviria Díaz. Respecto de la finalidad de la sanción que se impone por desacato a una orden del juez de tutela cabe resaltar lo señalado por la Corte en sentencia T- 421 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹ Sentencias T-553/02 y T-368/05.

¹⁰ Sentencia T-1113 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño

La posibilidad de que el juez de tutela imponga sanciones a quien incumple sus órdenes está perfectamente justificada pues como ha sostenido esta Corporación:

“...el incumplimiento de las sentencias judiciales constituye una trasgresión del derecho fundamental de acceso a la justicia puesto que el reconocimiento de esta garantía en el texto constitucional se encuentra encaminado, como es obvio, no sólo a garantizar la posibilidad de interponer acciones frente a tribunales competentes e imparciales, y a reclamar una decisión sobre las pretensiones debatidas. Adicionalmente –y cabe anotar que en este punto adquiere sentido la totalidad del proceso judicial agotado- incluye el derecho a obtener cumplimiento de las decisiones consignadas en las sentencias. De otra forma, se desvanece la legitimidad de la Rama judicial y sus decisiones se convierten en meras proclamaciones sin contenido vinculante”¹¹.

En el caso concreto tenemos que la titular del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** acreditó cabalmente el cumplimiento de la sentencia de tutela del cuatro (4) de mayo hogaño, esto es que *“en un término no mayor a (48) horas hábiles posteriores a la notificación de esta providencia, informe a FRANCISCO JAVIER OTÁLVARO RÍOS el turno y fecha probable y razonable para pronunciarse acerca de la redención de pena”*, acto que demostró haber realizado, incluso no indicando el turno y fecha probable para pronunciarse acerca de la redención, sino resolviendo la misma a favor de Francisco Javier Otálvaro Ríos a través de los autos interlocutorios No. 911 y 912 del 09 de mayo de 2023, decisiones notificadas al afectado el 19 de mayo de 2023, por lo que no fue necesario dar apertura formal al incidente pretendido por el accionante, y por el contrario, se decretará el cumplimiento del fallo de tutela inicialmente dictado.

En consecuencia, se ordenará el archivo definitivo del presente trámite.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL, EN SEDE CONSTITUCIONAL,**

¹¹ Sentencia T-096-08 M.P. Humberto Sierra Porto

RESUELVE

PRIMERO: INHIBIRSE de dar apertura formal al trámite incidental pretendido por **Francisco Javier Otálvaro Ríos**.

SEGUNDO: DECRETAR el cumplimiento del fallo de tutela inicial emitido por esta Sala, el cuatro (4) de mayo de 2023, en favor del señor **Francisco Javier Otálvaro Ríos**, por parte de la titular del **Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** en el radicado de la referencia, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: ARCHIVAR el presente incidente de desacato.

CUARTO: ADVERTIR que contra esta decisión no procede recurso alguno

Notifíquese y cúmplase,

(firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **f1cb197915e6de6bb8be78d6e8e3e3a4c0387935476c15f775beaae262e0ef65**

Documento generado en 26/05/2023 01:32:49 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Radicado: 05837-3104001-2023-00040 (2023-0690-3)
Accionante: FLOR MARÍA ZAPATA CHICA
Accionada: NUEVA EPS
Asunto: Impugnación Fallo Tutela
Decisión: Confirma
Acta y fecha: N° 147 de mayo 26 de 2023

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

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación propuesta por la accionada Nueva EPS contra el fallo del treinta y uno (31) de marzo de 2023, mediante el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, concedió el amparo constitucional solicitado por la señora FLOR MARÍA ZAPATA CHICA.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Flor Marina ZAPATA CHICA, según historia clínica de la empresa ARTMEDICA fue diagnosticada con esclerosis múltiple sistémica no especificada en razón a ello el médico tratante, especialista en reumatología, Dr. Jimi Mejía Vallejo, le ordenó: HIDROXICLOROQUINA TABLETA 200MG, MICOFENOLATO MEFETIL 180, AZATIOPRINA TABLETA 50 MG, MICOFENOLATO

MEFETIL 180 TABLETA X 500 MG y NIFEDIPINA TABLETA X 30 MG, de los cuales la NUEVA EPS no los ha autorizado ni Suministrado.

Por lo anterior acude al juez constitucional para que se le ordene a la entidad de salud accionada suministrar los medicamentos antes mencionados prescritos por el tratante y el tratamiento integral.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo - Antioquia, mediante decisión adoptada el 31 de marzo de 2023¹, tuteló los derechos fundamentales invocados por la señora de FLOR MARÍA ZAPATA CHICA y ordenó a NUEVA EPS que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esa decisión autorizar y suministrar los medicamentos denominados HIDROXICLOROQUINA TABLETA 200MG, MICOFENOLATO MEFETIL 180, AZATIOPRINA TABLETA 50 MG, MICOFENOLATO MEFETIL 180 TABLETA X 500 MG y NIFEDIPINA TABLETA X 30 MG, a la accionante.

Por otra parte, consideró necesario garantizar a ZAPATA CHICA la prestación integral del servicio de salud con relación al diagnóstico de "*M349 ESCLEROSIS SISTEMICA NO ESPECIFICADA*", por cuanto estaba siendo expuesta a demoras injustificadas en la prestación de servicios por parte de la NUEVA EPS.

DE LA IMPUGNACIÓN

El abogado de la Nueva EPS² se mostró inconforme con la orden de tratamiento integral en salud; pues, en su criterio, comporta la protección de derechos que no han sido amenazados o violados, refiere que se trataría de una orden futura sin fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares y, además, se estaría presumiendo la mala actuación de la institución.

¹ PDF N° 007 de la carpeta digital.

² PDF N° 010 de la carpeta digital.

Por lo tanto, solicita se revoque el fallo confutado respecto a la orden del tratamiento integral.

CONSIDERACIONES

El Tribunal tiene la competencia para resolver la impugnación conforme a lo previsto por el artículo 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991.

Teniendo en cuenta que el objeto de la impugnación se centra en el reconocimiento del tratamiento integral concedido en favor de FLOR MARÍA ZAPATA CHICA para su patología de "M349 ESCLEROSIS SISTEMICA NO ESPECIFICADA", procederá la Sala a pronunciarse solo sobre este asunto.

En la Sentencia T-302 de 2014 la Corte Constitucional sobre el principio de integralidad y el tratamiento integral dijo:

«6. El derecho al tratamiento integral en materia de seguridad social en salud

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el Sistema de Seguridad Social en Salud está regido, entre otros, por el principio de integralidad. Este principio consiste en la necesidad de garantizar que todos los afiliados al sistema puedan acceder de manera efectiva a las prestaciones que requieran para el tratamiento de sus enfermedades. [\[22\]](#)

Esta Corporación ha señalado que el principio de integralidad implica que el servicio prestado debe comprender todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento de la salud, o para la mitigación de las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida. En ese sentido, la Corte ha indicado que "(...) en virtud del principio de integralidad en materia de salud, la atención y el tratamiento a que tiene derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos por la ley". [\[23\]](#)

Sin embargo, la Corte Constitucional también ha establecido que cuando se solicita la concesión de una atención integral, el médico tratante debe haber determinado cuáles son específicamente las prestaciones que se requieren. En caso de que

ello no haya ocurrido, al momento de ordenar la protección del derecho el juez constitucional deberá hacerlas determinables, a partir de criterios razonables tales como la limitación a una patología en particular.^[24] Así, en la sentencia T-365 de 2009 esta Corporación indicó:

“Ahora bien, en los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

De tal suerte, que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.

*Aparte de lo expuesto este Tribunal también se ha referido a algunos criterios determinadores en relación con el reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud. En tal sentido ha señalado que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional^[25] (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) **personas que padezcan de enfermedades catastróficas^[26] (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.**”»*

La Corte Constitucional en la sentencia de tutela 232 de 2022 se expresó sobre la condición especial de las personas que padecen enfermedades ruinosas o catastróficas en los siguientes términos:

*«18. Por otra parte, como desarrollo del principio de igualdad material consagrado en el artículo 13 constitucional³, este Tribunal ha dispuesto reiteradamente que ciertas personas, debido a su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad manifiesta, son sujetos de especial protección constitucional y, por lo tanto, merecedoras de especial protección en el Estado Social de Derecho. Por esta razón, ha dispuesto que esta población tenga derecho a protección reforzada por parte del Estado, **que se traduce en el deber de brindarles acceso sin obstáculos y al oportuno***

³ARTICULO 13. “(...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”

tratamiento integral para la atención de su patología. En particular, sobre el alcance de esta protección, la Corte señaló en Sentencia T-066 de 2012 lo siguiente:

*“Esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS (...)” (Subrayas fuera del original)*⁴.

19. Ahora bien, como se señaló previamente, el goce efectivo del derecho a la salud de los pacientes con enfermedades catastróficas o ruinosas implica que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud tienen la obligación de dar aplicación a los principios de accesibilidad, oportunidad e integralidad.»

La accionante fue diagnosticada con esclerodermia sistémica no especificada, enfermedad autoinmune que⁵:

«se caracteriza por desarrollo de FIBROSIS (tejido cicatricial) tanto en la piel como en algunos órganos internos (sistémica), especialmente los vasos sanguíneos, el corazón, los pulmones o los riñones. Cuando el tejido normal de un órgano se reemplaza por tejido fibroso, dicho órgano deja de funcionar adecuadamente^[1].»

(...)

*“A este elemento de juicio, se suma también la literatura médica que existe sobre la utilización de ese medicamento para el tratamiento de las denominadas enfermedades autoinmunes sistémicas (EAS), dentro de las que se encuentra la esclerodermia sistémica que aqueja a la actora, **enfermedades que se caracterizan porque “[e]n su origen, todas comparten un fallo del sistema inmune del organismo que deja de realizar su trabajo adecuadamente (defendernos de las agresiones externas) y pasa a producir daño en nuestros propios tejidos y células (enfermedad autoinmune). La segunda característica es que prácticamente no existe órgano o tejido que no pueda verse afectado por las EAS, siendo habitual que dichas afectaciones sean múltiples y simultáneas (enfermedad sistémica).”** (negrita fuera del texto)*

⁴ Sentencia T-066 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵ Trabajo del Coordinador del Grupo de Trabajo en Enfermedades Autoinmunes Sistémicas (GEAS) de la Sociedad Española de Medicina Interna, publicado en www.fesemi.org/documentos/1335540345/grupos/autoinmunes/publicaciones/informacion-paciente-eas.pdf.

En el mismo sentido, en el artículo “Aspectos Clínicos Novedosos en la Esclerodermia”, publicado en el año 2008 en la página de Internet de la sociedad de Reumatología Clínica, órgano oficial de difusión científica de la Sociedad Española de Reumatología (SER) y del Colegio Mexicano de Reumatología (CMR), se indica que “[l]a esclerosis sistémica (ES) se caracteriza por ser una enfermedad cuyo manejo resulta, en muchas ocasiones, frustrante tanto para el paciente como para el médico, dada la falta de terapias eficaces. Resulta cuando menos esperanzador que en la última década se hayan producido novedades que nos ayudan a realizar un mejor seguimiento de los pacientes y que se hayan abierto las puertas hacia nuevas y futuras terapias. [...] Un fármaco que parece prometedor para el tratamiento de la EPID es el micofenolato mofetilo (Cellcept®). Se han publicado resultados esperanzadores de series de pacientes, aunque todavía no hay estudios de control”. <http://www.reumatologiainformacion.org/es/aspectos-clinicos-novedosos-esclerodermia/articulo/13117219/>

Revisada la documentación aportada a este procedimiento constitucional, entre ellos la historia clínica, se tiene que la actora FLOR MARÍA ZAPATA CHICA fue diagnosticada con la enfermedad “M349 *esclerosis sistémica no especificada*”. Ese mismo legajo informa que para tratar esta patología el médico tratante, especialista en reumatología, Dr. Jimi Mejía Vallejo, le ordenó a FLOR MARÍA ZAPATA CHICA: hidroxicloroquina tableta 200mg, micofenolato mefetil 180, azatioprina tableta 50 mg, micofenolato mefetil 180 tableta x 500 mg y nifedipina tableta x 30 mg.

Por último, asegura la señora ZAPATA CHICA que la NUEVA EPS no le ha autorizado ni suministrado los medicamentos ordenados por el médico tratante; así, no hay duda sobre la negativa y retardo por parte de la accionada de prestar el servicio de salud a la mencionada ciudadana de manera permanente, no obstante la grave enfermedad que padece y el deteriorado estado de salud que presenta, tal como lo revela la historia clínica.

Ahora, de cara a la sentencia de tutela antes aludida se infiere que, tal y como lo dedujo el A quo, en el caso en particular se dan todos los presupuestos para reconocer la integralidad del servicio de salud, en tanto la señora FLOR MARÍA ZAPATA CHICA, padece de esclerosis sistémica, enfermedad ruinosa o catastrófica y por ese motivo, según criterio jurisprudencial mencionado en precedencia, la convierte en sujeto de especial protección constitucional, entonces se le debe brindar atención integral en salud.

Sobre el discutido amparando de prestaciones futuras e inciertas, advierte la Sala que las condiciones médicas de la afectada permiten inferir la necesidad de un tratamiento prolongado, que no puede ser separado o sujeto a un sin número de tutelas para cada etapa del tratamiento, máxime que el diagnóstico se encuentra claramente definido y el tratante está definiendo el tratamiento a seguir.

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal de Turbo, Antioquia el 31 de marzo de 2023.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **ca17a82ee2c286af5b9c5628b5ad4e44fa7922d89ba5d45d840614a61c2f103a**

Documento generado en 26/05/2023 04:26:41 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, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

N° Interno : 2023-0796-4
Sentencia de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00228
Accionante : Jennifer Ríos Sánchez
Accionado : Fiscalía General de la Nación y otros
Decisión : Niega

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 140

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Procede la Sala a proferir decisión de mérito, en la presente acción de tutela que promueve la ciudadana JENNIFER RÍOS SÁNCHEZ, contra la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la petición y al debido proceso.

ANTECEDENTES

Manifiesta la señora Jennifer Ríos Sánchez que, el 23 de agosto de 2022, su hijo y un amigo de éste, desaparecieron en extrañas condiciones, estando en el municipio de Rionegro.

Interpuso las respectivas denuncias ante las autoridades competentes, pero durante los días posteriores a la desaparición el investigador asignado, estuvo incapacitado por más de 20 días, sin que asignaran su reemplazo.

Han realizado 4 velatones y varias jornadas de búsqueda por sus propios medios en el municipio de Rionegro y San Carlos pero no siente apoyo de la Fiscalía para encontrar a los menores. También ha entregado información clara y concreta de personas presuntamente implicadas, pero a la fecha ni siquiera los han entrevistado.

El día 14 de febrero de 2023, envió una petición por medio digital a la fiscal María Elena Medina Estrada, Fiscal 140 Especializada Guala Antioquia, sin que hasta el momento reciba más información acerca del programa metodológico adelantado.

Solicita la protección a sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la petición, ordenándose a la Delegada fiscal remitir una respuesta clara, concreta y de fondo frente a cada una de los interrogantes planteados en el derecho de petición.

Así mismo que, se ordene la entidad accionada *“...actuar conforme a lo establecido en el artículo 29 de la constitución, evitando con ello continuar la vulneración del derecho fundamental a la información / petición y debido proceso...”*

La Fiscal 140 Especializada del Guala Antioquia indicó que, los días 15 de febrero de 2023, 07 de marzo de 2023, 15 de marzo de 2023, 10 de mayo de 2023 y el día 11 de mayo de 2023, remitió respuestas de fondo a la accionante.

Con la notificación de esas contestaciones estando en curso el trámite de esta tutela, ha cesado la actuación

impugnada, por lo cual solicita que, de conformidad con el art. 26 del Decreto 2591 de 1991 se niegue el amparo invocado, por carencia de objeto.

La **Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia** indicó que, el derecho de petición fue recibido en la Fiscalía 80 Seccional Guala Antioquia, en donde figura como Fiscal de apoyo la Fiscalía 140 Especializada Guala Antioquia, despacho al cual se dio traslado de la acción de tutela para que brindara respuesta a las pretensiones de la accionante.

De acuerdo a lo anterior ese Despacho, informa que se han remitido varias contestaciones de fondo al derecho de petición de la señora Jennifer Ríos Sánchez de fechas: 15 de febrero de 2023, 07 de marzo de 2023, 15 de marzo de 2023, 10 de mayo de 2023 y el día 11 de mayo de 2023 a las 15:00 horas ésta última, mediante correo electrónico cuyas constancias anexa.

Conforme a dicha información se hace necesario indicar que la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia no es competente para dar respuesta a lo solicitado por la accionante, Por lo que, se solicita la desvinculación del trámite

La **Personera del Municipio de San Carlos** indicó que, revisados los anexos de la tutela se logra advertir que, las solicitudes están dirigidas a la Fiscalía Delegada y que, si bien al alguno de esos escritos la accionante refirió que, los hechos tuvieron ocurrencia en el municipio de San Carlos, lo anterior no significa que, la institución que representa esté llamada a responder por el derecho invocado en el presente trámite de tutela.

La **Personera del Municipio de Rionegro** indicó que, en el momento de la presunta desaparición forzada de los jóvenes Kevin y Jerónimo, se le brindó asesoría jurídica y acompañamiento a la accionante en torno a la Ley 1448 de 2011 informándosele que tenía derecho a presentar declaración como presunta víctima del conflicto armado interno pero que, a la fecha no la ha radicado.

Realizaron una pieza grafica la cual fue compartida en las redes sociales y la página web de la entidad y se remitió el caso a la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas desaparecidas desde el año 2022, la cual a su vez requirió información al Director Regional Andina Migración Colombia, al Jefe de la Oficina de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Subdirección de Servicios Forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Se le brindó acompañamiento psicológico en el mes de octubre, noviembre y diciembre de 2022 y realizaron solicitud a la Fiscalía General de la Nación para que impartiera celeridad al proceso. Le han brindado a las madres de los menores, asesoría jurídica y en razón a sus escasos recursos económicos sirven como enlace con las entidades estatales.

Asegura que, han realizado el acompañamiento respectivo por lo que solicita la desvinculación del presente trámite.

La Apoderada judicial del **Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses** indicó que, conforme lo

Nº Interno : 2023-0796-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00228
Accionante : Jennifer Ríos Sánchez
Accionado : Fiscalía General de la Nación
y otros

informado por la Coordinadora del Grupo Nacional de Apoyo al Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición – Subdirección de Servicios Forenses, se realizó la búsqueda en el Registro Nacional de Desaparecidos – SIRDEC, encontrando como resultado el registro de desaparecido, No. 2022D070460 del 24/08/2022, a nombre de KEVIN ANDRES SERNA RIOS, con cédula No. 1.007.109.586.

A partir de esa anotación, el Instituto realizó tres consultas alfabéticas para Kevin Andrés Serna Ríos, con resultado negativo.

El 21 de enero de 2023, se realizó la toma de muestras biológicas de referencia de la madre del Joven Kevin Andrés. El 26 de enero de hogaño se ingresó el perfil genético, al Banco de Perfiles Genéticos de Desaparecidos y se llevó a cabo una consulta en el Banco de Perfiles Genéticos de Desaparecidos -BPGD, con resultado negativo, es decir no existen coincidencias entre el perfil genético de la señora Jennifer Ríos Sánchez, versus el perfil genético de los cuerpos en condición de no identificados ingresados en el BPGD.

Indicó que, el Instituto, a través del Banco de Perfiles Genéticos BPGD, realiza búsquedas constantes de los perfiles genéticos de los familiares versus los perfiles genéticos de los cuerpos en condición de no identificados, en ese sentido, encontrarse una coincidencia la misma será verificada y según el resultado a la autoridad competente a cargo de las diligencias del caso, con el fin de informar a la familia.

N° Interno : 2023-0796-4
Radicado : 05000-22-04-000-2023-00228
Accionante : Jennifer Ríos Sánchez
Accionado : Fiscalía General de la Nación
y otros

Han realizado las gestiones que le competen en relación con la gestión de la búsqueda de la persona desaparecida, sin embargo, desconoce el desarrollo de la investigación judicial a cargo de la Fiscalía General de la Nación, por lo que solicita se les desvincule del presente trámite constitucional.

El asesor jurídico de la **Unidad Administrativa Especial Migración Colombia – UAEMC** indicó que, el 21 de noviembre de 2022 se allegó oficio CBPD N° 2022-1581, emitido por la Comisión de Búsqueda de personas desaparecidas, solicitando la información que reposa en las bases de datos, respecto del joven Kevin Andrés Serna Ríos.

Frente a ese requerimiento, la Regional Andina brindó respuesta mediante oficio bajo radicado N°20227032319921 del 30 de noviembre de 2022.

Estima que ha actuado conforme con las labores legales y constitucionales, adicionalmente, evidencia que la ciudadana solicita el amparo constitucional frente a la Fiscalía General de la Nación, por la presunta vulneración al derecho fundamental de petición; motivo por el cual, en su criterio deberá decretarse la falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la institución que representa.

CONSIDERACIONES

Toda persona tiene la potestad de promover acción de tutela en los términos del artículo 86 de la Constitución Política

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.

Son dos los problemas jurídicos a resolver el primero de ellos, se contrae a determinar si la Fiscalía 140 Especializada del Guala vulneró el derecho fundamental de petición de la accionante y si en el marco de la investigación que se ha llevado a cabo por la desaparición del joven Kevin Andrés ha inobservado sus obligaciones y deberes vulnerando con ello el derecho al debido proceso.

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.¹

Asimismo, ha dicho que su núcleo esencial se circunscribe a i) la formulación de la petición; ii) la pronta resolución; iii) la emisión de una respuesta de fondo y completa; y iv) la notificación de la decisión al peticionario.²

En relación con la formulación de la petición, se tiene decantado que cualquier persona está facultada para remitir solicitudes respetuosas a las autoridades, ya sea de forma verbal, escrita o por cualquier otro medio apto para ese fin.³

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

¹ Corte Constitucional, T-230 de 2020.

² Ibidem

³ Artículos 23 Constitución Política y 13 de la Ley 1437 de 2011.

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 procedente⁴.

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 petición⁵.

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.⁶

⁴ Corte Constitucional, T-230 de 2020.

⁵ Corte Constitucional T-908 de 2014.

⁶ Corte Constitucional, T-230 de 2020.

Descendiendo al caso en concreto se debe indicar que, de conformidad con el escrito de tutela y de los informes rendidos al trámite constitucional se puede concluir que:

1. El día 14 de febrero de 2023, la accionante radicó derecho de petición ante la Fiscal 140 Especializada Gaula Antioquia, en el siguiente sentido:

“La presente es con el fin de solicitar su colaboración para organizar UN BLOQUE DE BUSQUEDA ya que en repetidas ocasiones y de manera anónima me han dicho que mi hijo Kevin Andrés Serna Ríos y su compañero Jerónimo Monsalve ambos desaparecidos desde el pasado 23 de agosto se encuentran a 300 metros donde se encontró el vehículo con los cuerpos de otros dos jóvenes que habían desaparecido días después.

El lugar que ellos indican es entre San Carlos y Granada. En la vereda El Chocó en el cual hay dos lagos. Es de aclarar que todos los comentarios siempre indician la misma región San Carlos, Antioquia por ese motivo solicito toda su colaboración ya que llevamos seis meses sin respuesta”

2. El 15 de febrero de 2023 a las 06:58 p.m. la Delegada Fiscal María Elena Medina Estrada respondió a la solicitante:

“En atención a la información allegada a esta Delegada el día de ayer, les indico que con relación a la misma este Despacho ha ordenado en primer término la verificación de dicha información, para realizar o no prospección con miras a exhumación en el sitio referido por la madre de uno de los jóvenes desaparecidos, pues, dicho equipo de criminalística sólo cuenta con dos grupos de profesionales interdisciplinarios para dichas labores en los departamentos de Antioquia, Córdoba, Chocó, Sucre y área metropolitana del Valle de Aburrá.

Por lo que se hace dispendioso y agendas muy apretadas, toda vez que son pocos los funcionarios y muy amplio su campo laboral.

Por eso se ordenó en primer lugar al investigador designado que en el término de 15 días haga labores de verificación de la información y en terreno a fin de justificar el desplazamiento del equipo de criminalística del CTI de Medellín, área de exhumaciones”

3. El 15 de marzo de 2023 por petición de la accionante, expidió Certificación del asunto en la que le señaló:

“En el SPOA de la Fiscalía General de la Nación registra el radicado número 056156000364202200351, por el delito de DESAPARICIÓN FORZADA. ART 165 C.P. donde figuran como víctimas, el señor KEVIN ANDRÉS SERNA RIOS, quien se identificaba con la cédula de ciudadanía No. 1007109586 de Rionegro, Antioquia, y el señor JERÓNIMO MONSALVE RESTREPO, quien se identificaba con la cédula de ciudadanía No. 1007054027 del Carmen de Viboral, hechos acontecidos en el mes de Agosto de 2022 en el municipio de Rionegro, Antioquia.

De conformidad con lo elementos materiales probatorios, que se encuentran consignados en la indagación, y por información de terceros, el señor KEVIN ANDRÉS SERNA RIOS fue visto por última vez el 23 de agosto de 2022 cuando se encontraba en compañía de un amigo que se llama JERÓNIMO MONSALVE RESTREPO por el barrio El Porvenir, según un vecino que los vio por esos lados, ya que han visitado los lugares donde solía frecuentar pero nadie da razón de él, ni de su amigo, también se han visitado los diferentes hospitales del municipio de Rionegro Antioquia, pero no se encuentran en esos lugares.

La investigación se encuentra activa, en estado de indagación sin establecerse a la fecha, los responsables del hecho. Continúan desaparecidos...”

4. El 19 de abril de 2023 personal adscrito a la Personería del municipio de Rionegro solicitó información sobre los resultados de las actividades investigativas a las que se hizo referencia en la respuesta del 15 de febrero de 2023, a lo cual, el 11 de mayo de 2023, es decir, en el marco de la acción de tutela, la Fiscal Delegada Fiscal les indicó que, las labores investigativas ya habían sido realizadas pero que, habían resultado infructíferas.

5. Finalmente, el 10 de mayo de 2023, la accionante radicó otra petición al correo electrónico de la Delegada Fiscal solicitándole una cita para dialogar sobre el caso de su hijo. Frente a ese requerimiento, la representante del ente acusador brindó respuesta el 25 de mayo de 2023 indicándole que, la unidad

siempre atiende a toda persona que arribe a solicitar información, sin embargo, que, le apartará un espacio para el viernes a las 14:00 horas.

Bajo ese escenario encuentra la Sala que, la Fiscalía 140 Especializada del GAULA, a la fecha, ha contestado de fondo todas las solicitudes realizadas por la accionante entre ellas la que es objeto de la acción de tutela.

Recuérdese que, el 14 de febrero de 2023, la accionante le sugirió realizar la búsqueda en dos lagos de una vereda de San Carlos Antioquia a lo cual, la Delegada Fiscal al día siguiente, respondió su requerimiento indicándole el proceso de exhumación y las dificultades que se presentaban con el mismo. También le refirió que, esa tarea propuesta se encontraba supeditada a la labor que realizara el policía judicial asignado al caso.

Posteriormente, en el marco de la acción de tutela complementó su respuesta indicándole que, las tareas investigativas llegadas a cabo por el policía judicial habían resultado infructíferas.

Bajo ese escenario, en el marco del trámite de la acción de tutela, el Despacho accionado allegó constancia del complemento a la respuesta emitida y de la remisión al correo electrónico señalado para efecto de notificaciones, quedando claro que, en relación con el derecho fundamental a la petición, se ha configurado la carencia actual de objeto de protección por hecho

superado, pues en el marco del trámite de tutela la delegada Fiscal le dio cuenta a la accionante de los resultados de la actividad investigativa llevada a cabo y conforme con ello, la negativa a su requerimiento en la búsqueda de su hijo en los lagos a los cuales hacía referencia.

De esta manera, al quedar satisfecha la pretensión de la parte actora, es claro que, en relación frente a esa garantía fundamental, se ha configurado la carencia actual de objeto de protección por hecho superado.

Según la interpretación que le ha otorgado la H. Corte Constitucional al artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, el hecho superado ocurre cuando *“entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que **por razones ajenas a la intervención del juez constitucional**, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario”*⁷.

La presente acción de tutela fue radicada el 10 de mayo de 2023 y el 11 de ese mismo mes se le dio cuenta a la petente de los resultados “infructíferos” de la actividad investigativa llevada a cabo por el policía judicial, pesquisas que se encontraban pendientes para determinar la procedencia o no de realizar la exhumación en los sitios por ella señalados.

Así las cosas, frente al derecho fundamental de petición, se declarará que estamos en el presente trámite constitucional frente a la configuración de un hecho superado y, en

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-715 de 2017.

consecuencia, se denegarán las pretensiones de la parte interesada, acorde a los planteamientos que fueron objeto de análisis en líneas precedentes.

Ahora bien, en lo que respecta al derecho fundamental al debido proceso, no se observa alguna irregularidad procesal pues de las respuestas allegadas por parte de las entidades vinculadas, se puede observar que, han estado actuando armoniosamente hallar no solamente al joven Kevin Andrés sino también a su amigo Jerónimo.

La Personería de Rionegro ha estado al tanto de la investigación, de elaborar las peticiones requeridas por la accionante, de prestarle asesoría jurídica y de brindar a través de sus redes de apoyo, acompañamiento psicológico a los familiares de los desaparecidos, tanto así que, reportó el caso ante la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas desaparecidas desde el año 2022.

Dicha institución a su vez requirió información al Director Regional Andina Migración Colombia, al Jefe de la Oficina de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Subdirección de Servicios Forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sin que se obtuvieran datos sobre la posible ubicación de los jóvenes.

La Fiscal 140 Especializada del Gaula también ha estado desplegando las labores que, en el marco de sus competencias le corresponden; el policía judicial adscrito a ese

despacho ha visitado los lugares donde solía frecuentar Kevin Andrés y han realizado búsquedas en los hospitales, pero no han obtenido alguna información al respecto. Aunado a ello, ha mantenido informada la madre del joven, de los resultados de las pesquisas llevadas a cabo por el ente instructor, indicándole que, en cualquier momento puede acercarse a su oficina para entablar las conversaciones necesarias frente al caso de su hijo.

Por su parte, Instituto Nacional de Medicina Legal indicó que, realizaron la toma de muestras biológicas de referencia de la madre del Joven Kevin Andrés, ingresaron el perfil genético al Banco de Perfiles Genéticos de Desaparecidos y se llevó a cabo una consulta en el Banco de Perfiles Genéticos de Desaparecidos -BPGD, con resultado negativo.

También refirió que, a través del Banco de Perfiles Genéticos BPGD, se realizan búsquedas constantes de los perfiles genéticos de los familiares versus los perfiles genéticos de los cuerpos en condición de no identificados, razón por la cual, en caso de encontrarse alguna coincidencia alertarían al ente fiscal sobre el hallazgo.

Y es que, si bien no desconoce la Sala la angustia de los familiares de los jóvenes desaparecidos, tampoco puede omitirse que, las instituciones estatales no han incumplido con sus responsabilidades y obligaciones en el marco de la garantía fundamental del debido proceso, razón por la cual, habrá de negarse el amparo de esta garantía fundamental.

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,

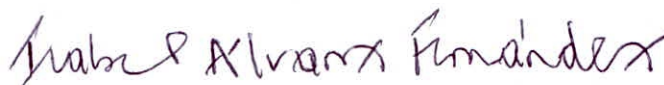
RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR LA TUTELA solicitada por Jennifer Ríos Sánchez frente al derecho fundamental de petición y al debido proceso de conformidad con los fundamentos consignados en la parte motiva.

SEGUNDO: 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,



ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ



EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA⁸

⁸ Se conforma la Sala con el Magistrado Edilberto Antonio Arenas Correa toda vez que, el Magistrado René Molina Cárdenas se encuentra con incapacidad médica y el Magistrado Gustavo Adolfo Pinzón Jácome se encuentra en permiso.

Radicado: 05-000-22-04-000-2023-00178 (2023-0632-4)

Accionante Darío Del Socorro Gómez Zuluaga

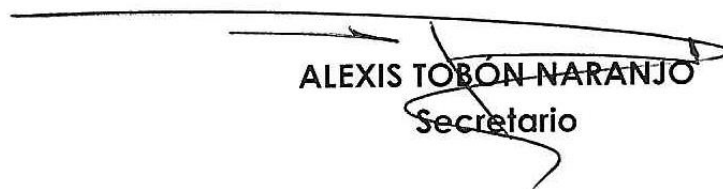
Accionados Juzgado Segundo Penal Municipal Mixto de Rionegro Antioquia y otros.

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento de la H. Magistrada ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionante interpone oportunamente recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹, teniéndose notificado por conducta concluyente el día que allega el recurso de apelación (15-05-2023), dado que no acuso recibido de la notificación del fallo remitida a su correo electrónico.

Es de anotar que dentro del trámite de notificación hubo de tenerse notificado para el día 12 de mayo de 2023, conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8° de la ley 2213 de 2022 al accionado Juzgado 3° Penal del Circuito de Rionegro Antioquia y al Vinculado Juan Pablo Barrientos, a quien se le remitió vía correo electrónico la respectiva notificación del fallo de tutela sin que acusaren recibido del mismo, siendo efectivo el envío el día 10 de mayo de 2023².

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día dieciséis (16) de mayo de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día dieciocho (18) de mayo de 2023.

Medellín, mayo veintitrés (23) de 2023.


ALEXIS TOBON NARANJO
Secretario

¹ Archivos 23-24

² Archivos 22

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Radicado: 05-000-22-04-000-2023-00178 (2023-0632-4)
Accionante Darío Del Socorro Gómez Zuluaga
Accionados Juzgado Segundo Penal Municipal Mixto de Rionegro Antioquia y otros.

Medellín, mayo veinticuatro (24) de dos mil veintitrés

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

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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: **1212f3a693b1a0fd9eef035467e8efa81f0757850c6a3ba1fc41237eba74e966**

Documento generado en 25/05/2023 05:08:41 PM

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

Radicado: 05-000-22-04-000-2023-00192 (2023-0668-4)

Accionante: Enrique González Gutiérrez

Accionado: Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia y otros.

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento de la H. Magistrada ISABEL ÁLVAREZ FENÁNDEZ expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro del cual el accionante interpone oportunamente recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹.

Se resalta H. Magistrado que el accionante se encuentra privado de la libertad y en aras de realizar notificación personal al mismo, se libró el respectivo exhorto al área jurídica del CPMSAPD (Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Apartadó), siendo efectiva la notificación del accionante el día 15 de mayo de 2023²; para el día 23 de los corrientes desde la Oficina Judicial se remitió escrito de impugnación allegado desde el 18 de mayo de 2023 a otras dependencias judiciales desde el correo electrónico natividadgonzalez427@gmail.com³.

Es de anotar que dentro del trámite de notificación hubo de tenerse notificados para el día 16 de mayo de 2023, conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 8° de la ley 2213 de 2022 a los accionados: Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia; Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Apartadó, al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y a Gladys Quintero, a quienes se les remitió la respectiva notificación del fallo de tutela a sus correos electrónicos sin que acusaren recibido del mismo, siendo efectivo su envío el día 12 de mayo de 2023⁴.

Así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día 17 de mayo de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día 19 de mayo de 2023.

Medellín, mayo veinticinco (25) de 2023.


ALEXIS TOBON NARANJO
Secretario

¹ Archivos 35-36

² Archivo 34

³ Archivo 25 pág. 2

⁴ Archivos 33

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Radicado: 05-000-22-04-000-2023-00192 (2023-0668-4)

Accionante: Enrique González Gutiérrez

Accionado: Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Apartadó Antioquia y otros

Medellín, mayo veintiséis (26) de dos mil veintitrés

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna por el accionante Enrique González Gutiérrez, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia de la suscrita Magistrada.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

Firmado Por:

Isabel Alvarez Fernandez

Magistrada
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: **ba9e60777d9086aff43ae7fe8241c62742c09db587ee0d4573657f7bf626edf6**

Documento generado en 26/05/2023 04:13:10 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 48 de la fecha

Proceso	Auto interlocutorio Ley 906
Instancia	Segunda
Apelante	Fiscalía
Tema	Argumentación de pertinencia
Radicado	05-440-61-00000-2017-00016 (N.I. TSA 2023-0725-5)
Decisión	Revoca parcialmente

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra el auto que resolvió inadmitir pruebas documentales, en curso de la audiencia preparatoria, dentro del proceso que se viene adelantando en el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia en contra de JUAN DAVID MARTÍNEZ VALLEJO y otros.

Es competente la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia de conformidad con el numeral 1 del artículo 33 del C.P.P., Ley 906 de 2004.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Para lo que interesa a esta decisión, y según la acusación, entre el año 2016 y julio del año 2017, en el municipio de El Peñol – Antioquia, los procesados se concertaron para conforma la organización criminal denominada *La Piedra*, dedicada al tráfico de estupefacientes, extorsiones, homicidios y desplazamientos forzados.

La audiencia preparatoria inició el 2 de abril de 2019, allí la Fiscalía presentó su solicitud probatoria.¹ Luego, en sesión del 27 de abril del año 2023, la Juez de conocimiento inadmitió las pruebas documentales solicitadas por la fiscalía aduciendo que si bien tal parte procesal informó sobre la existencia de “*varios DVD de vigilancia, seguimientos, PIPH, frente a esos elementos no se hizo una solicitud de conducencia y pertinencia. Simplemente se dijo que se solicitaba, se permitiera su uso, con fines de refrescamiento de memoria, impugnación de credibilidad, testimonio adjunto.*”² En consecuencia, la primera instancia decidió no decretar los elementos como prueba documental sino como “*evidencia demostrativa*” para los fines expuestos.

IMPUGNACIÓN

En contra de esta decisión la Fiscalía interpuso y sustentó el recurso de apelación,³ con la finalidad concreta de que se decreten, como prueba documental, los videos de nueve vigilancias y seguimientos contenidos en

¹ Audiencia preparatoria del 2 de abril de 2019, archivo “02-04-19 05440610850320168001200_050003107001_6”, récord 00:34:57 a 01:33:38.

² Audiencia preparatoria del 27 de abril de 2023, archivo “059GrabacionAudienciaSolicitudPreclusio-PresentacionPrecuerdo-ContinuacionPreparatoria 2023 04 27”, récord 02:06:35 a 02:07:25.

³ *Ibidem*, récord 02:32:00 a 02:39:38.

unos DVD, así como los resultados de dos interceptaciones telefónicas. Sus argumentos pueden sintetizarse así:

- Los videos contenidos en los DVD, se corresponden con las vigilancias y seguimientos que se llevaron a cabo. Sobre la pertinencia de estos registros, en el momento oportuno, se expuso que servían para demostrar la comercialización de estupefacientes. En esos mismos términos, se pidió permitir la incorporación de las “bitácoras”, las pruebas preliminares PIPH, y las interceptaciones realizadas dentro del asunto. Cuando se expuso la pertinencia de los investigadores, se precisó que con ellos se pretendía la incorporación de la prueba documental que recolectaron en el municipio de El Peñol.

- Destacó el apelante que no se individualizó cada uno de los videos porque “no se tenía la costumbre dentro de las audiencias preparatorias”, en su lugar, se informaba que se tenían vigilancias o seguimientos consignados en esos DVD. Al sustentar la apelación, el Fiscal discriminó las siguientes:
 1. Del 25 de junio de 2016, en el sector de Rancho de Lata.
 2. Del 19 de octubre de 2016, en el barrio Conquistadores.
 3. Del 2 de octubre de 2016, en el barrio Villa del Rosario, la Estrella.
 4. Del 21 de octubre de 2016, en el barrio Conquistadores.
 5. Del 23 de octubre de 2016, en el barrio La Esperanza.
 6. Del 21 de julio de 2016, en la vereda El Marial.
 7. Del 27 de noviembre de 2016, en la vereda El Marial.
 8. Del 3 de julio de 2016, en el barrio Conquistadores.
 9. Del 17 de septiembre de 2016, en el sector la Galería.

Adicionalmente, relacionó las interceptaciones de dos líneas celulares, a saber, la 3233946268 y la 3126063457, del 12 de diciembre de 2016 al 6 de febrero de 2017, y del 14 de marzo de 2017 a 17 de mayo del mismo año.

Adujo que los documentos registrados en video dan cuenta del expendio de estupefacientes, logrando identificar a compradores y vendedores. Mientras que, en las llamadas, se advirtió el microtráfico de estupefacientes en lenguaje cifrado. Pruebas que incorporará con los respectivos testigos de acreditación, como se argumentó al solicitar a dichos investigadores.

- Aseguró el impugnante que durante la solicitud probatoria la Fiscalía no manifestó que su intención fuese utilizar los elementos como herramientas para facilitar el interrogatorio cruzado de los testigos, así que no son para refrescar memoria o para utilizarse como evidencia demostrativa, pues lo que pretende es la incorporación de prueba autónoma.

Como no recurrentes, los defensores pidieron la confirmación del auto impugnado.⁴ Sus argumentos son similares y pueden sintetizarse así: la Fiscalía no argumentó con suficiencia la pertinencia de los documentos cuyo decreto pretendía. No se precisó la relevancia de cada prueba y su relación con los diferentes acusados. Falencias que indebidamente intentó superar con la sustentación de la apelación, además, proponiendo la excusa inaceptable de que para el momento de la petición se tenía la práctica de no delimitar con suficiencia la prueba, y señalando, desacertadamente, que la pertinencia propuesta para los testigos de acreditación servía también para los documentos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala procederá a resolver el recurso de apelación y anticipa que la decisión de primera instancia será revocada parcialmente. A fin de sustentar debidamente tal anuncio, en desarrollo del principio de limitación de la segunda instancia, se impone precisar que el problema jurídico que se

⁴ *Ibidem*, récord 02:39:48 a 03:03:25.

deberá resolver se contrae a establecer si la Fiscalía cumplió con la carga argumentativa, en punto de pertinencia, respecto de las once pruebas documentales que fueron solicitadas, inadmitidas y a las que se refirió concretamente en su alzada. En ese orden, a dicho objeto problemático y a los temas que le son inescindibles se debe limitar el pronunciamiento de la segunda instancia. En este caso, así:

Lo primero que se impone advertir es que la naturaleza de la prueba documental demanda de la parte que solicita su admisión dar cuenta de su pertinencia, y adicionalmente, por regla general, precisar el testigo de acreditación con el que se incorporará al juicio. En ese orden, no se puede analizar la petición de prueba documental de manera aislada de la del testigo de acreditación respectivo -cuando este es necesario-. Esto no fue tenido en cuenta por la Juez. Veamos.

Se escuchó con detenimiento la solicitud probatoria de la Fiscalía en relación a la prueba documental y los respectivos testigos de acreditación.⁵ Adujo que solicitaba los testimonios de varios policías judiciales, entre ellos:

- Julián Andrés Bautista, con quien se daría cuenta, e incorporarían, las vigilancias y seguimientos efectuadas en el municipio de El Peñol, en donde se evidenciaba el comercio de alucinógenos: (i) **del 17 de septiembre de 2018**, en el sector La Galería, en el que se ubicó a VIVIANA MARCELA GÓMEZ CATAÑO, (ii) del 21 de octubre de 2016, en el barrio Conquistadores, con el que se haría más probable la responsabilidad de WILFER ANDRÉS CASTAÑO URREA, (iii) del 19 de octubre de 2016, en el barrio Conquistadores, con el que se demostraría la responsabilidad de EDIT YURANI VALENCIA ARISMENDY, (iv) del 21 de julio de 2016, en la vereda El Marial, con el que se probaría la responsabilidad de JOSÉ TRISTÁN VALLEJO VALLEJO, y (v) del 27 de

⁵ Audiencia preparatoria del 2 de abril de 2019, archivo "02-04-19 05440610850320168001200_050003107001_6", récord 01:06:10 a 01:33:38.

noviembre de 2016, en la vereda El Marial, lo que haría más probable la responsabilidad del mismo VALLEJO VALLEJO.⁶

- Jonathan Alberto Higinio, quien llevó a cabo la vigilancia y seguimiento del 2 de octubre de 2016, en el barrio Villa del Rosario, La Estrella, del municipio de El Peñol, con la que se probaría la responsabilidad de OSVALT HERNEY ATEHORTUA HERNÁNDEZ en el tráfico de estupefacientes.⁷
- Carlos Andrés Chamorro Meneses,⁸ quien efectuó vigilancias y seguimientos en la misma municipalidad: (i) el 3 de julio de 2016, en el barrio Conquistadores, con la que se pretendía evidenciar la responsabilidad de ELKIN ALEXANDER BLANDÓN QUINTERO, y (ii) el 23 de octubre de 2016, en el barrio La Esperanza, con la que se haría más probable la responsabilidad de WILFER ANDRÉS CASTAÑO URREA en los delitos investigados.

Durante la solicitud de esta prueba, el Fiscal adujo que con este testigo y los otros investigadores hasta ese momento expuestos (lo que abarcaba a Higinio y Bautista), pretendía la incorporación de las vigilancias y seguimientos desarrollados por estos, las que estaban consignadas en unos DVD.

- Yamil Eduardo Montoya Acosta, quien llevó a cabo la vigilancia y seguimiento del 25 de junio de 2016, en el sector de Rancho de Lata, en el municipio de El Peñol, con lo que se demostraría la responsabilidad de CRISTIAN DAVID CORREA GRISALES en el expendio de estupefacientes.⁹

⁶ *Ibíd*em, récord 01:09:40 a 01:13:54.

⁷ *Ibíd*em, récord 01:19:02 a 01:21:54.

⁸ *Ibíd*em, récord 01:21:55 a 01:24:09.

⁹ *Ibíd*em, récord 01:27:45 a 01:28:46.

- Cindy González Gallego, con quien se daría cuenta de las interceptaciones telefónicas a tres líneas celulares, entre ellas, la 3233946268 que comprometía a DIDIER ALFONSO QUINCHÍA GARZÓN y a alias *El Flaco*, y la 3126063457 que evidenciaba el actuar de BLADIMIR RAMOS, alias *Ramírez*. Aseguró la Fiscalía que en las conversaciones interceptadas se presentó el tráfico de estupefacientes en un lenguaje cifrado.¹⁰

Al terminar con la solicitud de estos testimonios aseguró que se intención era demostrar la existencia del grupo delincuenciaal dedicada al tráfico de estupefacientes. Inmediatamente después presentó la solicitud de prueba documental en los siguientes términos:

“los DVD que contienen precisamente esas vigilancias y seguimientos, las pruebas de identificación preliminar homologada a las sustancias incautadas, al igual que ese dictamen de prueba confirmatoria, pericial, en la cual da cuenta precisamente que esas sustancias son positivas para marihuana, cocaína y bazuco. Y que se le permita, su señoría, a la Fiscalía, utilizar precisamente los DVD de las interceptaciones, y de las transliteraciones, precisamente para evidenciar esa actividad desplegada de los abonados celulares. Al igual, señoría, que se le permita utilizar las actas de reconocimiento en banco de imágenes, los bancos de imágenes, las declaraciones juradas, interrogatorios a indiciados, o entrevistas de los testigos de cargo, única y exclusivamente para refrescar memoria o impugnar credibilidad.”¹¹

Finalizó manifestando que con su solicitud probatoria pretendía demostrar: (i) la existencia de la estructura criminal en El Peñol y Guatapé, (ii) la finalidad de tráfico de estupefacientes, y (iii) que los acusados eran integrantes de la misma, cumpliendo el rol de expendedores de alucinógenos.

¹⁰ *Ibidem*, récord 01:16:45 a 01:19:01.

¹¹ *Ibidem*, récord 01:31:50 a 01:32:55.

Véase que la dinámica de la audiencia preparatoria permitió que la solicitud de las pruebas documentales de cargo, objeto de esta decisión, quedara sustentada en los términos acabados de referir.

En ese orden, más allá de los eventuales reparos al estilo del Fiscal o a la dirección impartida por el Juez,¹² lo cierto es que un análisis sereno de la diligencia permite evidenciar que la parte procesal expuso durante su intervención el objeto de cada prueba documental, en concreto, al momento de dar cuenta de la pertinencia de los correspondientes testigos de acreditación, los cuales, en este caso, son inescindibles a la prueba documental. Además, porque la forma en que se presentó la solicitud permite evidenciar que la pertinencia de la prueba documental se expuso a lo largo de la solicitud, es decir, incluso desde la solicitud de los testigos de acreditación.

No es que se suplan las falencias argumentativas respecto de la pertinencia de la prueba documental con los motivos que sirven para los testigos de acreditación, lo que sucede es que la pertinencia de unos y otros están íntimamente ligados. Nótese que no puede haber decreto de prueba documental sin que se acredite con suficiencia su respectivo testigo de acreditación, o si es del caso, la excepción a esta regla. En otras palabras, el análisis de admisibilidad de la prueba documental conlleva la evaluación de la correcta solicitud del testigo de acreditación, de ahí que no sean dos conceptos excluyentes.

Así las cosas, al discriminar las labores efectuadas por cada investigador judicial, la Fiscalía señaló su relevancia respecto de unos particulares procesados y destacó los documentos elaborados, en consecuencia, cuando llegó el turno de hacer explícita la petición de prueba documental, refirió que los documentos que pretendía incorporar al juicio eran precisamente los que acababa de identificar. La alusión era evidente y se desarrolló dentro de una misma oportunidad procesal, la petición de la

¹² La solicitud probatoria fue dirigida por un Juez diferente a la que la decidió.

prueba de cargo. De ahí que no pueda analizarse de manera sesgada la pretensión de prueba documental, pues esta incluye la de los respectivos testigos de acreditación.

A propósito, muy particular que la Juez encontrara pertinente los testigos de acreditación, pero no los documentos que pretendían acreditar. En contraste, la Sala observa que la Fiscalía cumplió mínimamente con señalar la pertinencia de cada documento, de su testigo de acreditación y de su relación con el objeto de prueba, es decir, la posible responsabilidad de ciertos procesados en el comercio de estupefacientes, como integrantes del grupo delincencial investigado. Además, el ente acusador adujo que las pruebas también servían para demostrar la existencia de la organización al margen de la Ley y las conductas penalmente relevantes que eran objeto de la concertación delictiva.

En consecuencia, se revocará la decisión de la Juez de no decretar diez de las pruebas documentales objeto de apelación, a saber, los DVD contentivos de las siguientes ocho vigilancias y seguimientos, y unas interceptaciones telefónicas, así:

- Cuatro con el testigo de acreditación Julián Andrés Bautista: (i) del 19 de octubre de 2016, en el barrio Conquistadores, (ii) del 21 de octubre de 2016, en el barrio Conquistadores, (iii) del 21 de julio de 2016, en la vereda El Marial, y (iv) del 27 de noviembre de 2016, en la vereda El Marial.
- Una con el testigo de acreditación Jonathan Alberto Higinio: del 2 de octubre de 2016, en el barrio Villa del Rosario, La Estrella.
- Una el testigo de acreditación Yamil Eduardo Montoya Acosta: del 25 de junio de 2016, en el sector de Rancho Lata.

- Dos con el testigo de acreditación Carlos Andrés Chamorro Meneses: (i) del 3 de julio de 2016, en el barrio Conquistadores, y (ii) del 23 de octubre de 2016, en el barrio La Esperanza.
- Adicionalmente, las interceptaciones de dos líneas celulares: la 3233946268 y la 3126063457, cuya testigo de acreditación es Cindy González Gallego.

Por otra parte, la Sala confirmará la decisión de no decretar la prueba documental relacionada con la vigilancia y seguimiento del **17 de septiembre de 2018** en el sector La Galería del municipio de El Peñol, pues tal fecha, referida por el Fiscal al solicitar la prueba,¹³ excede el marco temporal fijado en la acusación para los hechos jurídicamente relevantes, el cual se circunscribe del año 2016 hasta julio del año 2017, de ahí la impertinencia de los motivos referidos por el ente acusador al pedir la prueba.

Ahora bien, para resolver con suficiencia el recurso, se imponen las siguientes precisiones.

- Es necesario señalar que la sustentación de la apelación no es el escenario para corregir los errores u omisiones argumentativas en las que se incurriera durante la solicitud probatoria. En ese orden, es indebido agregar, en esta instancia, razones que se no otorgaron al pedir las pruebas ante el Juez de Conocimiento. Ello implicaría reabrir la oportunidad para reclamar el decreto de los medios de conocimiento por razones que no estuvieron sometidas a la dialéctica propia de la sistemática acusatoria, y que no se ofrecieron a la *A quo*, lo que afectaría el debido proceso probatorio y la doble instancia.

¹³ Audiencia preparatoria del 2 de abril de 2019, archivo "02-04-19 05440610850320168001200_050003107001_6", récord 01:09:40 a 01:10:40.

En otras palabras, los argumentos de pertinencia deben explicitarse al momento de la solicitud probatoria, por lo que resulta extemporáneo hacerlo en la sustentación del recurso.

Sin embargo, no se advierte que en este caso el recurrente incurriera totalmente en esa mala práctica, a lo sumo, pudo hacerlo en relación con la prueba cuya inadmisión se mantendrá, ya que al sustentar la apelación varió el año de aquel acto investigativo, sin embargo, no ofreció ninguna razón para cambiar tal fecha, de ahí que su argumento resulte intrascendente.

También aportó en la apelación las fechas en que se practicaron las interceptaciones telefónicas, datos no ofrecidos al pedir las pruebas. Aun así, la admisión de estas pruebas obedece a la argumentación de pertinencia propuesta en la solicitud probatoria, en la que se refirió que tales actuaciones arrojaron resultados sobre la posible participación de varios procesados en el comercio de alucinógenos.

En lo restante, si observa con detenimiento, lo que hizo el apelante fue insistir en los motivos presentados en la solicitud probatoria y limitar el objeto de apelación a ciertos documentos -no a todos los negados-, por eso en esta instancia la evaluación se circunscribe solo al estudio de once pruebas específicas.

- Por otra parte, que el Fiscal adujera que anteriormente no se tenía la costumbre de diferenciar cada uno de los medios de conocimiento pretendidos, no afecta la decisión que se perfila. Como viene estudiándose, la solicitud probatoria cumplió mínimamente con la identificación de los documentos, su testigo de acreditación y su pertinencia.

- Al final de su solicitud probatoria la Fiscalía pidió: *"(...) que se le permita utilizar las actas de reconocimiento en banco de imágenes, los bancos de imágenes, las declaraciones juradas, interrogatorios a indiciados,*

o entrevistas de los testigos de cargo, única y exclusivamente para refrescar memoria o impugnar credibilidad.”¹⁴

Nótese que tal proposición no cobijaba los documentos pedidos como prueba documental, sobre los que ha versado este análisis, de ahí que resulte desacertado que la Juez adujera que el ente acusador pidió las pruebas negadas como herramientas para facilitar el interrogatorio cruzado de los testigos.

- Adicionalmente, importa destacar que la primera instancia aseguró que la Fiscalía no argumentó la *conducencia* de las pruebas documentales. Lo que pareciera ser una referencia desafortunada de la Juez, pues es claro que las explicaciones sobre *conducencia* solo son obligatorias cuando se presente un debate genuino sobre tal aspecto, lo que es ciertamente difícil teniendo en cuenta que, en el sistema procesal acusatorio tiene plena vigencia el principio de libertad probatoria y no se cuenta con tarifas legales, a excepción de las limitaciones de la prueba de referencia.¹⁵ Sin embargo, en este evento no se advierten discusiones de tal tipo.

Así las cosas, se estiman suficientes los argumentos desarrollados hasta el momento para responder los problemas jurídicos propuestos.

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

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, en Sala de decisión penal,

¹⁴ *Ibidem*, récord 01:31:50 a 01:32:55.

¹⁵ Sobre la no obligatoriedad de la argumentación de la *conducencia*, véase entre otras, SP CSJ radicado 55542 del 29 de julio de 2020, AP1752-2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión de no decretar, como prueba documental, los DVD que contienen las vigilancias y seguimientos: (i) del 19 de octubre de 2016, en el barrio Conquistadores, (ii) del 21 de octubre de 2016, en el barrio Conquistadores, (iii) del 21 de julio de 2016, en la vereda El Marial, (iv) del 27 de noviembre de 2016, en la vereda El Marial, (v) del 2 de octubre de 2016, en el barrio Villa del Rosario, La Estrella, (vi) del 25 de junio de 2016, en el sector de Rancho de Lata, (vii) del 3 de julio de 2016, en el barrio Conquistadores, y (viii) del 23 de octubre de 2016, en el barrio La Esperanza. Todos en el municipio de El Peñol. Adicionalmente, las interceptaciones a las líneas celulares 3233946268 y la 3126063457.

SEGUNDO: En secuencia de lo resuelto en el numeral anterior, **DECRETAR** estas diez pruebas documentales, con los siguientes testigos de acreditación: para las primeras cuatro, Julián Andrés Bautista; para la quinta, Jonathan Alberto Higinio; para la sexta, Yamil Eduardo Montoya Acosta; para las séptima y octava, Carlos Andrés Chamorro Meneses; y para las interceptaciones telefónicas, Cindy González Gallego.

TERCERO: En lo demás, **CONFIRMAR** el auto de origen y naturaleza conocidos.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

Auto resuelve recurso de apelación Ley 906 de 2004

Acusados: Juan David Martínez Vallejo y otros

Delito: Concierto para delinquir agravado

Radicado: 05-440-61-00000-2017-00016

(N.I. TSA 2023-0725-5)

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: **e001cf776256e19a210137ce23ba83bec14fe23b5f9dcf2804bc563cdb6a7047**

Documento generado en 24/05/2023 10:07:10 PM

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

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

Proceso	Habeas Corpus
Instancia	Segunda
Accionante	Wilson Johanny Moreno Torres a través de apoderado
Radicado	05 615 31 04 001 2023 00057 (N.I.: 2023-0897-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

Se resuelve en segunda instancia la impugnación presentada por la parte actora contra la decisión, proferida el 17 de mayo de 2023 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia, que negó por improcedente la solicitud de habeas corpus invocada.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1. Expuso el accionante que su representado se encuentra privado de la libertad en las instalaciones del Gaula oriente luego de haberse emitido sentencia condenatoria en su contra. Por lo anterior, presentó recurso de alzada, el cual, se resolverá en favor de los intereses de su prohijado, dada la inocencia de éste, por tanto, el Estado deberá indemnizarlo.

Informó que el pasado 28 de febrero su representado fue notificado de la sentencia en su contra emitida dentro del proceso con CUI 11 001 65 00111 2020 07266 N.I. 411647, la cual, se encuentra surtiendo el recurso de apelación ante el H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá. Considera que el señor Wilson Johanny es inocente hasta que el superior se pronuncie de fondo.

Argumenta que, con la detención de su cliente, éste se ha debido sustraer de su obligación como padre de un menor de edad, soslayando el sustento de su núcleo familiar. Con lo anterior, solicita se ordene la libertad inmediata del señor Wilson Johanny Moreno Torres y se compulsen copias para que se inicien las investigaciones a que haya lugar.

2. El Juzgado de primera instancia negó el amparo solicitado. Indicó que no existe vulneración a garantías fundamentales en cabeza del señor Wilson Johanny Moreno Torres. No se encuentra privado de la libertad de manera injusta, pues su detención obedece a una orden judicial, emanada de autoridad competente para el cumplimiento de la pena impuesta en sentencia que lo halló penalmente responsable del punible de Acceso Carnal Violento Agravado.

DE LA IMPUGNACIÓN

El fallo proferido por el Juzgado de primera instancia fue impugnado por la parte actora.

Afirma que no puede entender que se haga un análisis tan simple para decidir la libertad de un ciudadano expuesto al poder punitivo del Estado. Lo que se debe analizar debe ir encaminado a poner en práctica lo que ha recordado la Corte Constitucional respecto al derecho al debido proceso para garantizar el derecho a la doble conformidad: *“el derecho a la impugnación atiende a la necesidad de garantizar la defensa plena de las personas que han sido condenadas en un proceso penal frente al acto incriminatorio, y a asegurar que mediante la doble conformidad judicial la condena sea impuesta correctamente.”*

Indica que la Juez de instancia, el juez de conocimiento y el honorable magistrado del Tribunal de Bogotá pasan por alto justificar porqué se rompe la presunción de inocencia de su defendido si aún no ha quedado en firme la sentencia que lo condenó. Es decir, en el presente asunto se violenta el artículo 7 de la Ley 906 de 2004 con el fin de dar cierta apariencia de legalidad a una detención que es fruto de la orden de captura de una sentencia que se encuentra impugnada y que tal como reza el artículo 177 del mismo compendio normativo, el efecto de la apelación es suspensivo.

Advierte que, si bien la captura se realiza por motivo de una orden judicial, esta no está en firme y por lo tanto prima el efecto suspensivo que se impone ante esta sentencia, lo que debe impedir que cualquier decisión que se hubiere proferido en ella se detenga, pues continuar con la detención de su defendido es una clara afrenta a sus derechos constitucionales y convencionales al querer hacer prevalecer lo procedimental sobre lo sustancial.

Insiste en que la sentencia en contra de su cliente no se encuentra en firme por que no se ha definido el recurso interpuesto y por lo tanto se encuentra en efecto suspensivo lo que allí se ordena; le asiste el derecho a que sea vencido en juicio en doble instancia y con doble conformidad, lo que no ha sucedido hasta el momento; no le han definido su situación legal en los términos que impone la legislación procesal Prima la presunción de inocencia y la favorabilidad que la ley, las convenciones y la constitución le otorgan a su cliente.

Solicita se revoque la decisión de primera instancia y se ordene la libertad de Wilson Johanny Moreno Torres.

CONSIDERACIONES

El Despacho es competente para conocer de la impugnación promovida contra la decisión a través de la cual, se negó la solicitud de hábeas corpus formulada por Wilson Johanny Moreno Torres a través de apoderado, de acuerdo con lo previsto en el numeral 2º del artículo 7º de la Ley 1095 de 2006.¹

La acción de hábeas corpus es un mecanismo constitucional dispuesto para amparar la libertad personal ante las amenazas que contra ella puedan producir las autoridades públicas.² Según reiterada Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal³ la afectación a la libertad, se puede presentar cuando alguien es capturado con violación de las garantías constitucionales o legales, o cuando la aprehensión se prolonga de manera contraria a la ley.

¹ *“cuando el superior jerárquico sea un juez plural, el recurso será sustanciado y fallado integralmente por uno de los magistrados integrantes de la Corporación, sin requerir la aprobación de la sala o sección respectiva. Cada uno de los integrantes de la Corporación se tendrá como juez individual”.*

² Artículo 1º Ley 1095 de 2006

³ CSJ AHP, 07 nov. 2008, rad. 30772, reiterado en CSJ AHP, 23 ago. 2012, rad. 39744

La parte actora considera que la privación de la libertad de Wilson Johanny Moreno Torres resulta ilegal, pues no puede ordenarse ni ejecutarse la pena de prisión cuando se encuentra en trámite el recurso de apelación.

El fundamento normativo de la privación de la libertad ordenada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bogotá, es el artículo 450 de la Ley 906 de 2004.⁴ Esta disposición establece la posibilidad de que, incluso, a partir de la enunciación del sentido del fallo condenatorio, pueda disponerse la privación de la libertad del procesado, por tanto, no se requiere esperar a que se agote el recurso en contra la decisión de condena.

Adicionalmente, el Juzgado en el acápite de “subrogados y sustitutos”, expuso las razones por las cuales consideró necesaria la privación de la libertad. Explicó que no era posible conceder a Wilson Johanny Moreno Torres, hallado responsable del delito de acceso carnal violento agravado, la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

En ese orden de ideas, tampoco resulta acertada la alegación del impugnante consistente en que, para la privación de la libertad de Wilson Johanny Moreno Torres se requiere que la sentencia condenatoria cobre firmeza.

⁴ ARTÍCULO 450. ACUSADO NO PRIVADO DE LA LIBERTAD. Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, **el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.**

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librárá inmediatamente la orden de encarcelamiento.
(negrillas propias)

Frente a ese aspecto, la Sala de Casación Penal⁵ explica que, precisamente, de acuerdo con el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, para librar orden de captura por virtud de la emisión de una sentencia condenatoria, no es necesario esperar que la sentencia cobre ejecutoria.

El accionante insiste que la decisión se encuentra en efecto suspensivo según el artículo 177 de la Ley 906 de 2004, por lo que no sería posible hacer efectiva la orden de captura.

Al respecto, conviene recordar lo señalado por la Sala Casación Penal en providencia AP2877-2020, 28 oct. 2020, rad. 56600, en el sentido que: el alcance de dicho efecto no suspende el cumplimiento de la providencia condenatoria. Si bien, el artículo 177 de la Ley 906 de 2004 establece que, la apelación de la sentencia condenatoria se concede en el efecto suspensivo, lo que se suspende es la competencia de quien profirió la decisión, pero no su contenido. Finalmente expuso que existe norma especial que regula la posibilidad de librar orden de encarcelamiento desde el momento en que se emite sentido del fallo condenatorio.

⁵La Corte no observa irregularidad en el actuar del Tribunal accionado al momento de librar la orden de captura sin esperar que la sentencia cobre ejecutoria, pues así lo dispone el artículo 450 de la Ley 906 de 2004. Al respecto, la Sala de Casación Penal en sentencia CSJ SP, 30 en 2008, rad. 28918, dijo:

(...) se hace necesario que los jueces observen que en los términos de la Ley 906 de 2004 la ejecución de la sentencia y las órdenes que en ella se imparten, especialmente cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo. Dicho en otras palabras: **cuando un acusado en contra de quien se anuncia un fallo de condena que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tiene que ser suspendida, los jueces deben cumplir la regla general consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta. Y si tal mandato lo incumple el a quo se debe impartir el correctivo por el ad quem. Excepcionalmente el juez podrá abstenerse de ordenar la captura inmediata. En este caso recae sobre el servidor judicial una carga argumentativa conforme la cual debe justificar amplia, razonada y razonablemente, conforme lo cual debe quedar suficientemente explicado el por qué le resulta innecesaria la orden de detención inmediata. Esto podría presentarse, por ejemplo, cuando aparece debidamente demostrado que el acusado padece de una grave enfermedad.** (negritas propias) [...]. CSJ, STP4321-2017, 23 mar. 2017, rad. 90995 que, a su vez, remitió a la CSJ SP, 30 en 2008, rad. 28918.

Por tanto, una vez emitido el sentido del fallo condenatorio, o proferida la decisión de condena, si de conformidad con las normas del código procedimental resulta necesaria la detención, la misma deberá ordenarse de manera inmediata, independientemente de los recursos que contra esta se interponga.

Precisamente en aplicación de esa norma procedimental se ordenó librar la orden de captura contra Wilson Johanny Moreno Torres, la que, conforme a los argumentos señalados en la parte inicial de estas consideraciones, el Juzgado consideró necesaria para ejecutar la pena de prisión impuesta.

Por lo tanto, la decisión de negar la acción de Hábeas Corpus será confirmada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia que negó la acción de habeas corpus presentada por Wilson Johanny Moreno Torres a través de apoderado según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Advertir que contra la presente decisión no procede ningún recurso.

TERCERO: Devolver el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Habeas Corpus segunda instancia
Accionante: Wilson Johanny Moreno Torres
a través de apoderado
Radicado: 05 615 31 04 001 2023 00057
(N.I.: 2023-0897-5)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **7afe1f9a10f2c4dd48f6133d98a400434d7cd5a27664c42e97ecd329bbaae7c7**

Documento generado en 26/05/2023 09:46:51 AM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

Medellín, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 48

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Daniel Alexander Jaraba López a través de apoderado
Accionado	Juzgado Promiscuo Municipal de Abejorral y otros
Radicado	05 002 31 89 001 2022 00150 (N.I. 2023-0687-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala decide la impugnación presentada contra la decisión proferida el 15 de marzo de 2023 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral Antioquia mediante la cual negó por improcedente el amparo solicitado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Afirma el accionante que en el mes de octubre de 2018 fue acusado por cometer el presunto delito de hurto calificado en compañía del señor FABIAN ENRIQUE BAQUERO MORENO, asunto en que figuró como víctima el señor ROGELIO ANDRES PALACIO MARULANDA a quien presuntamente le hurtaron un teléfono celular por valor de \$ 450.000.

Advierte que, la fiscalía modificó la calificación jurídica de hurto calificado a hurto calificado y agravado, cargo al que los acusados no se allanaron, ni celebraron preacuerdo con la fiscalía. Por este tipo de actuaciones, estima que Alexander Jaraba López no tuvo defensa técnica debida. Por el contrario, se le declaró persona ausente y se continuó la actuación, vulnerando su debido proceso.

Informó que por el COVID 19 y virtualidad en la justicia, perdió el rumbo del proceso. Confiando en que el proceso aún seguía en trámite se cambió de domicilio al municipio de San Juan de Urabá donde residía su grupo familiar, situación que llevó a que no se enterara de la etapa de juicio. Afirma que el Juzgado no hizo nada para ubicarlo, por el contrario, le nombró un abogado de oficio, que realizó pocos cuestionamientos, no solicitó pruebas y no confrontó los testigos de la fiscalía. Finalmente resultó condenado por el delito acusado a 96 meses de prisión, sin que el togado interpusiera recurso.

Argumenta que se enteró de la condena impuesta al momento de materializarse la orden de captura en el mes de agosto de 2022. Considera se afectaron los derechos al debido proceso, defensa y contradicción, debiéndose declarar la nulidad de todo lo actuado en la etapa del juicio y ordenar la libertad.

2. El Juzgado fallador resolvió lo siguiente: *“Negar por improcedente el amparo constitucional al derecho fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia, aducidos por el señor DANIEL ALEXANDER JARABA LÓPEZ a través de su apoderado contractual, por presuntas vías de hecho dentro del proceso penal CUI 050026000262201880014, con número interno 2018/00189/00, adelantado en contra del citado ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Abejorral, trámite al que se vinculó al Juzgado en mención, a la Fiscalía Local 092 y al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Antioquia, ello por cuanto no se acreditó que los accionados hubiesen incurrido en las irregularidades procesales denunciadas en esta acción de tutela.”*

DE LA IMPUGNACIÓN

La parte actora impugnó la decisión aduciendo lo siguiente:

Si bien la fiscalía dice que realizó todas las acciones para contactarlo, se tiene que la exsuegra, les manifestó que estaba en San Juan de Urabá, obtenida esa información, no se entiende por qué no fue contactado en ese municipio por medio de radio, televisión local, redes sociales o consultando por medio de la fuerza pública en la comunidad, más aún cuando residía en el casco urbano del municipio. Se limitaron a saber esa información y nada se hizo para contactarlo.

Afirma no haber evadido el proceso penal en su contra. Al contrario, asistió a varias audiencias, muchas de ellas aplazadas por motivos ajenos a su voluntad.

Indica que debido a la pandemia del COVID 19 volvió a San Juan de Urabá, lugar de su arraigo familiar, aunque es cierto que pudo avisar o llamar al juzgado e indicar su cambio de residencia, para esa fecha se estaba implementando la virtualidad, por tanto, no tenía conocimiento del trámite de los procesos por ese medio.

Afirma que, si bien contó con la asistencia de un defensor público, la defensa fue nula, es allí donde se produjo la vulneración a la defensa técnica. La defensa que asistió tuvo un papel meramente formal, no insistió en su ubicación.

Cuando la fiscalía sabía que estaba en San Juan de Urabá, la defensa se limitó a guardar silencio sin cumplir con sus funciones ni tratar de ubicarlo. En todas las actuaciones del proceso, la defensa poco se pronunció a su favor, tanto así, que no apeló la sentencia condenatoria.

Advierte que se le condenó sin defensa por un delito menor, a casi 9 años de cárcel por unos hechos que eran susceptibles de un buen acuerdo con la fiscalía y con la víctima, por los vicios de falta de defensa técnica y por vulneración al debido proceso Daniel Alexander Jaraba López enfrenta esta condena de manera injusta.

Solicita se revoque la decisión impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

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

2. Problema jurídico planteado

La Sala determinará si fue correcta la decisión del Juez de primera instancia y resolverá la impugnación propuesta por la parte actora.

3. Solución del problema jurídico.

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces, con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando, por acción u omisión, le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de manera expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, existiendo, cuando

la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En relación con las garantías constitucionales fundamentales que la parte actora estima vulneradas, la procedencia ha de cifrarse en la configuración de los presupuestos generales¹ que deben concurrir de manera conjunta, pues a falta de uno de ellos la pretensión de amparo constitucional deviene en improcedente. La parte actora cuestiona la sentencia del 16 de noviembre del año 2021 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Abejorral Antioquia, pues, en su opinión; i) no le fue debidamente notificada la celebración de la audiencia de juicio, lo que no le permitió hacer valer sus derechos dentro de la actuación; y ii) la actuación de su defensor fue deficiente. Sostiene que dicho fallo vulneró su derecho fundamental al debido proceso

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

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

La satisfacción del requisito de subsidiariedad es indispensable en esta clase de asuntos como requisito de procedibilidad de la acción. La sentencia podía ser recurrida a través del recurso de apelación e, inclusive, a través

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

del extraordinario de casación, donde se podría pronunciar la jurisdicción frente a todos los reclamos del accionante.²

Es cierto que el actor señala que no acudió a los mecanismos previamente señalados para hacer valer sus derechos, precisamente porque no fue debidamente notificado a comparecer a las audiencias de juicio celebradas. No obstante, según lo informó el Juzgado accionado, Daniel Alexander Jaraba López compareció personalmente a las instalaciones del despacho cuando fue citado para realizar audiencia concentrada el 26 de marzo y 20 de mayo de 2019 donde fue notificado en estrados de la fecha de continuación de la diligencia para el 2 de julio de 2019, pero desde esta última, decidió desatender el proceso estando obligado a estar pendiente del transcurso de la actuación judicial.³

Es decir, teniendo conocimiento de la suerte del proceso, el actor pudo comparecer a la actuación o acercarse al Juzgado para enterarse del trámite, estado actual y ejercer una defensa activa, lo que supone que éste debía recurrir a los mecanismos de protección de sus garantías fundamentales dentro del trámite procesal y no lo hizo.⁴

Por tanto, si existiendo el medio idóneo de defensa judicial, el accionante deja de asistir a él y además, pudiendo evitarlo, permite que éste avance, no puede posteriormente lograr por este medio la guarda del derecho que estima vulnerado.⁵ Es decir, no es procedente utilizar este medio constitucional para salvar oportunidades perdidas a causa de la inactividad de las partes que actuaron en el escenario judicial. Tal situación que hace improcedente el amparo invocado.

² Así fue decidido un asunto similar por la Sala de Casación Penal mediante decisión STP3748-2023 Radicación N.º 129806 del, dieciocho (18) de abril de dos mil veintitrés (2023).

³ Así lo dejado sentado la Sala de casación penal, CSJ STP7160-2018, Rad. 98192, CSJ STP6707-2018, Rad. 98273, CSJ STP2616-2018, Rad. 97155 y CSJ STP2130- 2018, entre otras.

⁴ Así fue decidido un asunto similar por la Sala de Casación Penal mediante decisión STP3748-2023 Radicación N.º 129806 del, dieciocho (18) de abril de dos mil veintitrés (2023).

⁵ CSJ STP17170-2019, 5 dic. 2019, rad. 107851; CSJ STP15631-2019, 18 nov. 2019, rad. 107515; CSI STP15615-2019, 7 nov. 2019, rad. 107344.

Adicionalmente, no se observa una circunstancia que habilite la intervención del juez constitucional pues, como incluso se reconoce en la acción, el actor fue representado durante toda la actuación por un profesional del derecho adscrito a la Defensoría del Pueblo y, si bien aduce que dicho defensor no abogó en debida forma por sus intereses, sus reclamos no cumplen con la carga necesaria para probar que se vulneró su derecho a la defensa y se quedan en especulaciones sobre la gestión del togado.

Sin más consideraciones, se confirmará la decisión impugnada dado que no se cumple la condición de subsidiariedad como requisito general de procedibilidad de la acción.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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: **90b57026b6f24f5a9eb1b31b53bdf57e9445acc604f60b8ff954babb5711a12e**

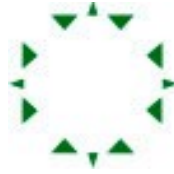
Documento generado en 26/05/2023 02:42:13 PM

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

Tutela primera instancia

Accionante: Fabio Andrés Carmona Ramírez a través de apoderada

Accionado: Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG) y otros
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00232 (N.I.:2023-0813-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, veintiséis (26) de mayo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 50

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	Fabio Andrés Carmona Ramírez a través de apoderada
Accionado	Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG) y otros
Radicado	05000-22-04-000-2023-00232 (N.I.:2023-0813-5)
Decisión	Concede

ASUNTO

La Sala decide en primera instancia la acción de tutela presentada por Fabio Andrés Carmona Ramírez a través de apoderada en contra del Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG), el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de

Tutela primera instancia

Accionante: Fabio Andrés Carmona Ramírez a través de apoderada

Accionado: Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG) y otros
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00232
(N.I.:2023-0813-5)

Antioquia y el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Cisneros Antioquia, al considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso.

Se vinculó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción en este trámite de tutela.

HECHOS

Afirmó la accionante que el 20 de octubre de 2022 se le impuso detención intramural a Fabio Andrés Carmona Ramírez luego de ser imputado por los delitos de desaparición forzada agravada, tortura, homicidio agravado, extorsión agravada y otros, por hechos ocurridos en el municipio de Segovia Antioquia.

Advierte que el Juzgado Primero Promiscuo con Función de Garantías de Segovia Antioquia decidió ordenar la detención Intramural en Centro Carcelario Pedregal, pero por motivos de seguridad lo trasladaron a las instalaciones de la cárcel de máxima seguridad La Picota- ERON en la ciudad de Bogotá.

Informa que, el 17 de marzo de 2023 remitió correo electrónico a la dirección del Establecimiento Carcelario La Picota solicitando una entrevista de manera virtual con Fabio Andrés Carmona Ramírez. En respuesta se le informó lo siguiente: *“(...) los horarios de ingreso para los apoderados judiciales en el COBOG para entrevistas son de Lunes a Jueves en el horario de 08:00am a las 11:00am y de 13:45 a las 16:00pm, lo anterior a fin que se puedan desarrollar las entrevistas presenciales, dado que por la alta cantidad de solicitudes de diligencias judiciales los espacios para diligencias virtuales se encuentran ya programadas hasta mediados del mes de septiembre, (...).”*

Por lo anterior, indica que el 21 de abril de 2023 se comunicó vía telefónica

Tutela primera instancia

Accionante: Fabio Andrés Carmona Ramírez a través de apoderada

Accionado: Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG) y otros
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00232
(N.I.:2023-0813-5)

con el Director del Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá COBOG para solicitarle le informara cuando podía asistir presencialmente a ver a su defendido, obteniendo como fecha el 25 de abril a las 2pm. Advierte que, al asistir a la fecha indicada, le negaron el ingreso debido a que se encontraban en conteo general.

Expone que el 26 de abril 2023 informó al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia la imposibilidad de entrevistarse con su defendido y solicitó el cambio de centro de reclusión o las entrevistas virtuales con Fabio Andrés Carmona Ramírez. El despacho brindó respuesta el 4 de mayo de 2023. El 5 de mayo de 2023 envió el mismo memorial al Juzgado Primero Promiscuo municipal de Cisneros Antioquia, por ser ellos quienes dictaron la medida de aseguramiento, pero a la fecha no ha sido contestada.

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Se ordene el traslado físico e inmediato a un centro penitenciario en Medellín o se ordene las entrevistas virtuales de manera inmediata, amparando el derecho al debido proceso.

RESPUESTA DE LAS AUTORIDADES ACCIONADAS

El Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia informó que, en efecto, la defensora le realizó el requerimiento aludido, por tanto, el 4 de mayo de 2023 le dijo lo siguiente: *"Infórmese a la abogada que este Despacho carece de competencia para autorizarle las entrevistas con su defendido, ya que esto se encuentra reglado en el Código Penitenciario y Carcelario...Por lo anterior, remítase de inmediato la solicitud ante la institución penitenciaria donde se encuentra recluso el procesado para que atienda el requerimiento de la defensa, así como a la Dirección General del INPEC, para que tome los correctivos a que hubiere lugar"*.

Tutela primera instancia

Accionante: Fabio Andrés Carmona Ramírez a través de apoderada

Accionado: Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG) y otros
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00232
(N.I.:2023-0813-5)

Advierte que el artículo 112 del Código Penitenciario reconoce que es a las autoridades de los centros penitenciarios y carcelarios a quienes les corresponde regular el régimen de visitas conforme a las condiciones de seguridad de cada penal, respetando en todo momento el núcleo esencial de este derecho, es decir, le reconoce al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la regulación de visitas a las personas privadas de la libertad y establecer las condiciones para que se lleven a cabo, o suspenderlas cuando se presenten los eventos previstos en el mismo reglamento para ello. Por lo demás, esa clase de solicitudes no es una que deba “ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral”, por lo que por vía procesal tampoco sería competente esta autoridad para tratar la petición (Art. 153 CPP).

Informa que no ha tenido injerencia respecto a las decisiones tomadas por la Dirección del Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG). Por el contrario, con la remisión del auto del 4 de mayo de 2023 se instó a esa dependencia para que atendiera la petición de la letrada.

El Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC solicitó ser desvinculado de la presente acción, toda vez que la competencia frente a lo manifestado por el accionante le corresponde COBOG PICOTA a través de su equipo de trabajo, por cuanto es competencia funcional del Establecimiento de reclusión.

La Juez Primera Promiscuo Municipal de Cisneros Antioquia indicó haber realizado audiencias preliminares dentro del proceso en referencia. Los detenidos fueron trasladados a las cárceles de Pedregal y Bellavista, sin embargo, con el fin de realizar audiencia de adición de imputación, se enteró que los procesados fueron trasladados para la cárcel La Picota y El Buen Pastor, ambas en Bogotá por motivos de seguridad.

Por tanto, solicita se desvincule de esta actuación, debido a que no es

Tutela primera instancia

Accionante: Fabio Andrés Carmona Ramírez a través de apoderada

Accionado: Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG) y otros
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00232
(N.I.:2023-0813-5)

competencia del Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías ordenar, coordinar ni autorizar las entrevistas de las personas privadas de la libertad. Esa función la cumple cada establecimiento carcelario de acuerdo con sus disposiciones y reglamentos internos del INPEC.

El Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG) no rindió el informe requerido por la Sala.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 5° del artículo 2.2.3.1.2.1 del decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para conocer la acción de tutela objeto de estudio.

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

De los hechos relatados por la parte actora y las respuestas dadas por las accionadas se desprende que la presente tiene como objeto central que Fabio Andrés Carmona Ramírez pueda entrevistarse con su defensora con el ánimo de preparar su estrategia defensiva dentro del proceso que se lleva en curso en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

El inciso 5 y s.s. del artículo 73 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993, modificada por la Ley 1709 de 2014), establece que: el horario, las

Tutela primera instancia

Accionante: Fabio Andrés Carmona Ramírez a través de apoderada

Accionado: Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG) y otros
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00232
(N.I.:2023-0813-5)

condiciones, la frecuencia y las modalidades en que se lleven a cabo las visitas serán reguladas por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). Es decir, la potestad de autorización de las visitas de los reclusos es considerada de naturaleza discrecional del INPEC.

La accionante agotó el trámite anterior. Solicitó al Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG) la realización de la entrevista de manera virtual, pero la solicitud fue negada. En su lugar, le brindaron una fecha para realizar la entrevista de manera presencial, obligando a la togada viajar desde la ciudad de Medellín hasta la ciudad de Bogotá donde se encuentra recluido el procesado. No obstante, la labor resultó infructuosa, pues, no se le permitió el ingreso a la defensa en la fecha programada por el Director del penal.

Agotado el conducto regular, la parte actora acudió ante Juez de conocimiento con el fin de buscar la protección al derecho al defensa, no obstante, el Juez indicó no ser competente para resolver la solicitud y la remitió al Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG).

La Corte Constitucional¹ ha advertido que el debido proceso es una garantía fundamental reconocida en el artículo 29 de la Constitución definido como: *“una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados”*.

En virtud de lo anterior, este derecho conlleva unas garantías mínimas a la población privada de la libertad, entre ellas se destaca: *“(vii) el ejercicio del derecho de defensa y contradicción”*, garantía reiterada en el artículo 8° de la Ley 906 de 2004, con la cual garantiza que dentro de la actuación penal el imputado o acusado, entre otras cosas: **pueda ser oído, asistido y**

¹ T-063 de 2020

Tutela primera instancia

Accionante: Fabio Andrés Carmona Ramírez a través de apoderada

Accionado: Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG) y otros
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00232
(N.I.:2023-0813-5)

representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado; tenga comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades; disponga de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa.

Es evidente que la respuesta brindada por el Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG) negando la práctica de entrevista de forma virtual - *dado que los espacios para diligencias virtuales se encuentran ya programadas hasta mediados del mes de septiembre*- afecta el derecho de defensa del accionante. Además, la accionada, teniendo la oportunidad de demostrar por este medio la presunta imposibilidad de brindar un espacio tecnológico, no lo hizo, por el contrario, prefirió guardar silencio respecto a lo manifestado por la parte actora.

Se observa que, el obstáculo impuesto por el Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG) vulnera el derecho a la defensa del procesado, razón por la que es necesaria conceder la solicitud de amparo.

En consecuencia, se ordenará al director del Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG) que, dentro los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de esta decisión, garantice la realización de la entrevista solicitada por la defensa de Fabio Andrés Carmona Ramírez, garantizando el acceso a los medios tecnológicos necesarios para que se realice la entrevista de manera virtual, en protección del derecho de defensa del procesado.

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

RESUELVE

Tutela primera instancia

Accionante: Fabio Andrés Carmona Ramírez a través de apoderada

Accionado: Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG) y otros
Radicado: 05000-22-04-000-2023-00232
(N.I.:2023-0813-5)

PRIMERO: CONCEDER la solicitud de amparo presentada por Fabio Andrés Carmona Ramírez a través de apoderada.

SEGUNDO: ORDENAR al director del Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG) que, dentro los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de esta decisión, garantice la realización de la entrevista solicitada por la defensa de Fabio Andrés Carmona Ramírez, garantizando el acceso a los medios tecnológicos necesarios para que se realice la entrevista de manera virtual en protección del derecho de defensa del procesado.

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

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: **6675b176d42bc797cf517dc33b8d34ef6f22adcf58498176522672b020a412ef**

Documento generado en 26/05/2023 02:42:32 PM

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

Consulta sanción por desacato

Incidentista: María Gladys Franco Tangarife

Afectada: Carlos Hugo Sepúlveda Cañaverál

Accionado: Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud)

Radicado: 05-002-31-89-001-2022-00036

N.I. 2023-0871-5



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 48

Proceso	Incidente de Desacato
Instancia	Consulta Sanción por Desacato
Sancionado	Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud)
Radicado	05-002-31-89-001-2022-00036 N.I. 2023-0871-5
Decisión	Confirma sanción

ASUNTO

La Sala decide en sede de consulta la sanción que por desacato impusiera el Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral (Ant.). a la representante legal de Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud) LINA MARÍA BUSTAMANTE SANCHEZ por no cumplir un fallo de tutela.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral (Ant.) mediante fallo del 26 de abril de 2022 amparó la protección del derecho a la salud de Carlos Hugo Sepúlveda Cañaverál y le concedió el tratamiento integral respecto a la patología de "FRACTURA DE PELVIS, TIBIA, PERONÉ, LESIÓN EN NERVIO CIÁTICO Y EMBOLIA PULMONAR".

El 7 de febrero de 2023 la parte actora presentó incidente de desacato en contra de Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud) por incumplimiento al fallo de tutela respecto a la falta de realización de cirugía de cadera, autorizada desde el pasado 24 de octubre.

Pese a los requerimientos realizados a la entidad, el 16 de marzo de 2023 el Juzgado Promiscuo de Abejorral Antioquia, inició formalmente incidente de desacato en contra de la representante legal de la accionada.

Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud) informó haber autorizado el servicio de salud ante la IPS Hospital General de Medellín, por tanto, se encuentra pendiente de ser programada por parte de la IPS a cargo.

El 31 de marzo de 2023 se emitió sanción en contra de LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ como representante legal de Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud) por cinco (5) días de arresto y multa de dos (2) S.M.M.L.V. por incumplimiento al fallo de tutela.

La Sala estableció comunicación telefónica con la parte incidentista quien informó que la accionada no ha cumplido con el fallo de tutela.¹

¹ Constancia Auxiliar Judicial Consulta 2023-0871-5

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

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

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

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

El problema jurídico por resolver se concreta en la responsabilidad que le asiste a la entidad que resultó obligada en el fallo de tutela y así establecer

Consulta sanción por desacato

Incidentista: María Gladys Franco Tangarife

Afectada: Carlos Hugo Sepúlveda Cañaverál

Accionado: Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud)

Radicado: 05-002-31-89-001-2022-00036

N.I. 2023-0871-5

si debe confirmarse la sanción impuesta desde la primera instancia a LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ como representante legal de Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud), debido al incumplimiento que al parecer se sostuvo respecto a la orden constitucional proveniente del Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral (Ant.).

A partir de la información proporcionada por la parte incidentista en grado de consulta, aún no se da cumplimiento al fallo de tutela, por tanto, es posible afirmar que, LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ como representante legal de Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud), quien fue vinculada en debida forma a este trámite incidental, incumplió la orden constitucional que amparó los derechos esenciales del afectado y que le impuso directamente la obligación de su cumplimiento.

Aunque la sancionada fue enterada en debida forma del inicio formal del incidente de desacato, no se acreditó el cumplimiento del fallo de tutela.

Es claro que el afectado no ha sido amparada en sus garantías fundamentales como lo dispuso el Juzgado fallador, porque la orden impartida objeto de tutela y presente desacato, no ha sido cumplida.

Por lo tanto, se confirmará el auto del 31 de marzo de 2023 mediante el cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral Antioquia, sancionó con arresto de cinco (5) días y multa de dos (2) S.M.L.M.V a LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ como representante legal de Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud) por no cumplir el fallo de tutela proferido el 26 de abril de 2022.

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

Consulta sanción por desacato

Incidentista: María Gladys Franco Tangarife

Afectada: Carlos Hugo Sepúlveda Cañaverál

Accionado: Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud)

Radicado: 05-002-31-89-001-2022-00036

N.I. 2023-0871-5

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia del 31 de marzo de 2023 proferida por el **Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral -Antioquia** que impuso sanción de multa y arresto a LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ como representante legal de Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud) por incumplimiento al fallo de tutela en referencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellín - 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: **e544cd9bceae528edcc597c241276eae0c35804fd39e5e38ee77d1abe3d49f4**

Documento generado en 26/05/2023 02:42:04 PM

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

Consulta sanción por desacato

Incidentista: Nicolas Antonio Ramírez Giraldo

Afectada: Andrés David Ramírez

Accionado: Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud)

Radicado: 05-697-31-04-001-2014-00027

N.I. 2023-0864-5



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Medellín, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta 48 de la fecha

Proceso	Incidente de Desacato
Instancia	Consulta Sanción por Desacato
Sancionado	Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud)
Radicado	05-697-31-04-001-2014-00027 N.I. 2023-0864-5
Decisión	Confirma sanción

ASUNTO

La Sala decide en sede de consulta la sanción que por desacato impusiera el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Ant.), a la representante legal de Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud) LINA MARÍA BUSTAMANTE SANCHEZ por no cumplir un fallo de tutela.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Penal del Circuito de El Santuario Antioquia mediante fallo del 10 de febrero de 2014 amparó la protección del derecho a la salud de Andrés David Ramírez y le concedió el tratamiento integral respecto a la patología de "HEPATOPATIA CRONICA, PROBABLEMENTE CIRROTICA O ENFERMEDAD DE HIGADO SECUNDARIO O DE WILSON CARATERIZADA POR EL AUMENTO DE COBRE EN EL HIGADO".

El 4 de mayo de 2023 la parte actora presentó incidente de desacato en contra de Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud) por incumplimiento al fallo de tutela respecto a la falta de los servicios de:

"CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN HEPATOLOGIA; INSERCIÓN DE DISPOSITIVO EN VIA BILIAR VIA ENDOSCOPICA; COLANGIOPANCREATOGRFIA RETROGADA ENDOSCOPICA; EXTRACCIÓN DE DISPOSITIVO DE VIA BILIAR VIA ENDOSCOPICA; INSERCIÓN DE DISPOSITIVO DE VIA BILIAR VIA ENDOSCOPICA."

El 8 de mayo el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario Antioquia, inició formalmente incidente de desacato en contra de la representante legal de la accionada.

Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud) solicitó la suspensión del trámite advirtiendo que los procedimientos fueron autorizados y se encuentran pendientes de ser programados por parte de la IPS a cargo.

El 12 de mayo de 2023 se emitió sanción en contra de LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ como representante legal de Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud) por tres (3) días de arresto y multa de un (1) S.M.M.L.V. por incumplimiento al fallo de tutela.

Consulta sanción por desacato

Incidentista: Nicolas Antonio Ramírez Giraldo

Afectada: Andrés David Ramírez

Accionado: Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud)

Radicado: 05-697-31-04-001-2014-00027

N.I. 2023-0864-5

El pasado 18 de mayo Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud) solicitó la suspensión de la sanción. Informa que realizó labores para el cumplimiento de la orden, no obstante, esta Sala estableció comunicación telefónica con la parte incidentista quien informó que la accionada no ha cumplido con el fallo de tutela.¹

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

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

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

¹ Constancia Auxiliar Judicial Consulta 2023-0864-5

Consulta sanción por desacato

Incidentista: Nicolas Antonio Ramírez Giraldo

Afectada: Andrés David Ramírez

Accionado: Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud)

Radicado: 05-697-31-04-001-2014-00027

N.I. 2023-0864-5

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

El problema jurídico por resolver se concreta en la responsabilidad que le asiste a la entidad que resultó obligada en el fallo de tutela y así establecer si debe confirmarse la sanción impuesta desde la primera instancia a LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ como representante legal de Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud), debido al incumplimiento que al parecer se sostuvo respecto a la orden constitucional proveniente del Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Ant.).

A partir de la información proporcionada por la parte incidentista en grado de consulta, aún no se da cumplimiento al fallo de tutela, por tanto, es posible afirmar que, LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ como representante legal de Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud), quien fue vinculada en debida forma a este trámite incidental, incumplió la orden constitucional que amparó los derechos esenciales del afectado y que le impuso directamente la obligación de su cumplimiento.

Aunque la sancionada fue enterada en debida forma del inicio formal del incidente de desacato, no se acreditó el cumplimiento del fallo de tutela.

Es claro que el afectado no ha sido amparada en sus garantías fundamentales como lo dispuso el Juzgado fallador, porque la orden impartida objeto de tutela y presente desacato, no ha sido cumplida.

Por lo tanto, se confirmará el auto del 12 de mayo de 2023 mediante el cual el Juzgado Penal del Circuito de El Santuario Antioquia, sancionó con arresto de tres (3) días y multa de un (1) S.M.L.M.V a LINA MARÍA BUSTAMANTE

SÁNCHEZ como representante legal de Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud) por no cumplir el fallo de tutela proferido el 10 de febrero de 2014.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia del 12 de mayo de 2023 proferida por el **Juzgado Penal del Circuito de El Santuario -Antioquia** que impuso sanción de multa y arresto a LINA MARÍA BUSTAMANTE SÁNCHEZ como representante legal de Alianza E.P.S. S.A.S. (Savia Salud) por incumplimiento al fallo de tutela en referencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **0779a51e915152bbf9a5f898c3a310cbdf936c7d1f8e7097b5f00e2a641b3f18**

Documento generado en 24/05/2023 10:07:02 PM

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

Proceso No: 057566000349202100174 **NI:** 2023-0890

Procesado: HUMBERTO OSORIO CARDONA

Delito: Acto sexual con menor de catorce años

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

ANTIOQUIA SALA PENAL

Proceso No: 057566000349202100174

NI: 2023-0890

Procesado: HUMBERTO OSORIO CARDONA

Delito: Acto sexual con menor de catorce años

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

-Medellín, mayo veintiséis de dos mil veintitrés.

Visto el informe que antecede, que da cuenta del recurso de queja interpuesto por el apoderado judicial del señor HUMBERTO OSORIO CARDONA, en contra de la decisión que dispuso denegar el rechazo de los testimonios solicitados por la Fiscalía, proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón el pasado 18 de mayo de 2023, se procede de conformidad con los artículos 179B y siguientes de la Ley 906 de 2.004, **CORRASE TRASLADO** a la parte recurrente, a fin de que sustente el mismo, e infórmese esta determinación a los demás sujetos procesales.

Cúmplase,

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome

Magistrado

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

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

Código de verificación: **a72de15e4fc494e61f436a78191cb8fe390e08e5e02c5f0ce64fe176d1de0e44**

Documento generado en 26/05/2023 08:39:54 AM

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

Radicado: 05-000-22-04-000-2023-00196 (NI: 2023-0680-6)

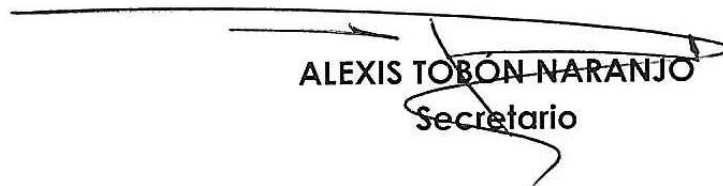
Accionante: Víctor Alfonso Álvarez Vergara

Accionados: Juzgado Promiscuo del Circuito de Sopetrán (Antioquia)

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionante interpone recurso de apelación frente al fallo de primera instancia; a quien pese a haberse remitido correo electrónico para la notificación del fallo no acusó recibido del mismo, razón por la cual se tendrá notificado por conducta concluyente en la fecha que allega el recurso, esto es el día 18 de mayo de 2023¹.

Así las cosas, el trámite de notificación culmina el 18 de mayo de 2023, por lo que se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día diecinueve (19) de mayo de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día veinticuatro (24) de mayo de 2023.

Medellín, mayo veinticinco (25) de 2023.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivo 18-19

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, mayo veintiséis (26) de dos mil veintitrés

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

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME
MAGISTRADO**

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

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

Código de verificación: **4a7c8e441d64897e05560d6b6f0afbdc1356de8323d22c509de3070649669bd4**

Documento generado en 26/05/2023 09:42:49 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: 050453104001202300080 **NI: 2023-0689-6**
Accionante: Rafael Antonio Blanco Flórez
Accionada: Junta Nacional de Calificación de Invalidez
Decisión: Modifica
Aprobado Acta No.: 74 de mayo 26 del 2023 **Sala No:** 6

Magistrado Ponente
Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, mayo veintiséis del año dos mil veintitrés

VISTOS

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), en providencia del día 14 de abril de 2023, negó la solicitud de amparo incoada por el señor Rafael Antonio Blanco Flórez en contra de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la parte 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 aduce que presentó petición a la JNCl el día 11 de febrero de 2023 por inconformidad y recurso de apelación del dictamen No. 78741892-3992, solicitando la recalificación y se defina su situación por esa entidad y le argumenta que debe presentar el trámite por el juzgado y no se le ha decidido de fondo la petición, no

obstante haber transcurrido el término de quince (15) días que prevé el artículo 6° del Código Contencioso Administrativo.

Considera que se le está vulnerando el derecho fundamental de petición.

Pide se ampare el derecho fundamental de petición y cualquier otro del mismo rango que se determine como violado, produzca respuesta o acto pretermitido, remita al despacho copia del acto administrativo con las finalidades de ley, so pena de las sanciones de ley por desacato a lo ordenado por sentencia de tutela, autorice la expedición de fotocopia de la sentencia de esta tutela y de la contestación al fallo que produzca la accionada, a su costa”.

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Una vez admitida la acción de tutela el pasado 27 de marzo del corriente año, se efectuó la notificación a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en el mismo auto dispuso la vinculación de la Nueva EPS, Inveragro Las Acacias, la AFP Porvenir y la ARL Positiva.

La Junta Nacional de Calificación de Invalidez, relató que en el caso del señor Blanco Flórez, se le calificó su pérdida de capacidad laboral por medio de dictamen N 78741892–3992 del 8 de febrero de 2023, determinándose una merma en la capacidad laboral del 14.20% con fecha de estructuración del 1 de febrero de 2023. Dictamen que fue debidamente comunicado a las partes, resaltando que en contra la decisión adoptada en la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no procede recurso alguno al encontrarse en firme, solo podrá ser controvertida ante la jurisdicción ordinaria.

Asiente que el 11 de febrero, recibió un correo electrónico por parte del señor Rafael Blanco, el cual no tenía identificación alguna, del mismo no se desprendía que se trataba de un derecho de petición, así que la persona encargada de la correspondencia electrónica asignó de manera errada el mensaje recibido, por lo cual no fue tramitado por el área jurídica. Aun así, el día 28 de marzo de 2023, emitió la respectiva respuesta.

Finalmente solicitó negar la presente solicitud de amparo ante la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales al actor. Adjuntó a la respuesta, copia del oficio del día 28 de marzo por medio del cual le brinda respuesta al derecho de petición, junto a la constancia de remisión vía correo electrónico del 29 de marzo de 2023 a las direcciones brayameliasrodriguez@gmail.com, buelvasdiazomaira@gmail.com, y copia del dictamen N 78741892 – 3992 del 8 de febrero de 2023.

La directora de Acciones Constitucionales del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., resaltó la falta de legitimación en la causa, dado que los hechos y pretensiones que demanda el actor, tienen su origen en una presunta violación por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, al no resolver derecho de petición.

El Representante Legal de Positiva Compañía de Seguros S.A., señaló que, una vez revisado su base de datos, encontró que el señor Rafael Antonio Blanco Flórez, se encuentra con afiliación activa desde el 26 de marzo de 2019 por parte de Inveragro Las Acacias S.A.S., el 11 de marzo de 2021 se reportó el accidente de trabajo N 382824532. Origen que fue establecido por la Junta Nacional a través de dictamen ML 78741892 de fecha 11 de febrero de 2022.

En desarrollo del evento, esa compañía de seguros emitió pérdida de capacidad del 0.00%, en dictamen ML 2518129 del 5 de mayo de 2022, notificado a las partes interesadas. Caso que fue remitido a la Junta Regional Antioquia, entidad que definió un valor porcentual de secuelas de 3.4%, establecida a través de dictamen ML 102384 del 17 de junio de 2022. El demandante reiteró su inconformidad, caso en el cual fue remitido a la Junta Nacional, entidad que determinó una merma de 14.2%, a través de dictamen ML 78741892 - 3992 del 8 de febrero de 2023, dictamen que cobró firmeza conforme al artículo 45 del decreto 1352 de 2013. Así que, agotado el trámite el accionante debe acudir a la justicia ordinaria, de conformidad con el artículo 44 del decreto 1352 de 2013 parágrafo 1.

La apoderada especial de la Nueva EPS, indicó que, de los hechos esgrimidos por el actor, su inconformidad no radica en actuaciones desplegadas por esa entidad. Si bien, fueron notificados del dictamen de pérdida de capacidad laboral N 78741892 – 3992 del 8 de febrero de 2023 con una merma de 14.20%. Indicando que la última instancia es la Junta Nacional de calificación de invalidez, por lo que dicho porcentaje quedó en firme y no existen más instancias.

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.

Reseña que efectivamente el demandante, presentó derecho de petición ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, desde el 11 de febrero de 2023, por medio del cual interpuso recurso de apelación en contra del dictamen número 78741892-3992 del 8 de febrero de 2023.

Por su parte, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez informó que el 11 de febrero se recibió un correo electrónico por parte del accionante, el cual no pudo identificarse por parte del área de mensajería y se asignó de manera errada, por lo cual no fue tramitado por el área jurídica. En consecuencia, la entidad accionada emitió respuesta en el sentido de indicarle que en contra del dictamen no procedía recurso alguno, y que debía acudir ante la justicia ordinaria; añadiendo *“tal como él mismo lo expresó en la demanda en el sentido de que le informaron que debía acudir ante un Juzgado”*.

Conforme a lo anterior, consideró que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial para debatir sus pretensiones, por cuanto el dictamen de pérdida de capacidad laboral se encuentra en firme y no procede ningún recurso. Lo que es indicativo que no existe vulneración al derecho fundamental

de petición, debido proceso, defensa y contradicción, por lo que negó el amparo deprecado.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, el demandante, impugnó la misma, pues señala que continua la vulneración de los derechos fundamentales, cuestiona que el juez de instancia omitió realizar un análisis profundo de las pruebas documentales aportadas, que en el fallo de tutela no se estudiaron todos los puntos que son objeto de impugnación.

Finalmente, solicita revocar el fallo de tutela de primera instancia, en defensa de la protección de sus derechos fundamentales, para que así proceda a ordenar la recalificación y así se defina su situación dado que desde el 11 de febrero interpuso los recursos de ley en contra del dictamen.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicita el señor Rafael Antonio Blanco Flórez la protección de los derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por parte de la Junta Nacional de Invalidez y en ese sentido, se ordene emitir respuesta de fondo, clara y congruente frente a la petición que demanda su respuesta.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si en este caso efectivamente se vulneran derechos fundamentales invocados por el señor Rafael Antonio Blanco Flórez, por parte de la Junta Nacional de Invalidez, o por el contrario dicha entidad resolvió de fondo la solicitud presentada.

3. Del derecho de petición y del caso en concreto

La garantía fundamental reconocida por el artículo 23 de la Carta Política, consiste no sólo en la posibilidad que tiene toda persona de presentar ante las autoridades peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular, sino el derecho a obtener una respuesta pronta y de fondo sobre lo pedido, como que el administrado no puede quedar en la indeterminación y tiene derecho a que le sean resueltos sus planteamientos sin vaguedad alguna.

La jurisprudencia constitucional en forma pacífica ha venido señalando las precisas situaciones en las que se presenta vulneración al derecho de petición: (i) cuando la respuesta es tardía, esto es, no se da dentro de los términos legales; (ii) *cuando se muestra* aparente, o lo que es lo mismo, no resuelve de fondo ni de manera precisa lo pedido; (iii) su contenido no se pone en conocimiento del interesado, y (iv) no se remite el escrito ante la autoridad competente, pues la falta de competencia de la entidad ante quien se hace la solicitud no la exonera del deber de dar traslado de ella a quien sí tiene el deber jurídico de responder. Es así como la Corte Constitucional ha sostenido que las respuestas simplemente evasivas o de incompetencia desconocen el núcleo esencial del derecho de petición¹.

En el caso bajo estudio el señor Rafael Antonio Blanco Flórez, propende por la protección de sus derechos fundamentales, y en el sentido se le ordenó a la Junta Nacional de Invalidez, emita respuesta a su derecho de petición presentado desde el 11 de febrero de 2023.

Fue así entonces como la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, asiente que si bien, recibió derecho de petición a nombre del actor desde el 11 de febrero de 2023, por equivocación no había dado trámite al mismo; no obstante, el 28 de marzo de 2023, emitió respuesta, por medio de la cual informa que, por expreso mandato legal en contra del dictamen N 78741892–3992 no procede recurso alguno al encontrarse en firme, solo puede ser

¹ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-219 y T-476 del 22 de febrero y 7 de mayo de 2001, respectivamente.

controvertido ante la jurisdicción ordinaria. Respuesta que fue remitida a las direcciones de correo electrónico brayameliasrodriguez@gmail.com, buelvasdiazomaira@gmail.com.

El juez *a-quo* por su parte, negó la pretensión constitucional elevada por el actor, dado que cuenta con otro medio de defensa judicial para debatir sus pretensiones, por cuanto el dictamen de pérdida de capacidad laboral al encontrarse en firme no es susceptible de recurso alguno. Encontrando ausencia de vulneración al derecho fundamental de petición, debido proceso, defensa y contradicción.

Esta Sala difiere con el problema jurídico planteado por el juzgado de primera instancia, pues las pretensiones del actor estaban encaminadas a obtener la protección de su derecho de petición. Es por eso, que se hace necesario resaltar que indiferente es si la respuesta es favorable o no a los intereses del peticionario, pues es competencia de la Junta Nacional de Invalidez evaluar cada caso concreto, máxime si no se avizora latente vulneración a derechos fundamentales.

Se concluye entonces, una vez auscultado los elementos de prueba, se vislumbra que la respuesta al derecho de petición objeto del presente trámite constitucional, fue contestado en debida forma y enviado a la dirección de correo electrónico establecida por el actor para las notificaciones judiciales, lo que desvanece la vulneración al derecho de petición que demanda.

Bajo el anterior escenario, se tornó necesario contactar a la parte demandante por medio del abonado telefónico 310 382 04 37, establecido para las notificaciones judiciales, donde atendió la llamada la señora Omaira Buelvas Díaz quien se identificó como la esposa del actor, quien asintió que efectivamente habían recibido respuesta a la petición que demanda.

Por otra parte, si bien el actor vario las peticiones en el escrito de impugnación, estas últimas no se tendrán en cuenta dado que no fueron objeto de debate y contradicción en el trámite de primera instancia.

En consecuencia, nos encontramos ante un hecho superado, pues considera la Sala que, en el presente caso, la Junta Nacional de Invalidez en el trámite de la presente solicitud de amparo resolvió de forma clara, precisa, congruente la solicitud extendida por el accionante el día 11 de febrero de 2023, efectuándose una eficaz comunicación a través de correo electrónico y confirmado por la parte demandante.

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.”

De lo anterior, la Sala encuentra improcedente la acción impetrada, con lo que necesariamente deberá proceder a **MODIFICAR** la providencia objeto de impugnación, en su lugar, declara su improcedencia por carencia actual de objeto por hecho superado, dado que en el trámite de la presente acción constitucional la Junta Nacional de Invalidez emitió respuesta efectiva al actor.

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: MODIFICAR el fallo de tutela del pasado 14 de abril del año 2023, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Rafael Antonio Blanco Flórez, en contra de la Junta Nacional de Invalidez, y en su lugar se declara la improcedencia de la acción de tutela por presentarse la carencia actual de objeto por hecho superado. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

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: **efa03ab699738efe732b0afd4337e13faa9424f86a423f1db055efa6daafe545**

Documento generado en 26/05/2023 09:44:53 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Radicación	050303189001 2019-00056-01 (2020-0729)
Procedente	Juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá, Antioquia
Acusado	SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ
Delito	Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Objeto	Apelación sentencia condenatoria
Decisión	Confirma parcialmente

Medellín, Antioquia, dieciocho (18) de abril de dos mil veintitrés (2023).
Aprobado Acta No. 101

ASUNTO POR RESOLVER

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensora de SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ contra la sentencia proferida el 24 de julio de 2020 por el Juez Promiscuo del Circuito de Amaga, Antioquia, mediante la cual condenó a aquel como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y absuelve por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

HECHOS

Relató la señora Nora Beatriz Torres Ortiz, madre de la menor víctima SVCT que en el mes de septiembre de 2018, se vio obligada a llevar a sus hijos al cuidado de su abuela materna quien reside en la Vereda Guaymaral de Amaga, Antioquia, quien a su vez convive con uno de sus hijos SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ. El 25 de septiembre de 2018, la menor SVCT de 9 años, en entrevista con la psicóloga de la Comisaria de Familia de Amaga, indicó que el día anterior, 24 de septiembre de 2018, entre las 4-5 am, su tío, SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ quien dormía en una cama al lado de donde ella estaba

acostada, se le pasó y empezó a tocar sus genitales, cuando sentía que alguien se acercaba, se alejaba, pero nuevamente se le pasaba, y esta vez metió sus manos bajo la cobija y la tocó encima de la ropa interior. Minutos después vuelve a sentir que alguien se acerca y enseguida se aleja, pero regresa y le mete las manos debajo de su ropa interior y se la baja, le quita la cobija y le lame la vagina durante dos o tres minutos, después le introduce el dedo en la vagina; cuando ella empezó a moverse el agresor se espanta y se va. Refiere que por cuenta de ese manoseo sintió mucho dolor y que para poder orinar debió cruzar las piernas. A la mañana siguiente la abuela materna le indagó si su tío la había tocado y ella no quiso comentarle lo sucedido, en tanto creía que lo iba defender debido a que se trataba de su hijo.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 19 de febrero de 2019, en audiencia preliminar adelantada ante el Juez Segundo Promiscuo Municipal con función de control de garantías de esta ciudad, la Fiscalía General de la Nación le imputó a SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ la comisión, a título de autor, del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años, ambas agravadas de acuerdo con los artículos 208, 209 y 211 numerales 5 y 6 del C.P., cargo que éste no aceptó. Acto seguido, a petición de la Fiscalía le impuso medida de aseguramiento de privación de la libertad en establecimiento carcelario.

El Fiscal radicó escrito de acusación el 11 de abril de 2019, el 23 de abril de esa misma anualidad se profirió auto asumiendo conocimiento por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amaga, Antioquia, autoridad judicial que adelantó audiencia de formulación de acusación el 3 de abril de 2017. En el acto la Fiscalía acusó al procesado en los mismos términos de la formulación de imputación.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 20 de agosto de 2019. El juicio oral se adelantó en sesión del 24 de septiembre de 2019. Al término de la práctica probatoria el juzgado anunció el sentido de fallo condenatorio para un cargo y absolutorio para el otro. Enseguida se dio trámite a la individualización de la

pena, tal como lo prevé el artículo 447 del C.P.P., y el 24 de julio de 2020 se llevó a cabo la lectura de la sentencia. Contra esa decisión la defensa interpuso recurso de apelación que ahora resuelve la Sala.

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de considerar reunidos los requisitos consagrados en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el *a quo* profirió sentencia condenatoria en contra de SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ, como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo en cinco ocasiones y absolvió por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, con fundamento en lo siguiente:

Al inicio del juicio oral quedó probado con las estipulaciones que la edad de la niña afectada para la época de los hechos era de nueve (9) años, su plena identidad, al igual que la del acusado, la carencia de antecedentes de éste y el parentesco de hermanos existente entre la señora Nora Beatriz Torres Ortiz y SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ.

Que valorada la prueba practicada en el debate oral no existía resquicio de duda de que SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ, sometió a su sobrina SVCT, al menos en cinco ocasiones a tocamientos lujuriosos llevados a cabo con los dedos y lengua en las partes íntimas. De otro lado, le otorgó razón a la defensa en cuanto a la duda respecto de la acreditación de la materialización de la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, pues el examen sexológico al que fue sometido la víctima determina que ésta presentaba himen íntegro, no elástico; además porque si bien se señala una lesión a las cinco del reloj en región perianal, considera que se trata de una región externa al introito vaginal. De otra parte en punto de la versión de la niña en el sentido de haber sido penetrada su vagina con el dedo del agresor, refirió que pudo tratarse de una confusión debido a la corta edad de la deponente.

En atención a la duda probatoria respecto al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, hace relación a la sentencia proferida por la Sala de

Casación de la Corte Suprema de Justicia con radicado 41253 del 15 de octubre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, para indicar que conforme con la congruencia flexible, le es viable, no impartir condena por los delitos tal como fueron precisados en la imputación, pero si por uno que tratara sobre los mismos hechos, género y que la calificación jurídica se orientara a una conducta punible de menor o igual entidad.

Lo anterior, para indicar que encuentra cumplida las exigencias previstas en la sentencia aludida, toda vez que se está ante la presencia de una conducta del mismo género, es decir, de abuso sexual contra una menor de catorce años, no constitutiva de acceso carnal, pero sí de actos sexuales, por lo tanto, es un mismo *nomen juris*, porque están tipificadas en el título cuarto de la parte especial, y respeta el núcleo fáctico de la acusación.

Así, reiteró que la condena se emitiría por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo, encontrando acreditado que el acusado SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ es el tío materno de la menor e integrado al núcleo familiar. Hace una relación detallada de las declaraciones de cada uno de los testigos de cargo, para concluir que las versiones entregadas por la menor SVCT, ante las doctoras Carolina Muñoz Tobón, Adela María Gallego Moreno, su progenitora, la señora Nora Beatriz Torres Ortiz, y el hermano, Julián Corzo Torres, se corroboran entre sí, quedando demostrado sin dubitación alguna que SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ, es el autor material de al menos cinco agresiones sexuales, todas ellas constitutivas de la conducta punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años; hechos delictivos que ocurrieron desde el 2016 hasta el 24 de septiembre de 2018.

Al dosificar la sanción, partió de la pena prevista en el artículo 209 del C.P., es decir, de 108 a 156 meses de prisión, límites punitivos que se aumentan con la agravante consagrada en el artículo 211 numeral 2 y 5, por lo que los extremos varían de 144 a 234 meses de prisión. A partir de ello, obtuvo un ámbito de movilidad de 90 meses y uno concreto de punibilidad de 22.5 meses. Luego, se ubicó en el primer cuarto, al no haberse imputado circunstancias genéricas de

mayor punibilidad y aumentó en otro tanto, por el concurso de conductas punibles 36 meses, quedando la pena en 180 meses de prisión.

Así mismo, le impuso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria en atención a la expresa prohibición consagrada en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La defensa inconforme con la decisión de primera instancia solicitó que se revoque y, en su lugar, se profiera sentencia absolutoria, en caso de no acogerse ese planteamiento, requirió que se decrete la nulidad por la trasgresión al principio de congruencia aduciendo las siguientes razones:

En primer lugar, advierte que entre los testimonios escuchados en el desarrollo del juicio oral no existen unificación de los mismos, lo cual conlleva a una duda razonable, que debe resolverse a favor del acusado, destacando que existe disparidad en cuatro hechos fundamentales así; la ubicación de la cama, revisión de las partes íntimas de la menor SVCT, partes del cuerpo donde presuntamente se produjeron los tocamientos y la existencia de altercado previos entre Nora Beatriz Torres Ortiz y SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ.

Respecto a la ubicación de la cama, señaló que mientras Nora Beatriz Torres Ortiz declaró que la cama de la menor SVCT se ubicaba al lado izquierdo, a la derecha la cama de Jorge Mario y al lado de la cama de Jorge Mario se ubica el colchón de SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ, la menor SVCT afirma que primero era la cama de ella, luego el cambuche del procesado y después la cama de Jorge Mario.

Sobre la revisión de las partes íntimas de la menor SVCT Nora Beatriz Torres Ortiz declaró que revisó a la menor en la vereda Guaymaral, pero Aura Cecilia dice que en ese lugar nunca revisaron a la niña y que Nora Beatriz Torres

Ortiz no se quedó a solas con ella, pero después por insistencia de la Fiscalía advierte que ella la revisó en Fredonia.

En lo referente a las partes del cuerpo donde presuntamente se produjeron los tocamientos, recordó que la madre de la menor relató que fueron en la cola, la vagina y los senos, mientras que la menor dice que le tocó los senos y la vagina, lo cual no concuerda con lo manifestado por la médica Carolina Muñoz quien manifiesta que SVCT relató los tocamientos solamente en la vagina, que los senos no y Cesar Julián dice que nalgas, senos y vagina.

Por último, respecto a la existencia de altercados previos entre Nora y SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ indicó que éste le anunció darle puñaladas por haberse metido a defender a Cesar Julián cuando él lo estaba tratando mal, mientras que Cesar Julián dice que nunca tuvo problemas con su tío SERGIO ANDRÉS.

Con base en lo expuesto, argumentó que si bien de forma acertada el Juez absolvió por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años por duda, en igual sentido, debió hacerlo en relación con los actos sexuales abusivos con menor de 14 años, porque se presentó duda razonable, en atención a que la menor padece de afectaciones psicológicas producto de los abusos sexuales a los cuales fue sometida por su abuelo materno, razón por la que su mamá la llevo a la vereda Guaymaral el 22 de septiembre de 2018, y a escasos dos días, ya dice que el tío SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ abuso de ella.

Explicó la defensa, el abuso sexual del que había sido víctima la menor, psicológicamente crea una grave afectación, que se desarrolla a través de miedos, sobresaltos, pesadillas. Asevera que fue esa la razón por la cual SVCT, semidormida el subconsciente le trajo recuerdos no gratos y así la psicóloga refiera que son hechos vividos, es perceptible que no fue así, aunado a que la menor, en Juicio oral dijo que su tío la había tocado cinco veces, pero la psicóloga señaló que en la entrevista la menor le indicó que fue una sola vez, y que el tío le desabrocho el pantalón cuando dormía.

Si bien, avaló la absolución por el delito de acceso carnal abusivo, considera que el Juez incurrió en una imprecisión cuando sustenta la misma, en que la menor debido a su edad pudo confundir un acto con un acceso, dado que se trata de una menor de nueve (9) años, que en su criterio puede diferenciar que se trata lo uno y lo otro.

En segundo lugar, fundamenta su inconformidad con la sentencia, en atención a la vulneración al principio de congruencia, porque se profirió condena por hechos que no estaban en la acusación, tal como se lee del escrito los hechos se remontan a los presentados el 25 de septiembre de 2018, lo que desnaturaliza el derecho de defensa.

Refirió que la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha expresado la obligación de conservar el núcleo central del apartado fáctico desde la formulación de imputación, esto es, que dicha delimitación se torna invariable desde ese momento procesal hasta la sentencia, por tanto, cualquier desarmonía en los cargos de la imputación, acusación y sentencia resulta violatorio al debido proceso.

Por lo anterior solicitó la nulidad de la actuación con ocasión a la violación al debido proceso dado el quebrantamiento del principio de congruencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia: De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia de primera instancia, por haber sido esta proferida por un juez penal del circuito perteneciente a este distrito judicial.

Problemas jurídicos: De conformidad con lo reseñado, la Sala debe determinar: (i) Si es viable, tal como hizo el A quo, emitir condena por hechos respecto de los cuales no se formuló imputación y, acorde con el planteamiento de la defensa, establecer si es procedente endilgar responsabilidad por el delito

de acto sexual con menor de 14 años cuando se acusó por la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años sin que se afecte en los dos casos el principio de congruencia; en caso afirmativo, determinar si la nulidad debe decretarse por violación al debido proceso y derecho de contradicción; (ii) determinar si las pruebas practicadas y debatidas en juicio oral acreditan los requisitos de la condena consagrados en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para emitir una sentencia de esa naturaleza en contra del acusado SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ por el delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, o si por el contrario surge de ellas la duda, tal como lo dedujo la confutadora.

Pue bien, como la divergencia en el presente asunto gravita, sustancialmente, en torno a estudiar si fue acreditada en el grado de conocimiento más allá de toda duda la materialidad del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y la responsabilidad atribuida al acusado SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ; ello significa que, la labor en esta instancia se concreta en valorar la totalidad de las pruebas practicadas en el juicio oral, ejercicio que incluye un preciso análisis respecto de la valoración de los dichos de la víctima con anterioridad a la audiencia de juicio oral; en esta línea recuérdese que el objetivo de las pruebas practicadas en juicio oral es brindar al juez el conocimiento más allá de toda duda sobre la materialidad de la conducta punible y respecto de la participación del procesado en la comisión del delito, según se desprende del contenido de los artículos 372 y 381 del código de procedimiento penal.

Ahora, ante la existencia de vacíos en la investigación y, de contera, en la carga probatoria que le corresponde al ente acusador sobre la existencia del punible, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrían ocurrido, y/o las razones por las cuales se apunta a una persona determinada como autor de los mismos, emerge a favor del sindicado una duda de orden probatorio que obliga a la aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

Sobre el punto, debe recordarse que el artículo 29 de la Constitución Política señala que “*toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado*

judicialmente culpable”, norma desarrollada por el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, al señalar que “*la duda que se presente se resolverá a favor del procesado*”, complementado por el ya citado artículo 381 ejusdem, el cual prevé «*para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio*». Instituto jurídico definido por la jurisprudencia de la siguiente forma:

«Es que el axioma de in dubio pro-reo, como concreción de la garantía de presunción de inocencia, se traduce en un estadio cognoscitivo en el que en la aprehensión de la realidad objetiva concurren circunstancias que afirman y a la vez niegan la existencia del objeto de conocimiento de que se trate. En esa medida, en los supuestos de duda se plantea una relación probatoria de contradicciones en la que concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y descargo, de afirmaciones y negaciones, las cuales como fenómenos proyectan sus efectos de incertidumbre respecto de alguna o algunas de las categorías jurídico-sustanciales discutidas dentro del proceso penal»¹.

Regulación legal y jurisprudencial de la prueba de referencia. Sobre el particular ha de indicarse que el proceso penal es, en esencia, el escenario reglado en el cual un juez puede determinar si en un caso concreto se cometió una conducta punible, si ella es atribuible al procesado y, de ser ello así, cuál debe ser su consecuencia jurídica. Para tal fin, el juzgador debe valerse de las pruebas legalmente incorporadas a la actuación, cuyo propósito es, precisamente, llevar a su conocimiento los hechos y circunstancias materia de juzgamiento y los de la responsabilidad penal del acusado (art. 372 del C.P.P.).

Ahora, para proferir sentencia condenatoria, es necesario que, por intermedio de esas pruebas debidamente practicadas e integradas al proceso, el funcionario judicial haya logrado un conocimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de la materialidad de la conducta punible y de la responsabilidad penal del acusado (art. 381 idem).

En tal ejercicio epistemológico, además, por regla general, el juez solo puede tener en cuenta las pruebas practicadas en su presencia (art. 379 idem). Así, toda declaración realizada por fuera del juicio oral, por cuyo intermedio las partes pretendan probar un hecho jurídicamente relevante, se considera prueba de referencia (art. 437 idem) y, cuando es admisible, tiene asignado un menor

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 29 de junio de 2009. Rad. 26909.

valor suasorio, traducido en que, por sí misma, no es suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria (inc. 2 art. 381 idem).

La poca confiabilidad de la prueba de referencia se deriva de la afectación que produce en el derecho de confrontación, teniendo en cuenta que la parte contra la que se aduce no tiene la posibilidad de formularle al declarante preguntas tendientes a cuestionar su credibilidad y refutar sus afirmaciones. Es por ello por lo que la prueba de referencia es admisible solo de forma excepcional, en los casos contemplados expresamente en la regla procesal 438, según la cual:

«Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;*
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;*
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;*
- d) Ha fallecido.*
- e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código».*

Las declaraciones realizadas por niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales fuera de audiencia y su incorporación en juicio como prueba de referencia. De acuerdo con el último literal de la referida norma, las entrevistas rendidas por los menores que han sido víctimas de delitos sexuales son excepcionalmente admisibles como prueba de referencia. Ello, por supuesto, no significa que el juez pueda permitir su incorporación y valorarlas como cualquier otro elemento de convicción, pues tal clase de prueba obliga al necesario balance que debe procurarse entre los derechos de los niños víctimas de tales conductas y las garantías procesales del acusado.

De manera que, por regla general, si el agraviado acude a juicio no es posible aducir sus declaraciones anteriores como prueba de referencia y ello solo será procedente si, a pesar de presentarse al debate probatorio y atestar, en

realidad, su disponibilidad resultó relativa en la medida que no se encontraba en plenas condiciones para rendir el testimonio. Así, por ejemplo:

*«es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones».*²

Pero, además, la incorporación y valoración de una declaración anterior como prueba de referencia supone que la parte interesada haya solicitado su aducción en el escenario procesal correspondiente, esto es, la audiencia preparatoria si desde allí conocía las razones que permitían su admisión excepcional o el juicio oral si los motivos sobrevienen durante el debate probatorio.

En consecuencia, en los casos de delitos sexuales cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes corresponde al fiscal valorar la situación de la víctima y decidir cómo llevará al juez el conocimiento los hechos que considera constitutivos de una conducta punible, con miras a probar su teoría del caso sin dar al traste con los derechos del acusado. Para ello, deberá descubrir las entrevistas y declaraciones rendidas por el afectado y, si desde la audiencia preparatoria anticipa que su testigo solo estará disponible de manera relativa, por presentarse cualquiera de las situaciones ya referidas, solicitar en ese momento su admisión excepcional como pruebas de referencia. De otra parte, si es que es en el juicio en donde la víctima da señales de no encontrarse plenamente disponible para declarar, será allí en donde deba solicitar la admisión de la prueba referencial, cumpliendo las respectivas cargas argumentativas, de manera que la defensa pueda ejercer la contradicción sobre las exigencias para tal decreto y el juez cuente con los elementos necesarios para decidir el asunto, emitiendo un pronunciamiento expreso sobre la solicitud probatoria.³

² CSJ SP, 11 jul. 2018, rad. 50.637.

³ CSJ SP, 20 may. 2020, rad. 52.045.

Al respecto, desde hace varios años la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que:

*«para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia (...) (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente».*⁴

Ahora, los relatos hechos que los menores suministran a los peritos en las valoraciones médicas o psicológicas no son hechos que el experto perciba directamente, razón por la cual, en caso de que la persona no pueda concurrir al juicio oral, estas versiones se han ingresado al juicio como prueba de referencia, (artículo 437 de la Ley 906 de 2004). Así, en la SP del 26 de septiembre de 2018, Radicado 47789, donde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia extractó lo indicado, entre otras, en la SP del 11 de julio de 2018, Radicado 50637, precisó:

"... Pero si la base fáctica estaba conformada en todo o en parte por declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que informaban sobre la ocurrencia de los hechos investigados, como acontecía con la anamnesis en las pericias sexuales, psicológicas o psiquiátricas, y la parte pretendía utilizar su contenido para probar los hechos jurídicamente relevantes, no bastaba el testimonio del perito, sino que era necesario agotar los trámites legalmente previstos para la incorporación de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, si lo buscado era utilizarlas a título de prueba de referencia..."

Entonces resulta claro que los relatos sobre los hechos investigados entregados por los menores de edad en las valoraciones de índole sexual, psicológico o psiquiátrico son versiones rendidas por fuera del juicio oral, y si una de las partes pretende utilizar estos relatos para probar la ocurrencia del

⁴ CSJ AP, 30 sep. 2015, rad. 46.153, reiterado en CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 44.950 y CSJ SP, 11 jul. 2018, rad. 50.637.

hecho investigado, debe descubrir la prueba e incorporarla, además, ha de ser valorada bajo las reglas establecidas para la prueba de referencia. De ello se sigue que, si el menor concurre al juicio, como en este caso, las declaraciones anteriores, como las entrevistas y las entregadas a los peritos, se pueden emplear, en los términos del numeral 4 del artículo 403 de la Ley 906 de 2004, para impugnar la credibilidad del testigo o refrescar memoria, y no como prueba de referencia.

La valoración del testimonio de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales. Sumado a lo anterior, dígase que, frente al ejercicio valorativo de las declaraciones que en juicio rinden las menores víctimas de crímenes de tipo sexual, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que:

«Para iniciar, oportuno es destacar que, actualmente, la sociedad y el Estado propenden por la reivindicación de los derechos de la víctimas, en particular de niños, niñas y adolescentes, que han sido objeto de abusos o ataques de índole sexual, exigiendo el análisis en contexto de los episodios en que se han dado, en los que, por lo general, las condiciones se tornan desfavorables a sus intereses, al tratarse de situaciones en donde la vulnerabilidad e ignorancia son factores aprovechados por el infractor para invadir su libertad sexual»⁵.

De la pena prevista para los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y acto sexual con menor de 14 años. El artículo 208 del Código Penal sanciona el punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años de catorce (14) años, con pena de prisión de doce (12) a veinte (20) años, mientras que el artículo 209 de la misma obra señala para la conducta punible de actos sexual con menor de 14 años pena de prisión de nueve (9) a trece (13) años.

Pero como la imputación incluyó una agravante prevista en el numeral 5 del artículo 211 ibidem esos extremos se incrementan de una tercera parte a la mitad; así, para el primer delito los extremos quedan entre 16 y 30 años de prisión y para el segundo entre 12 a 19,5 años de prisión.

⁵ «Se entiende que la libertad sexual es (...) la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y auto determinar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos. En otras palabras la libertad sexual es la facultad que tiene la persona para auto determinarse y autorregular su vida sexual (...)» CSJ SP, 7 Sept. 2005, Rad. 10672.

El principio de congruencia. La congruencia se entiende, conforme al artículo 448 de la Ley 906 de 2004, como una garantía para el acusado que únicamente puede ser declarado penalmente responsable por los hechos atribuidos en la acusación y por los delitos por los cuales se ha solicitado condena. Se trata de la reciprocidad que debe existir entre la conducta por la cual una persona es acusada y la solicitud de condena con la decisión definitiva sobre su responsabilidad. Ahora, en cuanto a lo personal y fáctico la acusación legalmente formulada se torna absoluta e intangible, es decir, no puede variarse, modificarse o alterarse. Con la congruencia jurídica no ocurre lo mismo, en tanto es relativa, debido a que el juez se encuentra facultado para condenar por un delito diferente o de manera atenuada, a condición de que no se afecte el núcleo fáctico de la imputación y se no empeore la situación del procesado. Sobre el tema la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia expresó⁶:

«Esta Corporación¹³ ha precisado que el desconocimiento del principio de congruencia se presenta cuando: (i) se condena con afectación del núcleo fáctico, esto es, por hechos distintos o delitos diferentes a los atribuidos en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, (ii) se condena por un ilícito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica o jurídicamente en la acusación; (iii) se condena por el reato atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada o acusada; (iv) se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación. También la Sala ha señalado que la incongruencia puede presentarse de forma (i) positiva o por exceso y (ii) negativa, omisiva o por defecto. 14 La primera ocurre cuando el fallador decide más allá de lo establecido en la acusación, esto es, desborda el marco fáctico o jurídico del contenido de aquella. La segunda, por su parte, tiene lugar cuando el juez en la sentencia omite pronunciarse total o parcialmente de los cargos formulados en la acusación.»

Frente a la posibilidad de condena por un delito diferente al anunciado en la imputación, en la acusación o en la petición de condena señala la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia Penal SP 2390 del 22 de febrero de 2017, rad. 43041, luego de reseñar su postura anterior, para variar la condición de que el nuevo delito por el que se condenaba correspondiera al del mismo género delictivo expresó: *«De lo anterior se sigue que, hoy en día, es procedente variar la calificación jurídica de la conducta imputada por la Fiscalía, así no corresponda al mismo título, capítulo o bien jurídico tutelado, siempre que se mantenga*

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal SP401-2021, radicado 55833 de 17 de febrero de 2021.

el núcleo fáctico de la imputación, se trate de un delito de menor entidad, y se respeten los derechos de las partes».

Para el caso, como ya se indicó, los tipos penales previstos en los artículos 208 y 209 prevén una pena de prisión que oscila entre los doce (12) y treinta (30) años para el caso del acceso carnal abusivo con menor de 14 años y de doce (12) a dieciséis (16) en los casos de acto sexual.

Significa lo anterior que, quien es acusado por acceso carnal abusivo con menor de 14 años puede ser condenado por acto sexual con menor de 14 años, en tanto se reúne esa condición para que se pueda condenar por un delito distinto por el que se le acusó, ya que se trata de un delito menor, pues para el acto sexual con menor de 14 años el Código Penal prevé una pena de prisión menor que la prevista para el acceso carnal abusivo con menor de 14 años; de esta manera no se causa ningún perjuicio o irrespeto a los derechos o garantías del acusado.

Resolución del caso. Previo a ingresar en el análisis probatorio propuesto, se destaca que, siendo la defensa de SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ único apelante, conforme a lo señalado de forma reiterada por la Corte Constitucional, nos rige el principio de la *non reformatio in pejus*, según el cual, indica:

“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’. Es decir, que para que el juez de segundo grado pueda pronunciarse, no sólo debe mediar un recurso válido, sino que él debe ser presentado por parte legítima, esto es, aquélla que padezca un perjuicio o invoque un agravio y persevere en el recurso. En otros términos, la apelación siempre se entiende interpuesta en lo desfavorable, tanto que una alzada propuesta contra una decisión que de ninguna manera agravia, tendría que ser declarada desierta por falta de interés para recurrir, pues tal falta afecta la legitimación en la causa. Por tanto, tratándose de apelante único, esto es, de un único interés (o de múltiples intereses no confrontados), no se puede empeorar la situación del apelante, pues al hacerlo se afectaría la parte favorable de la decisión impugnada, que no fue transferida para el conocimiento del superior funcional.” Por último, valga mencionar que el principio opera sólo en favor del imputado, y no de los demás sujetos procesales; por eso, aunque el condenado no recurra y la sentencia sólo sea apelada por la parte acusatoria, el Ministerio Público o la parte civil, el juez de segundo grado debe dictar sentencia absolutoria si encuentra que el hecho no constituye delito o no existe certeza

sobre la existencia del mismo o sobre la responsabilidad del procesado"⁷.(Negrillas por fuera del texto)

Así, el estudio de caso por parte del Tribunal está delimitado por lo que fue objeto de apelación por parte de quien representa los intereses de SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ, razón por la cual, acerca de la absolución decretada por el Juez de primera instancia por el delito de acceso carnal abusivo con menor catorce años ningún pronunciamiento se hará.

Precisado lo anterior y descendiendo al objeto de análisis, dígase sobre la regulación legal y jurisprudencial del principio de congruencia, tal como quedó visto, existen pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal mediante los cuales ha delimitado la aplicación del mismo, y las consecuencias que conlleva su vulneración en la emisión de las sentencias.

Conforme con lo expuesto es necesario verificar si en el desarrollo de la audiencia de imputación se comunicaron al procesado SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ la totalidad de los hechos por los cuales el A quo emitió en su contra sentencia de condena por el delito de acto sexual con menor de 14 años o sí, por el contrario, se presenta una disparidad sobre ese particular en las dos etapas procesales con compromiso del principio de congruencia.

Según el registro de la audiencia de imputación llevada a cabo el 19 de febrero de 2019, ante el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Amagá, Antioquia, la Fiscalía General de la Nación⁸ hizo una relación detallada de los hechos jurídicamente relevantes, en los mismos términos que obran en el escrito de acusación presentado el nueve (9) de mayo de 2019 mismos que fueron expresados de manera similar por el delegado fiscal en la audiencia de acusación llevada a cabo por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amagá, Antioquia; es decir, en esa vista pública no hubo variación, modificación o adición en el acontecer fáctico⁹.

⁷ Sent. SU-327/95 M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁸ Minuto 16:17 de la grabación audiencia preliminar de formulación de imputación.

⁹ Minuto 9:00 de la grabación del 9 de mayo de 2019.

Los hechos jurídicamente relevantes a los cuales se hizo relación en la audiencia de imputación y acusación ya referenciada son los siguientes:

“...a finales del 25 de septiembre de 2018, señala la menor SVCT de 09 años de edad, en entrevista ante la psicóloga de la comisaria de familia de Amagá, que mientras ella vivía en la casa de su abuela, el 24 de septiembre de 2018 ella dormía siendo las 4-5 am, su tío SERGIO ANDRES TORRES ORTIZ quien dormía en otra cama al lado de la cama donde ella dormía, se pasó para la cama de la menor, y empezó a tocar sus genitales, éste al sentir, que alguien venía, se pasó nuevamente para su cama, manifiesta la menor “yo no me levanté, yo no me moví porque lo estaría espantando”, cuando nuevamente no sintió a nadie cerca el SEÑOR SERGIO ANDRES TORRES ORTIZ se pasó nuevamente para la cama de la menor y metió esta vez sus manos debajo de la cobija y la toca encima de la ropa interior, este nuevamente al sentir, que alguien se acercaba al lugar se fue, en ese momento indica la menor, que volvieron y se fueron por tercera vez nuevamente acudió a la cama de la menor, pero esta vez metió la mano debajo de la ropa interior de la menor y empezó a tocarla, luego de esto le bajo, su ropa, le quitó la cobija, y empezó a lamerle la vagina, y se la lamió, durante dos o tres minutos, luego, le metió el dedo por la vagina, ene se momento la menor indica, “que ella empezó a moverse, y que este se espantó y se fue” manifiesta la menor que frente a este situación ella “sintió mucho dolor, manifestando además que ella brego para poder orinar, que le toco cruzar las piernas para poder orinar” esa mañana después de lo ocurrido, su abuela le indago, el por qué se le levantaba tan temprano, pero esta no le manifestó nada solo le expresó, la molestia para orinar y volvió y se acostó, después cuando se levantó y logro orinar, su abuela le pregunto, si el tío la estaba tocando y esta no le manifestó nada, señalando en la entrevista “porque ella obviamente siempre defiende sus hijos” ya en la noche decide contarle a su madre lo sucedido, respecto de su tío SERGIO ANDRES TORRES...”

Para esta Sala del registro de audio de las audiencias de imputación y acusación refulge claro que la imputación fáctica solo comprende un hecho delictivo de acto sexual con menor de 14 años, esto es, el acontecido en la madrugada del 24 de septiembre de 2018. Y a pesar de que la menor SVCT en la declaración ofrecida en juicio oral mencionó otros actos impúdicos en contra de formación e integridad sexual sucedidos en el año 2016, estos no integraban el pliego de cargos, en tanto no le habían sido comunicados al procesado en la audiencia preliminar de imputación.

No obstante y a pesar de que el A quo en la sentencia en el acápite de los hechos transcribió de manera literal la imputación fáctica relacionada en el escrito de acusación en las consideraciones de la sentencia indicó:

“Examinadas las mentadas probanzas y concretamente frente a la existencia misma de los hechos punibles, no queda duda que estamos en presencia de manifestaciones de voluntad del señor SERGIO ANDRES TORRES ORTIZ que trascendieron en forma de acción al mundo fenomenológico, como fue someter a su sobrina SVCT al

menor por cinco ocasiones a tocamientos libidinosos de sus partes pudendas con dedos y lengua”.

Entonces, al momento de emitir la sentencia el juzgado vulneró el principio de legalidad y de congruencia dado que desbordó el marco fáctico de la imputación y acusación, situación que fue propiciada por la Fiscalía, porque en los alegatos de conclusión solicitó condena por los hechos relatados por la menor víctima acaecidos en el año 2016, sobre los cuales no hizo referencia en la oportunidad procesal adecuada.

Recuérdese, la correcta imputación fáctico, jurídica y personal se encuentra vinculada al principio de congruencia y, por esta vía, a los derechos de defensa y debido proceso. Explica la Corte Suprema de Justicia que únicamente cuando el imputado conoce con exactitud los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica podrá llevar a cabo, en plenitud, el ejercicio del derecho de contradicción. Con todo, la imputación fáctica, de cara al artículo 448 de la Ley 906 del 2004 cobra una relevancia particular, en tanto mientras la determinación jurídica posee una connotación flexible, en la medida que resulta factible su modificación en el juicio, lo propio no ocurre con la imputación fáctica. La descripción de los hechos atribuidos y de las circunstancias de comisión relevantes, ha reiterado la doctrina de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, debe ser completa y no puede ser objeto de alteración sustancial a lo largo del proceso, pues es especialmente ese ámbito de la imputación el punto de partida para una apropiada labor defensiva; así, el núcleo de la imputación fáctica debe mantenerse.

A pesar del yerro de la primera instancia, una decisión anulatoria se aprecia no solo inviable jurídicamente, sino innecesaria en términos prácticos, en tanto lo que procede simple y llanamente es eliminar de la sentencia todos aquellos hechos que no fueron materia de imputación y acusación, disponiendo la judicatura que lo fáctico sea única y exclusivamente lo referido al momento de la inicial imputación. En otras palabras, para subsanar el yerro no haría falta retrotraer lo actuado a una etapa primigenia, como es lo es la audiencia de imputación por cuenta de la falta de comunicación de la fiscalía al procesado y a su defensor de los tocamientos en las partes íntimas de la menor ocurridos en

el año 2016, pues lo cierto es que sí le fueron imputados al acusado los abusos sexuales de los que fue víctima la misma menor el 24 de septiembre de 2018.

Así, la condena se reducirá a este único cargo y por ese motivo se descontará de la pena impuesta el incremento punitivo por el concurso homogéneo. Respetando los criterios del A quo con miras a determinar la pena, se debe imponer el mínimo de prisión, es decir, ciento cuarenta y cuatro (144) meses, sin el incremento por los cuatro concursos; como consecuencia de ello, además, debe ser reducida la pena accesoria de inhabilitación de derecho y funciones públicas por el término de la pena principal de prisión.

Para el recurrente, conforme a las pruebas debatidas en juicio oral, no debió emitirse condena en contra de su prohijado en calidad de autor del delito de acto sexual con menor de 14 años, en tanto fue imputado y acusado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, además, por cuanto de las pruebas practicadas en juicio oral no acreditan en el grado de conocimiento más allá de duda razonable la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ.

Con miras a establecer si ello fue así, lo primero es indicar que, en el *sub examine*, durante la audiencia preparatoria la Fiscalía no solicitó que las declaraciones rendidas por SVCT ante la psicóloga entrevistadora Adela María Gallego Moreno y a la médico forense Carolina Muñoz Tobón fueran admitidas como prueba de referencia, tampoco justificó su admisibilidad excepcional bajo alguna de las causales contenidas en el referido artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

Así mismo, al estudiar lo ocurrido en el juicio oral se tiene que la menor SVCT estuvo plenamente disponible y rindió su declaración satisfactoriamente, sin que la Fiscalía adujera su disponibilidad relativa por alguno de los motivos previamente explicados, que le hubiera impedido atestar a pesar de su presencia física en el juicio. De ello concluye la Sala que el juzgador de primer nivel se equivocó al valorar las mentadas declaraciones que sobre los hechos realizó la menor de edad SVCT por fuera de audiencia, pues, al no haber adquirido la

calidad de pruebas válidamente aportadas al contradictorio, no podían ser tenidas en cuenta para decidir el asunto puesto en consideración de la judicatura.

Dicho lo anterior, la Sala analizará si las pruebas debidamente incorporadas a la actuación permiten llegar al conocimiento necesario para proferir una sentencia condenatoria por el delito de acto sexual con menor de 14 años, pues como ya se indicó se trata de un delito menor con referencia al acceso carnal abusivo con menor de 4 años, pues para el primero el Código Penal prevé una pena de prisión inferior que la prevista para el segundo; de esta manera, no se causa ningún perjuicio o irrespeto a los derechos o garantías del acusado, como lo plantea la recurrente.

Ahora, como quiera que la defensa tampoco realizó un ejercicio de impugnación de credibilidad al dicho de la menor utilizando las declaraciones previas de SVCT, queda relevada la Corporación de examinar los reparos que presentaron sobre lo dicho por la infanta fuera del juicio oral.

Sobre lo ocurrido esa madrugada, la menor SVCT en respuesta a la pregunta en qué fecha ocurrieron los hechos la última vez ella indicó:

“la última vez está entre el 24 y 25 de septiembre del año pasado.”

A la pregunta ¿Qué partes íntimas le tocaba? señaló:

“Además de tocarme con la mano, me tocaba la nalga y me lamia la vagina”

A la pregunta ¿Cuándo el tío la tocaba que otras cosas hacía? Respondió:

“Para lamerla le bajaba los pantalones para lamerle la vagina”.

Más adelante la deponente precisó:

“la última vez pasó cuando mi mamá me mando para Guaymaral, porque no tenían como pagar el arriendo entonces pensaba irse para donde vivía la abuela”... “la última vez eran como las 4-5 am, estaba dormida, empezó a

sentir que alguien la tocaba y cuando se despertó vio que su tío la estaba manoseando”.

Cuando le preguntan a la menor a quien le reveló lo que pasó en el año 2018, ella manifestó.

“le comenté a mi mamá, ella se puso muy alterada, porque confiaba en ellos, entonces le dijo que le pasara el celular a mamita, ahí se armó una pelea y ahí se sintió mal, porque no sabía qué hacer en ese momento”

La anterior versión fue corroborada por la mamá de la víctima, Nora Beatriz Torres Ortiz, quien coincide en la descripción de los hechos anteriores, posteriores y concomitantes, tales como, las razones por las cuales la menor estaba al cuidado de su abuela materna en la Vereda Guaymaral y sobre cómo conoció de los hechos detalló:

“el 25 de septiembre de 2018, llamé a la niña a ver como estaba, y le dijo que el tío Andrés que se le dicen negro la tocó y le dice sin pelos en la lengua que le toco la vagina, los senos, la cola, le pasó la lengua por la vagina y le metió los dedos y le preguntó que si le contó a la abuela y le dijo que ella no le contó porque no le creía, y así se enteró de la situación de abuso”.

Acerca de las manifestaciones realizadas por la menor, en relación con el abuso, esta manifestó:

“La niña me contó, por lo general la mamá se levanta a organizar la alimentación de los hermanos, que tipo 4 am, la mamá, el esposo Manuel, el hermano Jorge Mario y Elkin David estaban en la concina, ella se quedó sola en la sala con el tío Andrés, aprovechó ahí para tocarla, cuando su hermano Andrés sintió que Jorge Mario iba a entrar a la sala, se quitaba y se pasaba para el cambuche y que cuando Jorge Mario se volvía a ir, él se volvió a pasar y eso paso dos, tres veces y que le metió los dedos a la vagina que lo hizo tan duro que se paró al baño a orinar..”

Como testigos de corroboración periférica se presentaron al juicio oral, Carolina Muñoz Tobón, Médica forense quien realizó una valoración sexológica a la menor y la psicóloga Adela María Gallego Moreno. La Médica forense como hallazgos encontró en el examen físico a la niña: *“un desgarró perianal a las cinco del reloj, y sangrado escaso, la zona perianal estaba afectada, no el introito vaginal, había un desgarró desde la parte inferior hacia la zona perianal, el himen estaba sano, no hubo ruptura de la vagina”* indicando que esos desgarró perianales permiten suponer

que ocurrió a ese nivel manipulación, además, asegura, esa huella coincide con la introducción de un dedo o un elemento de ese tamaño, e insiste, para exista ese desgarró debió haberse dado una manipulación. Y como conclusiones señaló, *“que lo que la menor estaba relatando coincidía con los hallazgos físicos”*.

Por su parte la psicóloga, sobre las condiciones de la menor al momento de rendir la entrevista describió que estaba ubicada en tiempo y espacio, no presentó señales de dar un relato fantasioso, por el contrario, lo advierte como una historia contada de algo vivido, que se mostró muy tranquila, expresando sus sentimientos, además, teniendo en cuenta que tenía nueve (9) años, su proceso de memoria estaba bien avanzado, es posible tener sucesos muy presentes, por lo que observó un relato de una experiencia vivida y concluyó:

“omitió información por miedo a que no creyera, pero se llenó de valor porque no quería seguir siendo víctima del abuso de su tío y abuelo, en la valoración se identifica que es una niña que manifiesta lo que está pasando, es una niña de mucho actuar, el sentimiento ella lo expresa. Su relato presenta un adecuado desarrollo físico y mental para la edad que tiene, se evidencia afectación a nivel emocional por los sucesos, con quien para ella es parte importante de la familia, para ella es difícil aceptar que, parte de su familia que el abuelo y el tío le estuvieran causando un daño”.

Ahora bien las contradicciones aludidas por la defensa, con las cuales sustenta la duda razonable no merman la credibilidad del testimonio de la menor, pues en lo que tiene que ver con la ubicación de las camas, lo relatado por la defensa se observa parcializado, la señora Nora Beatriz Torres Ortiz fue muy clara en su descripción al relatar que las camas estaban ubicadas en L en la sala, y allí pernoctaba la menor, que en la mitad de estas dos se hallaba el cambuche donde dormía SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ, por lo tanto, lo referido por la menor SVCT, coincide con lo declarado por su mamá, porque si las camas estaban en esa posición, el cambuche de SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ razonablemente podía quedar a lado de la cama de la menor.

En todo caso, la niña, como testigo único, ofreció un relato de los hechos rico en detalles, pues indicó sin dubitación alguna lo que sucedió, cuando, en que sitio, como sucedieron y quien los llevó a cabo; destacándose que, ese dicho además de no haber sido impugnado en su credibilidad por la defensa en la

forma señalada en el artículo 403 de la Ley 906 de 2004, cuenta con respaldo emocional, pues según declaración de la progenitora de la víctima, Nora Beatriz Torres:

“Esta situación afectó a su niña, los primeros días de la que le paso, no dormía, no comía, decía que no le daba hambre, como vive en camilo c, se le salía para el primer piso, a llorar, vivía muy intranquila porque en el colegio dónde ella estudiaba ... ella se lo encontraba y se paralizaba del miedo que le tenía, la niña estaba muy afectada psicológicamente.”

Ahora, sobre la revisión de las partes íntimas de la menor por parte de los familiares y las contradicciones aludidas por la defensa para la Sala son irrelevantes de cara a lo que se pretende demostrar en juicio oral, de otro lado, es importante destacar que se contó con el informe rendido por la especialista en medicina general, y capacitada para las valoraciones sexológicas en este tipo de casos.

En punto del altercado previo entre Nora Beatriz Torres Ortiz y SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ, se tiene que no guarda relación con los hechos investigados ni ostentan la capacidad para minar la credibilidad del testimonio de la niña como único testigo de esos graves acontecimientos. Además, la defensa refiere una contradicción, pero tampoco la desarrolla con el fin de explicar por qué conduce a la duda probatoria; lo cierto es que la señora Nora Beatriz Torres Ortiz en su relato señaló un altercado que había tenido con su hermano al que no se le dio mayor importancia, por último y aceptando en gracia de discusión que sí existió esa enemistad entre la madre de la víctima y el acusado no se demostró la alienación parental de la niña con fines vindicativos.

Por último, sobre las partes del cuerpo donde presuntamente se produjeron los tocamientos, en sentir de esta Sala, no les resta credibilidad a los dichos de la menor, de hecho coinciden tanto la víctima directa como los demás testigos de corroboración que los tocamientos se dieron en su vagina. Se insiste en la descripción de párrafos precedentes se advierte como la menor fue coherente, congruente con la narración que de los hechos hizo a su mamá y a las especialistas que le brindaron la atención primaria. Sin que se advierta, la

existencia de una lección aprendida, por el contrario, tal como lo describió la psicóloga se trata de un hecho vivido.

De otro lado, lo relacionado por la apoderada de SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ, en cuanto a que el abuso sexual del cual había sido víctima la menor, por parte de su abuelo paterno, es un hecho que ocasiona una grave afectación psicológica, las cuales se desarrollan con miedos, sobresaltos y pesadillas, y que, por lo tanto, la menor SVCT dormida el subconsciente le trae recuerdos no gratos. Afirmación sin ningún sustento probatorio, la defensa no es una especialista en el área de la psicología como para afirmar sin equívocos que eso fue lo que se presentó, de echo en uso de su conainterrogatorio, no fue un punto que tocara con la psicóloga y a pesar de que la había solicitado como testigo directo, desistió del mismo.

Los relatos de la menor, permiten evidenciar que ella distingue los diferentes abusos sexuales a los cuales fue sometida, se expresa con naturalidad acerca de los mismo, sin que se advierta, alguna confusión en los hechos o en sus agresores, de hecho, obsérvese que en la narración que hace de los mismos, separa los que ocurrió en el año 2016 y lo que aconteció en el año 2018 y sus agresores.

Tales razones, son suficientes para otorgar mérito suasorio al dicho de la víctima, cuando el testimonio de la agraviada supera las reglas de la sana crítica, como en el caso concreto, se torna especialmente relevante, pues es quien ha sufrido en cuerpo propio los actos lujuriosos, sin que pueda exigirse la incorporación de pruebas adicionales, especialmente en el campo de los delitos sexuales que, como lo indica la experiencia, se cometen bajo el cobijo de la clandestinidad y procurando dejar el mínimo posible de huellas.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR PARCIALMENTE la providencia apelada, en tanto, se condena a SERGIO ANDRÉS TORRES ORTIZ, en calidad de autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado y se absuelve por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, la pena de prisión impuesta por el A quo se modifica a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión; por esta razón también se modificará la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

TERCERO: ADVERTIR que contra lo resuelto procede el recurso de casación, en los términos previstos en la Ley 906 de 2004.

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ
Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

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

Código de verificación: **1ff53f5a6d9e2caca9e02f99ff90ca8c1531cb120ab1872486331c4cca1b7b6c**

Documento generado en 26/05/2023 01:32:23 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: María Stella Jara Gutiérrez

Radicado	05 284 60 00335 2012 00095 01 (2021-1418-3)
Delito	Homicidio Agravado
Acusado	Bladimir Ávalo Durango
Asunto	Sentencia condenatoria
Decisión	Confirma
Acta y fecha	No. 097, abril 14 de 2023

Medellín (Ant.), catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023)

(Aprobado mediante Acta No. 097 de la fecha)

OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021, mediante la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia condenó al ciudadano **Bladimir Ávalo Durango** del cargo de homicidio agravado en calidad de cómplice.

HECHOS

Fueron narrados en la sentencia impugnada así:

“Estos tuvieron ocurrencia el 05 de octubre de 2012, sobre el medio día aproximadamente, donde fallecieron a causa de un shock traumático

hipovolémico por lesiones en tórax, provocados con arma de fuego, el señor Mauricio Hernando Úsuga Tangarife y su hijo menor de edad JMUU, quienes fueron abordados instantes previo en un vehículo tipo camión, por dos sujetos motorizados quienes les propinaron varios impactos con arma de fuego, todo lo cual ocurrió en el sitio conocido como la herradura, alto del Chiriguaco, zona rural del municipio de Frontino.

Ante el homicidio, la Fiscalía desplegó toda la investigación y recopiló los elementos materiales probatorios suficientes para afirmar con probabilidad de verdad, que el señor BLADIMIR ABALO DURANGO, fue cómplice de los homicidios, que conforme a la formulación de acusación le endilgó haber sido la persona encargada de contactar a la víctima bajo la excusa de transportar un ganado y enviarlos a un lugar despoblado, donde otras dos personas los esperaban para segarles la vida”.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 16 de junio de 2013 se formuló imputación¹ al señor **Bladimir Ávalo Durango** en calidad de coautor de las conductas punibles de homicidio agravado según el numeral 7 del artículo 104 del Código Penal², porque colocó a la víctima en una situación de indefensión, en concurso heterogéneo con homicidio culposo (Art. 109 del C. Penal), este último por la muerte del menor JMUU.

La fase de conocimiento correspondió adelantarla al Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia. La acusación se formuló oralmente el 1 de abril de 2014³. Se acusó como cómplice del homicidio agravado del señor Mauricio Hernando Úsuga Tangarife (numeral 7 del artículo 104 del C. Penal), en concurso homogéneo con un hecho adicional⁴.

¹ Archivo de video 009 del expediente digital.

² En adelante C. Penal.

³ Archivo de audio 016 del expediente digital.

⁴ Homicidio del menor JMUU.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 30 de octubre de 2014⁵. La fase de juicio oral tuvo las programaciones que a continuación se relacionan: 5 de marzo de 2015⁶, 9 de julio de 2015⁷, 1 de octubre de 2015⁸, adelantada por la judicatura para el 30 de septiembre de 2015⁹, fecha en la que en efecto se instaló el juicio oral; 5 de noviembre de 2015¹⁰, 24 de febrero¹¹, 18 de abril¹² y 10 de agosto de 2016¹³, en las que se realizó practica probatoria; 24 de octubre de 2016¹⁴, 8 de marzo de 2017¹⁵, 5 de junio de 2017¹⁶, 9 de octubre de 2017, en esta última calenda se realizó efectivamente la diligencia¹⁷; 13 de marzo de 2018¹⁸, la del 23 de mayo de 2018 se realizó¹⁹; 22 de noviembre de 2018²⁰, el 6 de mayo de 2019 se llevó a cabo la sesión de audiencia²¹; 22 de octubre de 2019²², 18 de marzo de 2020²³, 20 de abril²⁴, 6 de mayo²⁵, 27 de mayo de 2021²⁶, las cuales fracasaron, siendo hasta el 16 de junio de 2021 cuando las partes alegaron de conclusión²⁷, el 1 de julio de 2021²⁸ el *a quo* emitió sentido de fallo condenatorio; el 19 de julio de 2021²⁹ se frustró la audiencia y finalmente los días 19 y 20 de agosto de 2021³⁰ comparecieron las partes a la lectura de la sentencia que puso fin a la primera instancia.

FALLO IMPUGNADO³¹

La primera instancia emitió sentencia condenatoria en contra del acusado, en la cual dio por probada la muerte violenta de Mauricio Úsuga Tangarife y del menor de edad JMUU, que la misma fue causada por los impactos con arma de fuego que ocasionaron al primero un shock hipovolémico secundario a hemitórax masivo por

⁵ PDF 021 del expediente digital

⁶ PDF 025 del expediente digital, aplazamiento Fiscalía.

⁷ PDF 027 del expediente digital, aplazamiento defensa.

⁸ PDF 028 del expediente digital.

⁹ PDF 030 del expediente digital.

¹⁰ PDF 034 del expediente digital, aplazamiento procesado.

¹¹ PDF 037 del expediente digital.

¹² PDF 039 del expediente digital.

¹³ PDF 042 del expediente digital.

¹⁴ PDF 045 del expediente digital, aplazamiento defensa.

¹⁵ PDF 046 del expediente digital, aplaza Despacho.

¹⁶ PDF 048 del expediente digital, aplazamiento defensa.

¹⁷ PDF 050 del expediente digital.

¹⁸ PDF 052 del expediente digital, aplazamiento Despacho.

¹⁹ PDF 055 del expediente digital.

²⁰ PDF 059 del expediente digital, aplazamiento víctima.

²¹ PDF 061 del expediente digital.

²² PDF 064 del expediente digital, Fiscal no asiste a la diligencia.

²³ PDF 066 del expediente digital, suspensión términos pandemia COVID-19.

²⁴ PDF 070 del expediente digital, aplazamiento por designación de nueva apoderada de víctima.

²⁵ PDF 076 del expediente digital, aplazamiento por defensa.

²⁶ PDF 078 del expediente digital, aplazamiento por defensa.

²⁷ PDF 083 del expediente digital.

²⁸ PDF 086 del expediente digital.

²⁹ PDF 089 del expediente digital, aplazamiento Despacho.

³⁰ PDF 098 y 102 del expediente digital.

³¹ Último archivo del expediente digital de primera instancia.

herida de pulmón derecho, de vena cava superior, lóbulo medio del pulmón izquierdo y al menor de edad un shock hipovolémico secundario a hemitórax masivo por herida del pulmón derecho, de vena y vasos pulmonares derechos y del corazón.

Las pruebas de cargo, tales como la declaración del uniformado de la Policía Nacional que atendió las diligencias de inspección técnica a cadáver y al lugar del hecho en el cual embolsó elementos materiales probatorios que daban cuenta de la ocurrencia del punible, además de los familiares que narraron lo acaecido en la calenda en la que fallecieron las dos víctimas, permitieron que se acreditara que la acción delictiva ocurrió, siendo el nudo probatorio determinar a quién se le endilgaría la responsabilidad de la conducta.

Fue así como la parte considerativa de la providencia fue enfocada en valorar la prueba nacida en el juicio oral con la cual se obtuvo el conocimiento, más allá de toda, duda acerca de la responsabilidad, en calidad de cómplice, del señor **Bladimir Ávalo Durango**.

La declaración de Santiago Andrés Hernández Úsuga, además de haber sido determinante para la elaboración del marco fáctico de cargo, le sirvió de base a la juez primaria para encontrar demostrado que, el 5 de octubre de 2012, el señor Mauricio Úsuga Tangarife se desplazó en compañía del menor JMUU y del testigo Hernández Úsuga hacía una zona geográfica, conocida como La Herradura, en Frontino, Antioquia, a recoger un ganado, todo ello por la solicitud verbal y directa que le hizo **Bladimir Ávalo Durango**. Que en el lugar indicado por el procesado no hallaron ningún ganado, lo que los obligó a devolverse. Además, respaldó lo atinente a la manera de la muerte de las víctimas en tanto relató los angustiosos momentos en los que fue atacado el vehículo tipo camión en el que se movilizaban. El *a quo* encontró válido afirmar que “un testigo estaba presente y lo señaló [al procesado] de haber participado *ex ante* en la comisión de la conducta punible” ello por cuanto esa participación en calidad de cómplice se le endilga al haber hecho que la víctima, que se encontraba realizando en ese momento una actividad diferente a la de prestar el servicio de transporte, se desplazara hasta una zona rural alejada, bajo el engaño de recoger unas reses de ganado, cuando lo que le esperaba era un facción del grupo que le quería dar muerte.

Fue pues la participación e intención del procesado un asunto que causó controversia y que la juez de conocimiento resolvió con la construcción de los siguientes indicios:

1. *Presencia y oportunidad.* Porque momentos antes de la ocurrencia del hecho el encartado se dirigió a la casa del ahora finado y en ese lugar le señaló que debía ir al alto de la herradura so pretexto de transportar un ganado. Hasta el lugar referenciado, frente a una finca de portón rojo, llegó el incauto conductor quien no halló las reses sino un lugar completamente solo, en apariencia, en donde lo esperaban dos sujetos motorizados que lo atacaron hasta ocasionarle la muerte. La presencia no se reputa del lugar del hecho sino la anterior, la cual aseguró que el resultado fatal se ocasionara, y precisamente el no estar presente allí le dio la oportunidad de crear una especie de coartada según la cual ese día había hecho por lo menos cinco diligencias adicionales las cuales le impedían simultáneamente estar ocasionándole la muerte a las víctimas.

2. *Conocimiento de las actividades, horario laboral y trayectoria que debía tomar la víctima.* Lo construyó con las incoherencias en las que consideró que incurrió el procesado al momento de la declaración en la vista pública, véase como dedujo que **Ávalo Durango** no era ajeno a las actividades que realizaría la víctima ese día, porque se presentó en su casa a encomendarle la labor de transporte. Exaltó el hecho de que con antelación conocía a la víctima ya que habían trabajado en varios proyectos en donde el último prestaba servicio de transporte de materiales. Cerró diciendo que, al ser un habitante de Frontino, Antioquia, **Bladimir** conocía el lugar y las condiciones de los caminos a los que envió a la víctima, que desde la parte urbana a la zona rural necesariamente transitaría por un camino solitario.

3. *El acusado previamente había concretado la realización de la acción.* Desvirtúa la teoría alternativa de la defensa, según la cual el procesado le solicitó a la víctima que se dirigiera a La Herradura porque previamente fue contactado por una persona desconocida que le dijo “*hey Bladi haceme el favor y decile al muchacho del carro que hay al frente de doña Judith que vaya a tal parte por unos terneros, a la Herradura*”; al contrario, lo que encontró demostrado fue que esa llamada fue realmente en la que se concretó el acuerdo previo entre “alias el político”, el señor **Bladimir** y los sicarios que se movilizaban en la motocicleta, para lograr que la víctima saliera de su casa y llegara al punto donde lo atacarían.

4. *Indicio de mala justificación.* El procesado al momento de rendir el testimonio pretendió justificar el haber enviado a Mauricio a que realizara una actividad de

transporte de unos animales de los que se sabe no podía ser dueño o tenedor, bajo el argumento de que así se lo había solicitado un tercero a quien no conocía; sin embargo, sólo hasta casi culminado el juicio oral trajo a colación este punto que era vital para desentrañar lo que realmente había ocurrido. La judicatura le recriminó no haber tomado las precauciones del caso porque simplemente envió a una persona a un lugar solitario por un favor que le pretendió hacer a alguien de quien desconocía su identidad.

Lo anterior le permitió a la primera instancia definir como móvil un comportamiento de abigeato por parte del señor Mauricio Hernando Úsuga Tangarife, a quien pretendieron ajusticiar debido a la pérdida de ganado que se estaba presentando por esa época en Frontino, Antioquia, siendo viable que **Bladimir Ávalo Durango** prestara esa ayuda que resulto ser necesaria y útil para la realización del hecho delictivo, y no la justificación sobre un favor a un desconocido con el que sostuvo una conversación de aparente familiaridad.

Más adelante en la sentencia indicó que al procesado nunca se le acusó como coautor del concurso de conductas punibles, sino que se le hizo en calidad de cómplice por lo que para este caso se corroboró que i.) el acusado intervino en un hecho ajeno, ii.) realizó la acción con la que auxilió de alguna manera al autor material y iii.) se favoreció de la producción de un hecho ajeno a fin de conseguir el resultado querido por el autor, destacando, en cuanto a ese auxilio o colaboración, que el mismo no debía consistir en actos típicos y que debía ser útil para la ejecución del delito.

Absolvió al procesado por el delito de homicidio agravado frente a JMUU debido a que la Fiscalía no logró probar que dentro del plan criminal de los autores estuviese contemplado ocasionar la muerte al infante, de modo que, al ser éste un cómplice no puede responder por los excesos no previstos ni queridos realizar por el autor, en este caso que los menores estuvieran en el carro fue fortuito, y el hecho de que uno de ellos haya fallecido no podía perjudicar al cómplice.

Fijó la pena en **18 años de prisión** al declararlo penalmente responsable, en calidad de cómplice, de la comisión del delito de homicidio agravado. En la dosificación de la pena resaltó que había ausencia de causales de mayor punibilidad, reconoció como una de menor la carencia de antecedentes penales; lo que le exigía moverse en el

primer cuarto mínimo el cual iba de 400 a 450 meses de prisión, pero impuso el máximo de ese primer cuarto mínimo, esto es 450 meses, porque la conducta revistió una gravedad adicional al haberse comprometido la vida de JMUU y la integridad personal de Santiago Andrés Hernández. Dicha sanción fue disminuida de conformidad con lo dispuesto en el canon 30 de C. Penal, arrojando la pena total ya explicitada.

LA IMPUGNACIÓN

La defensa³² atacó el fallo condenatorio destacando siete problemas jurídicos que sería menester para la segunda instancia resolver, los cuales se sintetizan en los cinco que a continuación se reseñarán: 1. Solicitud de nulidad debido a que en la formulación de imputación no se refirieron los hechos jurídicamente relevantes, sino que, desconociendo la línea jurisprudencial establecida hizo referencia a hechos indicadores y medio de prueba, adicionalmente no hubo congruencia en el grado de participación endilgado debido a que inicialmente se le reputó como coautor y luego se le llamó cómplice. 2. No hubo acusación ni prueba que diera cuenta de cuál era el agravante endosado al señor **Bladimir Ávalo Durango**. 3. Desconoció la cláusula de exclusión de aquellas pruebas que fueron obtenidas con violación de derechos y garantías fundamentales / debido proceso, esto lo dijo por la “entrevista” recepcionada al procesado, la cual fue excluida en el juicio oral pero que la *a quo* valoró en la sentencia 4. Inadecuada construcción de los indicios, porque a.) no hay prueba de que el condenado conociera el plan criminal. b.) no se demostró que **Bladimir** sabía que el dueño de la finca “el portón rojo” no estaba, incurrió en un falso juicio de existencia por suposición. c.) No es posible saber que el lugar era despoblado, no hay prueba de ello. d.) no hay prueba de que “el político” lo llamó a concretar el plan, falso juicio de convicción. e.) la juez de instancia llegó a un móvil del homicidio del cual no hay prueba. f.) no hay prueba de que haya contribuido al agravante, como para que se incrementara el monto de la pena en ese aspecto. 5. No justificó en debida forma lo atinente al incremento punitivo, declaró la inocencia del procesado por el homicidio de JMUU pero para imponer la pena en el máximo del primer cuarto adujo que en el hecho se ocasionó la muerte a un menor de edad y se puso en riesgo la integridad personal del otro, adujo que algo no puede ser y no ser al

³² PDF 107 del expediente digital.

mismo tiempo. Solicitó que si no se accedía a las nulidades planteadas se absolviera a su representado.

NO RECURRENTE

El fiscal³³ pidió que se confirmara la decisión apelada porque sí se cumplió con explicitar los hechos jurídicamente relevantes, fue tan evidente esto que se hizo posible tener claridad sobre la participación del encartado a quien se había llamado a responder como coautor y luego, de una manera favorable, se le acusó como cómplice. No encuentra sustentado el alegato según el cual el agravante no tuvo respaldo probatorio cuando recalca como claro que el hecho de hacer ir a la víctima a un lugar despoblado tenía como objeto ocasionarle la muerte en un lugar en el que no pudiera defenderse.

Frente al cargo por practica de prueba ilícita, desconociendo la cláusula de exclusión, señaló que lo presentado en juicio fue previamente decretado en audiencia preparatoria, en la cual no solicitó se excluyera ninguna de las pruebas peticionadas. Ahora, frente a la entrevista que la defensa cataloga como interrogatorio a indiciado, precisó que el mismo no se usó para refrescar memoria o impugnar credibilidad y en ese mismo sentido tampoco fue valorado en la determinación de primera instancia. Culminó su intervención como no recurrente resaltando lo acertado de los indicios planteados en el juicio oral y destacó que no hubo desconocimiento a las garantías procesales del condenado que dieran lugar a rehacer lo actuado, así como tampoco carencia de prueba que permitiera revocar la sentencia de condena.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa, de conformidad con el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

³³ PDF 112 del expediente digital.

Por virtud del principio de limitación inherente a los medios de impugnación, está restringida la Sala a la censura elevada y a los aspectos vinculados de manera inescindible.

Antes de entrar a resolver la materia del disenso, se abordará lo expresado por el recurrente en el aparte de su impugnación denominado como “**colofón**”, en él denunció los comportamientos desobligantes de la juez titular del Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia, quien en audiencia de lectura de sentencia fue enfática en no acceder a la suspensión del trámite por el cambio de defensa que el procesado pretendió a último minuto. Se dolió de haber sido inquirido para comparecer a la lectura de la sentencia, porque la juez dio cumplimiento a lo reglado en el inciso cuarto del Art. 76 del Código General del Proceso; lo que implicó que la renuncia al poder que había presentado el 13 de agosto del año 2016³⁴ sólo tendría efectos cinco días después de su radicación, empero ese término no inició en ese momento al no haber aportado la comunicación de esa determinación al procesado.

El llamado de atención lo hizo porque adicional a la renuncia al poder, el procesado allegó la revocatoria al mandato³⁵, pero ésta tampoco fue aceptada por la juez, quien calificó esas peticiones como maniobras dilatorias por parte de la defensa y el encausado³⁶. Admitió que para evitar que se declarara desierto el recurso presentó la sustentación, pero solicitó una revisión sobre el particular.

Sobre el asunto inicial, esto es, la no aceptación de la renuncia al poder y la revocatoria presentada por el abogado y la defensa material, ya hubo decisión contenida en auto separado por medio del cual se abstuvo de resolver la apelación, luego de definirse que contra esa determinación únicamente procedía la reposición, la cual fue resuelta por la primera instancia.

En cuanto al derecho a la defensa como manifestación del derecho al debido proceso, el máximo tribunal en lo penal, con ponencia del Dr. Eugenio Fernández Carlier, en la Radicación 47607, explicó que:

³⁴ PDF 092 del expediente digital.

³⁵ PDF 095 del expediente digital.

³⁶ PDF 098 del expediente digital.

“Efectivamente, la Corporación con las aristas que demarcan el sistema acusatorio colombiano ha recalcado que el derecho a la asistencia jurídica cualificada escogida por el procesado o provista por el Estado, consagrado en el artículo 29 del texto constitucional, debe manifestarse como garantía intangible, real o material y permanente, bajo el entendido que es irrenunciable, ha de ser palpable y efectiva con actos de gestión en pro de los intereses del procesado a lo largo de todo el trámite procesal.

En la misma línea de pensamiento la Sala ha destacado que se requiere de un abogado con habilidades y conocimientos suficientes de cara a desvirtuar la teoría del caso sostenida por la Fiscalía, lo cual se acompasa con el principio adversarial y el de igualdad de armas por ello, debe asumir una carga dinámica ante la franca lid que rodea el juego dialéctico de la tesis y antítesis planteadas en el juicio.”³⁷ (Énfasis propio).

Ahora bien, aunque la Ley 906 de 2004 no consagró expresamente los principios que orientan las nulidades, la jurisprudencia de la Corte determinó que esta omisión se subsana acudiendo a las disposiciones de la Ley 600 de 2000, las cuales continúan vigentes en este aspecto particular, dado que pertenecen a la teoría general del proceso penal.

Así pues, preciso es señalar que la nulidad se encuentra orientada por los siguientes principios: **taxatividad**, esto es, que solo pueden invocarse las nulidades por los motivos señalados en la ley; **instrumentalidad**, consiste en señalar en dónde se origina el defecto y verificar si, no obstante a la incorrección, el acto procesal cumplió con la finalidad prevista; **trascendencia**, según el cual se requiere que el vicio haya afectado las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento; **convalidación**, que impone que quien alega la nulidad no haya coadyuvado a la producción del acto irregular; **subsidiariedad**, que exige que no se disponga de un mecanismo procesal diferente a la invalidación para subsanar la irregularidad; **oportunidad**, que determina que las nulidades deben postularse dentro de las oportunidades previstas en la ley y; **lealtad**, entendido como el deber para las partes y el funcionario de conocimiento, de esgrimir la configuración del motivo anulatorio o decretarlo apenas se tenga conocimiento del vicio.

³⁷ Corte Suprema de Justicia. SP202-2018, 14 de febrero de 2018.

Se advierte, conforme a los principios citados, que no cualquier irregularidad es susceptible de invalidación, pues solamente serán sancionados de esa forma aquellos yerros que afecten «la realización del *ius puniendi* en condiciones de justicia». Con todo, podría pensarse que el hecho de no haberse aceptado la revocatoria al poder en la audiencia de lectura de sentencia configuraría una irregularidad, pero, lo cierto es que la orden de la juez de instancia fue adecuadamente sustentada y mantenida aun con la réplica que hizo el sujeto inconforme; en consecuencia, perduró la argumentación según la cual estos actos sistemáticos de defensa y sentenciado no eran más que maniobras para lograr que se aplazara la diligencia, sobretodo porque se corroboró en el expediente digital que el sentido de fallo condenatorio había sido emitido mes y medio atrás, de modo que la revocatoria pudo haber sido radicada con mayor antelación y no como un plan b ante la no aceptación a la renuncia.

Como otro aspecto a tener en cuenta, se resalta que la parte que alega la nulidad no sólo debe anunciar la irregularidad sino que tiene la carga de aludir la concurrencia de los principios para su decreto, algo que no ocurrió, en el escrito de apelación el abogado pidió la revisión del asunto *so pena* de dejar pasar actos irregulares, como si no fuera precisamente esa apelación la oportunidad para lanzar el arsenal argumentativo con el que defendería que, una vez acaecida la ventilada irregularidad, el único remedio era la nulidad porque el yerro fue de tal magnitud que de ahí en adelante generó unas consecuencias altamente adversas para el sentenciado; al contrario, comprobó la Sala que lo acaecido no es trascendente porque en modo alguno se vulneró el derecho de defensa técnica del procesado, mírese que la providencia que daba fin al proceso penal se emitió y que, aun en medio del descontento, el abogado que realizó la defensa desde los albores del trámite presentó escrito sustentando el recurso de apelación con el cual habilitó a éste Tribunal para conocer lo acaecido. Una vez se escucharon los registros de audio que contenían la actuación, fue palpable que el recurrente fue idóneo, no sólo al momento de afrontar cada etapa procesal sino en la sustentación de la alzada, con lo que se garantizó el derecho de defensa del procesado.

En suma, le era dable a la juez de primera instancia no acceder a la renuncia al poder porque no se cumplió con las exigencias del Código General del Proceso. De la revocatoria, se dirá que en este evento era válido no aceptarla, pero que siempre será preferible tomar unas medidas diferentes con las que en modo alguno queden en entredicho los derechos fundamentales de los procesados. Fue acertado conceder la

reposición no así la apelación, en todo caso, lo actuado no da lugar a que se invalide la última audiencia realizada.

Como se sintetizó en los acápites antecedentes, el plenario no presenta discusión en torno a la existencia del hecho del homicidio con arma de fuego del que fue objeto el señor Mauricio Hernando Úsuga Tangarife, el día 5 de noviembre de 2012, en la vereda La Herradura, circunscripción territorial del municipio de Frontino, Antioquia. Nada se dirá de la muerte de JMUU en tanto el procesado fue absuelto por ese hecho, resultando infructuoso que la Sala lo analice, *máxime* que de hacerlo y llegar a una conclusión diferente se estaría yendo en contravía de la prohibición de *reformatio in pejus*. En tal sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2011 precisó:

La nueva articulación y estructura constitucionales del sistema acusatorio justifica extender el ámbito de aplicación de la garantía procesal de la interdicción de la reformatio in pejus, a cualquier situación, es decir, a toda decisión adoptada por un juez de control de garantías o de conocimiento que fuese susceptible de apelación por alguno de los intervinientes en el proceso.

En tal sentido, el diseño constitucional de la garantía procesal de la no reformatio in pejus conlleva a que ésta constituya (i) un límite a la actividad del ad quem en el sentido de que le está vedado agravar la pena o sanción impuesta al condenado o afectado en un proceso o procedimiento administrativo; (ii) evite que este último sea sorprendido con una sanción que no tuvo oportunidad de controvertir; y (iii) permita el ejercicio del derecho de defensa, ya que aleja el temor al incremento de aquélla. Nada obsta, sin embargo, para que el legislador amplíe el ámbito de protección de dicha garantía constitucional, a condición de que no vulnere alguna disposición constitucional; tanto menos y en cuanto, el nuevo modelo procesal penal, al igual que el respeto por los derechos de las víctimas, justifican tal ampliación.

El debate lo trabó la defensa en siete cargos que se unificarán en tres principales y se analizarán de manera individual en el orden lógico del desarrollo del proceso penal.

1. Nulidad procesal por no haber determinado en debida forma los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de imputación y en la acusación. La defensa dijo que en la formulación de imputación y en la acusación no se hizo referencia en debida forma a los hechos jurídicamente relevantes por los cuales se

perseguía a su representado, doliéndose de que: 1. En la imputación se hubiese echado mano de hechos indicadores y medios de prueba para fundamentarla, sin reseñar el aspecto fáctico exigido en la ley procesal penal. 2. Que en el escrito de acusación no fue clara la Fiscalía al definir la calidad en la que actuó el procesado, si era coautor o cómplice. 3. En el escrito de acusación no se señaló con claridad la causal de agravación. 4. La judicatura fue la que estableció el agravante y por éste emitió condena, supliendo la omisión de la Fiscalía.

Para resolver éste asunto se realizó la escucha de las audiencias que deberían rehacerse según la apreciación de la defensa, fue así como se constató que:

1. El abogado defensor que acudió a estas dos diligencias es el mismo que ahora eleva la apelación.
2. En audiencia de formulación de imputación, del 16 de junio de 2013, la Fiscalía señaló que el 5 de octubre de 2012 el menor Santiago iba a lavar el carro con el tío Mauricio, que Santiago se devolvió para la casa y le informó a su progenitora que no lo habían lavado porque al tío le había salido un viaje para el alto de las cruces, porque el señor Bladimir le dijo que allá debía recoger el ganado y que no se preocupara por el pago que cuando regresara le entregaba el dinero. Que estando en el Alto de las cruces llamaron a Elsy [mamá de Santiago y hermana de Mauricio] para buscar a Dora [cónyuge de Bladimir] con el fin de que ubicara al procesado. Que Bladimir habló con Mauricio y éste último le dijo que, si se devolvía porque no había ningún ganado, y de inmediato el señor Mauricio reversó el vehículo, al llegar a una vía en “Y” se encontraron con una moto y sus ocupantes descendieron y le dispararon al señor Mauricio y a su hijo. Ante la solicitud de aclaración por parte del defensor³⁸, la Fiscalía expresó que se imputaba el delito de homicidio agravado (Art. 103 y 104 Nral. 7 del C. Penal) frente a Mauricio, porque colocó a la víctima en una situación de indefensión ya que él iba manejando y llegaron dos personas encapuchadas a dispararle. Además, explicó que en ese momento imputaba la calidad de coautor porque Bladimir contrató a la víctima para que fuera al lugar del hecho y no había nada, llamó a Bladimir y no le contestaba entonces le tocó mandarlo a buscar con la esposa, recibió la llamada y le dijo a Bladimir que no encontró nada y que si se devolvía.³⁹

³⁸ Record 1:03:30 Archivo 009 del expediente digital.

³⁹ Record 1:07:12 Archivo 009 del expediente digital.

3. En la formulación de acusación, en el momento en el que el juez requirió a las partes para que hicieran observaciones al escrito de acusación, de conformidad con lo reglado en el Art. 339 del C. de P. Penal, la defensa hizo las mismas observaciones que presentó en el recurso al fallo, precisamente por la indeterminación de los hechos jurídicamente relevantes. En aquella instancia, el delegado del ente acusador precisó que la acusación era basada en indicios, porque no había prueba directa que diera cuenta de la responsabilidad del procesado, solamente esos indicios de que fue *“la persona que [envío] a estas personas a un sitio despoblado para que otras personas le cegaran la vida a estas personas”*.

Los hechos los fijó así: El 5 de octubre en el sector rural conocido como el Alto de La Herradura fue cometido un doble homicidio de Mauricio Hernando Úsuga Tangarife y el menor de 4 años JMUU. El señor Mauricio fue buscado por Bladimir en su propia casa para que se dirigiera al Alto de la Herradura y realizara el transporte de un ganado. Ellos iban saliendo a lavar el carro, y el procesado le dijo que, si le hacía el viaje al alto de La Herradura, por donde estaba el tanque de leche de los Úsuga, que para recoger un ganado que estaba cerca de un portón rojo en una finca, junto a una máquina de caña, Mauricio dijo que se devolvieran, que no lavaran nada el carro, y resolvió que el menor JMUU los acompañaría. Llegaron al lugar indicado por Bladimir y buscaron el ganado, pero no lo encontraron, por ello Mauricio le realizó varias llamadas para contarle al procesado lo que sucedía y con éste constatar dónde era que tenía que recogerlo. Cuando se contactó con el indiciado, éste le dijo que se devolviera y al hacerlo, antes de llegar a unas partidas, fueron abordados por unos sujetos encapuchados que le pidieron que pararan y le empezaron a disparar a Mauricio, un sujeto dijo, *“ya, ya lo mató”*. Acusó a Bladimir como cómplice porque sin tener ganado mandó a Mauricio, a recoger un ganado que no existía, a un sitio en el que le provocarían la muerte. Fue así como varió la calidad de participación de coautor a cómplice. Ratificó que la acusación era por el delito de homicidio agravado (Art. 103, 104 Nral. 7º del C. Penal) del señor Mauricio Humberto Úsuga Tangarife.

Los hechos jurídicamente relevantes que se encuadraron en las conductas típicas imputadas y acusadas fueron debidamente narrados por el delegado fiscal en cada una de las oportunidades que tuvo para ello, al haber llegado a su teoría a partir de indicios fue detallado y extenso al momento de referir las circunstancias fácticas y el modo en el que se hilvanaba todo en disfavor del procesado. No se observan las carencias

resaltadas por la defensa, ni tampoco una actitud pasiva por parte de los jueces que presidieron esas diligencias, al contrario, fueron enfáticos al requerir a los fiscales para que aclararan los aspectos solicitados por la defensa, a efectos de garantizar que se cumpliera con los requisitos establecidos en los Art. 288 y 337 del C. de P. Penal.

La Corte Suprema de Justicia en AP1128-2022, en el Radicado No. 61.004, del 16 de marzo de 2022, con ponencia de la H. Magistrada Patricia Salazar Cuellar, indicó que la formulación de imputación y de acusación son actos de parte, no jurisdiccionales, no susceptibles de nulidad.

“En efecto, para los primeros, al constituir meras postulaciones, la ley procesal establece sanciones como la inadmisibilidad, el rechazo o la exclusión que, por regla general, no inciden en la validez del proceso. Mientras que, los actos procesales del juez, al ser vinculantes y decidir asuntos con fuerza de ejecutoria material, sí tienen la potencialidad de lesionar garantías fundamentales, entre ellas el derecho a la defensa y el debido proceso, por lo que la irregularidad de los mismos debe repararse con la anulación, claro está, si ello no fue posible con otros remedios como la corrección de los actos irregulares o la revocatoria de las providencias en sede de impugnación.”

Descendiendo al caso en particular, la nulidad planteada es porque la defensa considera que existió una irregularidad por parte de la fiscalía al momento de fijar los hechos jurídicamente relevantes tanto en la imputación como en la acusación, es decir, que la irregularidad se predica de ese acto de parte y no de una actuación jurisdiccional. Por lo anterior, aplicando el criterio jurisprudencial antes mencionado la nulidad propuesta no tiene vocación de prosperidad.

2. **Del conocimiento para condenar.** Cada uno de los testigos que acudió al juicio oral rindió su versión sobre lo percibido directamente por ellos, en definitiva, sólo resta abordar la decisión de primera instancia bajo el tamiz de las críticas esbozadas por el apelante único a efectos de comprobar si lo por ella concluido se compadece con lo arribado a la audiencia pública de juzgamiento.

La prueba debió ser valorada individualmente y luego en conjunto para poder concluir que era suficiente para derruir la presunción de inocencia que acompañaba al procesado

desde el inicio del proceso penal, es decir, si con la misma se obtuvo conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la responsabilidad del ciudadano acusado. El H. Magistrado JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA, en la SP8753-2016, emitida dentro de la Radicación No. 39290, señaló que:

Para la jurisprudencia, el convencimiento más allá de toda duda de la responsabilidad penal del procesado pertenece a un estadio del discernimiento propio de la certeza racional, que se refiere a una seguridad relativa, o aproximativa, dado que llegar a la seguridad absoluta resulta un imposible gnoseológico... En consecuencia, conforme con la teoría del conocimiento, no es exigible que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues tal precepto es un ideal imposible de alcanzar.

En este sentido, la Corte sostuvo (CSJ, SP. de 23 de febrero de 2011, Rad. 32120) que:

“[...] sería una ilusión metafísica esperar la certeza absoluta de la prueba testimonial (y en especial del conjunto de aseveraciones que la integran, pero en general de cualquier medio probatorio incorporado al proceso), pues los criterios de aceptación de la verdad (o credibilidad) conducen a decisiones que implican en menor o mayor medida focos de discreción incontrovertibles desde un ámbito racional”.

“El proceso penal [...] no puede garantizar de manera completa la justicia material del caso concreto (aunque lo busca), sino se satisface con reducir al mínimo (y no con eliminar, pues ello sería inalcanzable) los momentos potestativos y las posibilidades de arbitrio en la actuación mediante un modelo que dé cabida a la refutación de las teorías e hipótesis en pugna”.

De la prueba indiciaria. La censura principal se enmarcó en los indicios construidos para condenar, se abordará inicialmente la definición que de ese concepto han dado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional:

“...medios de prueba “indirectos y no representativos” que no son percibidos directamente por el juez -como si ocurre con la inspección judicial-, sino que “[e]n la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales debe establecer otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En pocos términos, el indicio es

una prueba que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso”⁴⁰.

Asimismo, por vía jurisprudencial se ha identificado que los indicios se componen de los siguientes elementos: “(i) Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos: los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso, (ii) Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento, (iii) una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar, (iv) El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental”⁴¹

Son entonces las construcciones lógicas que hace el juez ayudándose de los hechos efectivamente probados, las reglas de la experiencia o los principios técnicos o científicos.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴², define “*las reglas de la experiencia son conclusiones empíricas de hechos comunes susceptible de adquirir validez general, las que se construyen a partir de la costumbre, prácticas culturales y usos cotidianos, desarrollados por un grupo humano en un contexto específico, los que al tener pretensiones de carácter universal o de alta probabilidad se identifican en el esquema “siempre o casi siempre que ocurre A entonces sucede B, por lo que su construcción lógica no puede devenir de juicios sensoriales o particulares vivencias”.*

En el *sub lite* la juzgadora endilgó responsabilidad luego de la construcción de cuatro indicios además de un móvil al que llegó basada en la acreditación de los siguientes hechos de los cuales sí hay prueba:

- La muerte violenta de la víctima - Mauricio Hernando Úsuga Tangarife- el día 5 de octubre de 2012, en la vereda la Herradura del municipio de Frontino, Antioquia. Derivada de la prueba pericial estipulada por las partes.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2013, Exp. 27913.

⁴¹ Corte Constitucional. SU - 035 de 2018. MP. José Fernando Reyes Cuartas.

⁴² Sentencia Radicado No. 58.301 del 23 de marzo de 2022, M.P. Fernando León Bolaños Palacios.

- Los autores materiales del hecho eran dos personas, se movilizaban en una motocicleta, tenían cubiertos sus rostros y atacaron a la víctima con armas de fuego. Se conoció por la declaración del testigo directo del hecho Santiago Andrés Hernández Úsuga.
- La víctima se dedicaba a conducir un vehículo tipo camión en el que prestaba el servicio de acarreos. Sus familiares y el mismo procesado lo reconocieron en juicio oral.
- La víctima se encontraba en el lugar por solicitud que le hiciera el señor **Bladimir Ávalo Durango** de que fuera hasta allí para que recogiera un ganado. Se conoció por la declaración del testigo directo del hecho Santiago Andrés Hernández Úsuga.
- Una vez en el lugar no se halló ningún animal para ser recogido por lo que la víctima contactó al procesado a través de su esposa para que le dijera el punto exacto de recogida de los animales, el señor **Bladimir Ávalo Durango** le autorizó retirarse del lugar. La declaración de Santiago Andrés Hernández Úsuga permite conocer este suceso.
- Cuando la familia del señor Mauricio Hernando Úsuga Tangarife se entera de su fallecimiento alerta a las autoridades y de inmediato le dan a conocer que éste había acudido a ese sector por instrucción de **Ávalo Durango**, a éste último lo inquirió la autoridad para que revelara lo acontecido. Conocido por la declaración del agente del orden José David Hurtado Pineda, la hermana del occiso Elsy del Socorro Úsuga Tangarife, así como el testimonio de las cónyuges de procesado y víctima.).

Los cargos se abordarán tal como el demandante los planteó, esto es, descendiendo a cada uno de los indicios creados por la judicatura:

A. Presencia y oportunidad. No existe prueba alguna sobre la intención del procesado en tanto el hecho de haber estado momentos previos a la ocurrencia del hecho en la casa de Mauricio Hernando no implica que existiera conocimiento y voluntad respecto del plan criminal; tampoco existe prueba alguna de que, en la finca fuera de la cual ocurrió el hecho, no había nadie porque su propietario se encontraba en la ciudad de Medellín realizando algunas negociaciones.

Resulta que el hecho de que el señor **Bladimir Ávalo Durango** se hubiese acercado a la casa de Mauricio a proponerle que fuera a un lugar a recoger un ganado y que una vez en el lugar no hallara lo prometido, en cambio sí a unos sujetos que le ocasionaron la muerte, es algo que empieza a generar sospechas en quien lo escucha, porque el acusado le presentó una oferta bastante tentadora a alguien que en ese momento no se encontraba haciendo ningún trabajo con el camión.

B. Indicio de conocimiento de las actividades que realizaba, horario laboral y trayectoria que debía tomar. No hay prueba de que conociera la minuciosidad de la actividad económica que desarrollaba el fulminado y tampoco que por ser habitante de Frontino supiera cómo era la vía y el lugar en donde ocurrió el hecho. La apreciación de la defensa además de no haber sido argumentada en debida forma porque no ofrece una manera diferente de abordar la problemática, sino que se limita a señalar que no hay prueba de ello omitiendo que el procesado desde que inició la intervención habló de al menos dos obras de construcción a cargo del Municipio –Alcaldía- de Frontino en la que coincidió con el occiso, de quien dijo realizaba el transporte de materiales, de modo que no es válido que se diga ahora que **Bladimir** no sabía a qué se dedicaba Mauricio y cómo ello no facilitó que accediera a ir al lugar del hecho.

Fue ilógico el relato en el que busca desentenderse de que sí sabía cuál era la actividad que ese día estaba realizando el occiso porque cuando supuestamente lo llamó alias “el político” él estaba haciendo algunas diligencias y una vez terminó aquello se dirigió al lugar en donde estaba parqueado el camión, frente a la tienda de doña Judith, pero de inmediato dio por sentado que era ese el camión y no otro, véase que no dijo que llamó a corroborar con el mandante de cuál camión hablaba exactamente, y tampoco se instruyó con las personas que por allí se hallaban sobre quién era el propietario del rodante, sino que en el acto le preguntó al menor que si era el camión del esposo de la señora del banco, y una vez asegurado de que así era se dirigió a su casa, en suma, el no buscaba un camión para el transporte, él buscaba a Mauricio y no a otra persona. Y sabía a dónde lo mandaba porque fueron pocas las instrucciones dadas, pero tan precisas que cuando su esposa lo contactó, y cuando se

comunicó con el occiso, no pidió que le dijera en dónde exactamente se ubicaba, sino que sólo le dijo que se devolviera, en otras palabras, la instrucción fue lo suficientemente clara como para no desgastarse en puntualizarla.

C. El acusado previamente había concertado la realización de la acción. A ella llegó por la llamada que recibió de alias “el político” sin haber certeza acerca de que mediante esa llamada se le comunicó al procesado cuál era todo el plan criminal, no hay prueba de que **Bladimir** sabía que la persona que lo llamó tenía en su mente asesinar a Mauricio. La primera instancia creyó que **Bladimir Ávalo** recibió una llamada de un tercero, a partir de encontrar acreditado ese hecho, dio por sentado un indicio en su contra; en lugar de exculparlo, reforzó la idea de que hubo un acuerdo previo en el que, con esa llamada, se condensó el plan criminal, porque en ese momento uno de los coautores le dio vía libre a Bladimir para que abordara al objetivo, en la comunicación se dio inicio a la ejecución del plan con la orden a quien se encargaría de ir a buscar a Mauricio para hacerlo caer en el ardid. El indicio creado a partir de las dos premisas es lógico porque la coordinación presume un hecho *ex ante* que logre el resultado perseguido, de no haberse llegado a un acuerdo previo las acciones de más de cinco personas no hubiesen ocurrido como en efecto sucedieron, todo estuvo tan engranado que el señor Bladimir recibió la llamada exactamente en el momento en el que supo que el carro ya estaba ubicado donde Judith, y esto lo supo porque según su propio dicho lo llamaron a avisarle que fuera a buscarlo, y le pidió se dirigiera a La Herradura inmediatamente porque de otro modo el señor Mauricio habría ido a lavar el carro y habría salido de su casa en la tarde, pero no, la orden era para que fuera en ese momento, y llegó a una finca que a sus alrededores estaba sola, y de ello da cuenta que cuando ocurrió el hecho nadie salió a prestar ayuda, esto es claro porque al ser atacados Santiago se escondió y cuando supo que los atacantes se habían ido salió el carro y se dirigió a otra finca cercana, pero no dijo que habían más personas en el camino que pudieran haber visto lo ocurrido o que de inmediato los hubiesen auxiliado. Incluso el dueño del predio dijo que allí no estaba porque había salido del municipio. La prueba demostró que no había ningún ganado, ni siquiera un ganado ajeno que por ahí transitara o una persona a la que le pudieran preguntar sobre quién necesitaba ese servicio de transporte, es que así lo dijo Santiago Hernández. Se supo en el juicio oral que la víctima llamó a un conocido suyo, que tal vez podría aclararle si él había pedido ese servicio,

pero en ese engrane los que llegaron fueron los sicarios. Con todo, es posible afirmar que el camino si era conocido porque calcularon perfectamente el tiempo que tardaría en llegar allí y por dónde se dirigiría, es que no lo estaban esperando, sino que lo abordaron en un punto determinado cuando él se pretendía devolver.

D. Indicio de mala justificación. Ataca el indicio creado a partir de una máxima de la experiencia expuesta por la judicatura según la cual “siempre o casi siempre que una persona le hace un favor de cualquier índole como mínimo sabe a quién y cómo es que va a contribuir”, indica que la parte final no es acertada porque por simple respeto o prudencia uno no pregunta a qué es lo que está contribuyendo. Asimismo, dijo que no obraba prueba de que el lugar era despoblado, pero sí de que ello ocurrió al medio día, lo que alejaría esa precaución que le exigían al procesado porque *“si es una máxima de la experiencia que este tipo de delitos se realizan con mayor frecuencia con la complicidad de la noche”*. En este punto fueron las construcciones lógicas de la primera instancia como contraargumento a la justificación que pretendió dar el perseguido porque despertó sospecha el hecho de que una persona desempleada pidiera un servicio para transportar un ganado que no era propio, fue así como para justificarse el acusado habló de ese tercero –un desconocido que podría ser “el político”, un hombre del cual el procesado no sabía su nombre pero que ya falleció- que le pidió que le mandara el camión que estaba parqueado frente a donde doña Judith para que recogiera un ganado. No fue pues creíble que le hubiese imprimido tanta diligencia a ir a buscar el señor que realizaría la tarea sin siquiera verificar a quién le estaba haciendo ese favor y más aún cuál era el objetivo, porque si era una persona dedicada a hacer este tipo de favores mayor experticia debía tener para poder responder las inquietudes que posiblemente le plantearía el contratista. No es lógico hacer favores a desconocidos, pero es más ilógico que el procesado no haya realizado las gestiones necesarias para buscar a quien lo llamó y decirle que no había ningún ganado y que entonces le ratificara la ubicación, y cuando se enteró de los homicidios lo buscara para que le permitiera excusarse ante la autoridad. Si él hizo ese favor, sin saber a quién ni con que contribuía, y si luego supo todo lo que ello desencadenó y no hizo nada es porque en efecto ningún favor estaba haciendo y, más bien, hacía parte del plan con ese aporte que calificaron como complicidad pero que a lo lejos desborda esa calidad.

Cláusula de exclusión de prueba ilícita. El Artículo 23 del C. de P. Penal establece que las pruebas obtenidas con violación de las garantías fundamentales serán nulas de pleno derecho, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal, tal fue el caso de una entrevista que se le realizó al procesado, sin presencia de su abogado, la cual tampoco fue descubierta oportunamente por la Fiscalía y que en sesión de audiencia del 6 de mayo de 2019 fue excluida por la juez de conocimiento. Sin embargo, el recurrente consideró que pese a que se decidió que el mencionado documento no podría ser usado para impugnar la credibilidad de su pupilo luego sí se tuvo en cuenta para sostener en la sentencia que *“contrario y sobre este mismo hecho, es lo que generó el testimonio del señor Ávalo Durango, donde la Fiscalía restó su credibilidad en cuanto a que aquel sostuvo no haber hablado directamente con el señor Mauricio Hernando Úsuga Tangarife el día de los hechos y que lo que él hizo fue mandar la razón con su sobrino, para que acudieran a ese lugar, es decir como si la razón de acudir al sitio la hubiera transmitido con Santiago Hernández, quien sobre este específico punto declaró algo totalmente diferente en el juicio...”*, a la postre, hubo un error de interpretación por parte de la defensa que no comprendió que se restó su credibilidad no porque algo se haya logrado conocer del documento que no se permitió usar en el juicio, sino porque compareció un testigo directo del hecho que resultó ser más convincente que el procesado porque al momento de aludir lo que había vivenciado no tuvo cuidado en indicar sólo lo que a su idea le favoreciera, caso contrario del acusado quien fue sumamente cuidadoso en que todo coincidiera, cayendo reiteradamente en contradicciones. Ejemplo de lo anterior fue que Santiago Hernández respondió fluidamente a los interrogantes y de manera sincera reconoció que en el lugar del hecho no vio al procesado, aun cuando los atacantes portaban pasamontañas y el evento además de traumático fue fugaz. De otra parte, el procesado inició dando a entender que había hablado personalmente con Mauricio, pero luego dijo que le mandó la razón con el muchacho que estaba en el camión. Es por esto que la juez de instancia habló de que se restó credibilidad y no por un documento que en el debate público no fue leído y que por ende esta Sala tampoco conoció.

Se concluye entonces que las tesis planteadas por el *a quo* fueron debidamente respaldadas por lo probado en juicio oral y que, aunque se reconoce que la hipótesis alternativa de la defensa resultaba ser posible, la misma no tuvo la fuerza suficiente para desvanecer lo que la prueba de cargo había construido, a más de lo ilógico del

comportamiento del procesado y los vacíos que no pudo llenar adecuadamente cuando rindió su declaración, a saber:

1. Dijo que recibió una llamada de alguien a quien no conocía pero que creía que era “el político” por su tono de voz, y que no preguntó con quién hablaba porque se colgó la llamada. Se piensa entonces que su llamada duró pocos segundos y no atinó a preguntar a qué sector era que debía mandar exactamente el vehículo, sólo fue a cumplir una orden sin preguntar nada.
2. Cuando le preguntaron si estaba seguro de que era alias “el político” dijo que no estaba seguro.
3. Dijo que no tenía amistad con “el político”, no sabía su nombre, ni dónde vivía o a qué se dedicaba, pero si contó que se lo había encontrado por ahí en la calle, lo saludaba y habían tomado gaseosa; no fue capaz de describirlo físicamente, sólo dijo que era moreno y delgado.
4. Cree que alias el político está muerto porque hacía unos días había preguntado por el y eso fue lo que le dijeron; a sabiendas de que eso sería lo que le ayudaría a aclarar su situación nunca realizó una gestión para ubicarlo, como si lo hizo con los otros testigos que aseguraron que en el momento de ocurrencia del hecho éste estaba en el casco urbano de Frontino y no en la vereda La Herradura.
5. Dijo que cuando recibió la llamada estaba en la calle, sin decir el lugar exacto. Que se dirigió a la Personería Municipal a hacer una diligencia de preguntar si le habían llegado unas cartas y que la secretaria, no indicó el nombre, le dijo que no habían llegado -en eso se tardó 20 minutos-. No se sabe luego qué otra cosa hizo, lo cierto es que de ahí se dirigió a donde estaba el camión y preguntó si ese era el conducido por el esposo de la señora del banco, un muchacho le dijo que si el de Mauricio y él dijo que sí y lo mandó a que le dijera que fuera al lugar ya tanto referenciado. Aquí se abren dos preguntas que la defensa pasó inadvertidas.
 - A. Cuando se le pidió que fuera a buscar al del carro frente a la tienda de doña Judith, **Bladimir** indicó “*el carro de Mauricio*” a lo que le respondieron “*yo no sé cómo se llama ese muchacho*”, lo que resulta extraño porque el procesado no estaba por ese sector, sino que había estado haciendo vueltas toda la mañana por otros lugares, de modo que no explicó cómo sabía que el carro parqueado en otro lugar del pueblo era precisamente el de Mauricio.
 - B. Si no fue de inmediato a donde estaba el camión cómo supo que era el mismo del que le estaba hablando su interlocutor, podría haber parqueado

otro, lo que implicaría que necesariamente tendría que devolver la llamada a verificar, pero no lo hizo, porque sabía exactamente a quien buscaba.

6. Cuando le pidieron que mandara a alguien a recoger un ganado no dijo que le aclararan el punto exacto sino que se conformó con que le dijeran que en La Herradura, tampoco preguntó por la cantidad de ganado ni el precio del acarreo, porque aparentemente esa información era suficiente, pero en la audiencia de juicio oral si resaltó que él nunca le dijo a la víctima que se dirigiera a una finca en específico, pretendiendo desviar la atención sobre que tal vez la víctima fue a un lugar diferente al solicitado.
7. Cuando recibió la llamada de Mauricio en la que le dijo que no había ningún ganado, no se tomó un momento para comunicarse con la persona que le había pedido el favor, sino que de inmediato le dijo a la víctima que se devolviera y que él le pagaría lo adeudado.
8. Cuando fue detenido, los gendarmes que atendieron los actos urgentes le reclamaron porque la víctima había muerto en el lugar al que él lo había mandado, desde ese momento estuvo habilitado para ubicar al tercero que lo había llamado, pero no lo hizo. La defensa alegó que la labor investigativa era de la Fiscalía y tenía que desplegar todos los recursos para dar con el paradero de alguien de quien no sabía que existía. Es cierto lo que afirma el defensor, pero, cuando una persona tiene en juego su libertad lo que usualmente ocurre es que aporte lo que sea necesario para salvar responsabilidades o por lo menos que de manera autónoma lo llame y le cuente lo acaecido, pero el procesado no dijo que así lo hubiese hecho, sólo contó que hacía unos días lo estuvo buscando y que creía que estaba muerto.

De manera breve se dirá que el tema del móvil del homicidio lo dedujo inteligentemente la falladora inicial porque en la declaración de Gabriel Ortiz Benítez se alumbró un asunto del que poco hablaron y era el tema de las sospechas que en el pueblo habían sobre unas conductas de abigeato por parte de la víctima, ese deponente y el señor Leonel Arias, al punto de que por temor ese declarante no quiso asistir al funeral de su amigo, aunque diga la defensa que fue tocado tímidamente, es muy diciente que se trató de un desplazamiento voluntario el que hizo este ciudadano porque temía por su vida, más aun cuando pudo enterarse de que otro de los inculpatos ya había sido dado de baja.

3. Fundamentos para la individualización de la pena. Mayor gravedad de la conducta. Es menester abordar lo atinente a la tasación de la pena que se realizó en el asunto, siendo lo primero indicar que, para el momento de ocurrencia del hecho, 5 de octubre de 2012, el Art. 104 del C. Penal había sufrido varias modificaciones desde la expedición del texto original. Para ese momento la pena a imponer iba de 400 a 600 meses de prisión.

Ahora bien, la juzgadora de primera instancia realizó la determinación de los cuartos, así:

Primer cuarto	Cuartos medios	Último cuarto
400 a 450 meses	450 a 550 meses	550 a 600 meses

Una vez hecho esto individualizó la pena, aquí reconoció que no existían circunstancias de mayor punibilidad, pero sí de menor⁴³, por lo que sería el primer cuarto en el que se movería para imponer la pena, luego indicó que debido a la gravedad de la conducta no podría colocar la pena más benévola en ese momento sino que se trasladaría hasta el límite máximo de ese cuarto, es decir, 450 meses de prisión. Finalmente, le aplicó el descuento del 50 % -o la mitad- que establece el inciso 3° del Art. 30 del C. Penal, el cual reza:

ARTÍCULO 30. PARTICIPES. Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Con dicha disminución la pena impuesta fue de 225 meses, o lo que es lo mismo dieciocho (18) años de prisión.

Observa la Sala un yerro al momento de hacer la individualización de la pena, debido a que la misma desconoció que el canon 60 del estatuto penal establece unas reglas a

⁴³ Art. 55 numeral 1 del C. Penal, carencia de antecedentes penales.

aplicar cuando hay circunstancias modificadoras de los extremos punitivos, para el caso del Art. 30 ibidem la disminución era de “una sexta parte a la mitad”, por lo que la misma se haría así:

5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.

En pocas palabras, debía disminuir lo concerniente a la complicidad y una vez hecho esto determinar los cuartos, tal como a continuación se graficará:

PENA A IMPONER: 400 a 600 MESES DE PRISIÓN

Rebaja por complicidad:

1/6 parte a la 1/2 → siendo la 1/2 la proporción mayor, por tanto, esta se aplicará al mínimo y 1/6 parte al máximo, quedando los extremos en: 200 – 500 meses de prisión, los cuales arrojarían los siguientes cuartos:

Primer cuarto	Cuartos medios	Último cuarto
200 – 275 meses de prisión	275 – 425 meses de prisión	425 a 500 meses de prisión

En ese orden de ideas, el primer cuarto iría de 200 a 275 meses de prisión y sobre aquél debió haberse movido al momento de estudiar lo atinente a la individualización de la pena. No obstante, ello no podrá ser modificado por la segunda instancia, en atención a la prohibición de reformar en peor.

Ahora, en lo que tiene que ver con el descontento que expuso la defensa, deberá decirse que los argumentos de la primera instancia tal vez se quedaron cortos, pero son razonables, véase que en el asunto la gravedad del delito de homicidio se aumentó y por ende así debe aumentar la retribución punitiva.

La Corte Suprema de Justicia descartó la posibilidad de aumentar la pena en un asunto en el que las pruebas no arrojaron que la muerte producida a la víctima hubiese derivado en perjuicios más allá del deceso en sí:

No hay elementos para sostener en el presente caso que la pena por el homicidio en cuestión, ya agravada por su finalidad y los medios de comisión, debe agravarse aún más. En este sentido, las pruebas no indican que el daño causado (fallecimiento del señor de la Cruz), perteneciente al verbo rector del tipo de homicidio, es más censurable que la muerte producida a cualquier otra persona, como tampoco se advierte la producción de perjuicios adicionales a la víctima, como a título de ejemplo, que en el úter mortis hubiera existido una prolongada agonía.⁴⁴

Si bien, se absolvió al procesado por la muerte de JMUU, y en cuanto a Santiago Andrés Hernández Úsuga no hay prueba de que éste haya sufrido alguna afectación en su integridad personal, además, no se adelantó un proceso penal en donde él apareciera como víctima; la Sala debe advertir que el procesado, en el momento en que realizó la negociación, supo que la víctima haría el viaje en compañía de su hijo y de su sobrino, y lo sabía porque Santiago Andrés en su declaración rememoró que él le preguntó a Mauricio que si iban a llevar al niño o que si se lo dejaba donde la señora Elsy Úsuga –madre de Santiago Andrés y tía de JMUU-, y que eso lo preguntó antes de irse a su casa a cambiarse y ponerse los zapatos, que la pregunta la hizo frente a **Bladimir**, y que está seguro que fue antes porque si el tío le decía que no lo iba a acompañarlos entonces de una vez lo dejaba al cuidado de su mamá. Esta situación agrava el homicidio porque a Mauricio no sólo lo mataron en un lugar distante mientras conducía un carro, con 6 impactos de bala, con superioridad de atacantes; el finado soportó la agresión en compañía de otras dos personas, dos menores de edad que estaban bajo su cuidado, personas con las que tenía vínculo directo de consanguinidad, lo cual tuvo que haber aumentado su angustia, recuérdese que Santiago Andrés se salvó porque se deslizó hacía el interior del automotor y dijo que trató de halar a su primo y refugiarlo a su lado, pero que no lo logró porque su tío lo tenía fuertemente sujetado. Es lo anterior un argumento suficiente para comprender que este homicidio resulta ser mucho más grave y por ende es preciso que no se parta del mínimo del primer cuarto. Tampoco será el máximo por el error que se advirtió en la dosificación realizada por el *a quo*, pero en todo caso si es superior a lo pretendido por la defensa.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos del apelante prosperó, de acuerdo

⁴⁴ CSJ. MP José Leonidas Bustos Martínez. SP8057-2015. Radicación N° 40.382. 24 de junio de 2015.

a lo argumentado en la providencia, no resta sino informar que se confirmará íntegramente la sentencia de condena en contra del señor Bladimir Avalo Durango, dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia, el 20 de agosto de 2021.

En mérito de lo expuesto **LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza, fecha y origen, en lo que fue objeto de apelación, acorde con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes, significándoles que contra la presente procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Firmado Por:

**Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De Antioquia**

**Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

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

Código de verificación: **d9ddc00088ee03286520053587a60491c0ed7cc17c5a83dd0829071227898c9d**

Documento generado en 20/04/2023 02:47:32 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 093

RADICADO : 05 042 60 00346 2022 00027 (2023 0678)

DELITO : TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES

ACUSADO : DANIEL AUGUSTO LONDOÑO RONDÓN

ASUNTO : DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la decisión proferida el 17 de abril de 2023, mediante la cual el titular del Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia negó solicitud de preclusión de la investigación.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el día 24 de febrero de 2022, siendo las 12:40 horas, mediante área de control y prevención vial, ubicada en la vía Dabeiba – Santa Fe, kilómetro 3+500, sector Parque del Amor, jurisdicción del municipio de Santa Fe de Antioquia, el personal adscrito a la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional, cuadrante vial 14 Santa Fe de Antioquia y las unidades de turno conformada por el SI. JUAN DAVID ORREGO MIRANDA y el SI. HECTOR FABIO RESTREPO, le impartieron orden de pare al vehículo tipo Bus, de placas TRN779, marca Chevrolet, afiliado a la empresa de transportes Gómez Hernández, el cual cubría la ruta Medellín – Cañasgordas y procedieron a hacer un registro al vehículo y a las personas que se transportaban en el mismo, y es así como al

solicitarle un registro al señor al señor DANIEL AUGUSTO LONDOÑO RONDÓN, quien se encontraba en la parte de atrás del vehículo, hallaron en su maleta de mano un paquete plástico de color transparente, el cual contenía una sustancia vegetal de color verde con olor y características semejantes a la marihuana, por lo que procedieron a capturarlo.

A la sustancia incautada, se le realizó el pesaje y la prueba preliminar homologada PIPH, arrojó como resultado, un PESO NETO: 321 gramos y POSITIVO para MARIHUANA.

El día 25 de febrero de 2022, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Giraldo Antioquia, se legalizó la captura del señor DANIEL AUGUSTO LONDOÑO RONDÓN y se le formuló Imputación por la comisión del delito tipificado en el Código Penal en el libro segundo, título XIII, Delitos contra La Salud Pública, capítulo segundo, del Tráfico de Estupefacientes y otras infracciones, artículo 376 inciso segundo, TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. Verbo rector TRANSPORTAR, en calidad de Autor, en la modalidad Dolosa.

El proceso pasó al juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia en donde el 16 de junio de 2022, la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 5 de septiembre de 2022. La iniciación del juicio oral se programó para el 17 de abril de 2023.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

En audiencia celebrada el 17 de abril de 2023, la Fiscalía solicitó la preclusión de la investigación con fundamento en los artículos 331 y 332 parágrafo único, causales 1 y 3.

Afirmó que para el día 2 de marzo mediante orden a policía judicial, se hizo interrogatorio al acusado, en donde manifestó que se desplazaba de Medellín a Cañasgordas con un morral en el que tenía en su interior aproximadamente 340 gramos de marihuana envuelto en papel chicle, que había comprado en la ciudad de Medellín. La había adquirido para su consumo. Igualmente, expresó que al procesado se le realizó examen médico para determinar la calidad de consumidor de estupefacientes.

El señor Juez negó la solicitud, porque al analizar los argumentos presentados por la Fiscalía pudo percibir que estaba dirigida a demostrar la causal cuarta contemplada en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal para solicitar la preclusión de la investigación, esto es la atipicidad de la conducta, lo cual no es permitido durante el juicio, pues la ley solo prevé la solicitud de preclusión por la causales primera y tercera, esto es, por imposibilidad de iniciar o proseguir el ejercicio de la acción penal y por inexistencia del hecho. Cuando se alega la causal primera debe demostrarse los supuestos de la extinción de la acción penal conforme con los artículos 82 del Código Penal y 77 del Código de Procedimiento Penal, y frente a la causal tercera, en el caso, es claro que el hecho sí aconteció. La conducta desplegada por el ciudadano acusado sí ocurrió en el mundo fenomenológico.

Sostuvo que es preocupante que la Fiscalía con posterioridad a la audiencia preparatoria continúe con la investigación y cambie su rol de entidad acusadora por un defensor más.

LA IMPUGNACIÓN

El señor Fiscal, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Afirma que la Fiscalía amparada en el principio de objetividad ha ordenado unos actos investigativos, como el interrogatorio al indiciado y prueba pericial, con lo que logró establecer que el acusado es un asiduo consumidor de sustancias estupefacientes.

En virtud del principio de objetividad, artículo 115 del Código de Procedimiento Penal y aunado al artículo 27 ídem que habla de los moduladores de la actividad judicial, es que ha sustentado la solicitud. El acusado argumentó el motivo por el que se desplazó a la ciudad de Medellín para adquirir la sustancia incautada. Considera que conforme a esa imposibilidad de establecer si esa conducta es antijurídica conforme con los lineamientos del artículo 11 del Código Penal, le asistió la necesidad de obtener esos elementos probatorios. Por ello, acude a la causal primera del artículo 332 por existir imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal, pues ni siquiera tiene forma de hacer un contundente alegato de apertura.

Aduce que la fiscalía está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al acusado y no se puede someter a la administración de justicia a un desgaste, pues obviamente hubo falencias.

Solicita se revoque la decisión de primera instancia y se decrete la preclusión de la investigación.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico puesto a conocimiento de la Sala en esta oportunidad se contrae en determinar si le asistió o no razón al A quo al negar la preclusión de la investigación solicitada por la Fiscalía.

En primer lugar, es necesario precisar que el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal consagra las causales de preclusión, así como los sujetos procesales para proponerlas y la oportunidad para ello.

Claramente se extrae de la norma en comento que durante la investigación, solamente el Fiscal puede solicitar la preclusión por cualquiera de las causales allí consagradas, pero una vez se radica el escrito de acusación y comienza la etapa de juzgamiento, las partes únicamente están legitimadas para pedir la preclusión de la investigación por causas que no imponen un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, ni sobre la responsabilidad del procesado, esto es, las consagradas en los numerales 1 y 3, que tienen que ver con la imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado.

Sobre el tema la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-920 de 2007 expresó:

De otra parte, durante la fase de juzgamiento, tal como lo prevé el parágrafo acusado, el legislador limitó a dos, los motivos que, por hechos sobrevivientes, pueden ser invocados por el fiscal, el ministerio público y la defensa para solicitar la preclusión durante el juzgamiento.

Ellas se reducen a: (i) la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; y (ii) la inexistencia del hecho investigado.

La imposibilidad de proseguir con el ejercicio de la acción penal, durante el juicio, puede surgir debido a un evento sobreviviente a la acusación, como puede ser la consolidación del término de prescripción de la acción, la muerte del acusado, la despenalización de la conducta imputada, la constatación de la existencia de cosa juzgada, el decreto de una amnistía, la rectificación del escrito injurioso o calumnioso, y en general aquellos eventos susceptibles de verificación objetiva, con potencialidad para extinguir la acción penal. Así mismo, puede surgir como consecuencia de la constatación de circunstancias que indican que la acción penal no podía iniciarse, como podría ser la verificación de la inexistencia de querrela respecto de un delito que exige este presupuesto de procedibilidad.

En cuanto a la inexistencia del hecho investigado, hace referencia a una situación fáctica, no jurídica, como cuándo aparece intacto el documento cuya destrucción se atribuyó al procesado.

4.4. En las mencionadas hipótesis se considera innecesaria la continuación del juicio, puesto que la situación sobreviviente tiene la virtualidad de sustraer íntegramente la materia sobre la cual habría de recaer el debate.

(...)

4.5. La regulación impugnada excluye así la posibilidad de propiciar un pronunciamiento anticipado del juez de conocimiento por la vía de la preclusión, en la fase de juzgamiento, aduciendo la configuración de una causal de exclusión de la responsabilidad; la atipicidad del hecho investigado; la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado. Lo mismo acontece con las causales consistentes en la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia (Art. 332.6) y el vencimiento del término máximo de que dispone la Fiscalía para acusar, precluir o aplicar el principio de oportunidad (Art. 332.7), causal esta última que como se señaló está específicamente diseñada para ser invocada en la fase de investigación.

(...)

6.2. Advierte la Sala que la limitación de las posibilidades de preclusión en la fase del juicio, responde a la estructura y filosofía del nuevo modelo procesal, caracterizado por los principios de contradicción e inmediatez de la prueba en cuya virtud la definición, durante el juzgamiento, de aspectos sustanciales, con impacto sobre un pronunciamiento de ausencia o declaración de responsabilidad penal del acusado debe fundarse en la prueba practicada durante el juicio oral, contradictorio y público.

En ese orden de ideas, la pretensión de ampliar las posibilidades de preclusión durante el juzgamiento a los mismos eventos que ameritan tal determinación en la fase de investigación, se funda en una

concepción de la prueba basada en el principio de permanencia que regía el modelo probatorio de la Ley 600 de 2000, en virtud del cual la evidencia recaudada antes del juicio constituía prueba, visión que frente al nuevo modelo procesal resulta insostenible, en virtud de los principios de concentración e inmediación que lo rigen.

La pretensión de retrotraer el momento culminante de formación del juicio del juez sobre aspectos definitorios del caso, a una fase anterior, mediante una solicitud de preclusión que apunta a los mismos objetivos del juicio, introduce una alteración a la estructura del sistema, sin que de otra parte, tal opción se traduzca en una mayor garantía para el acusado. Éste debe contar con amplios espacios que le permitan desplegar toda una actividad probatoria y de argumentación jurídica, orientada a desvirtuar la probabilidad de verdad que ampara la acusación, tanto en relación con la existencia de la conducta delictiva, como respecto de la autoría o participación (Art. 336). Este espacio se lo brinda de manera más adecuada el juicio, que una audiencia de preclusión.

Así las cosas, salta a la vista que el señor Fiscal pretende la valoración de las pruebas, que incluso practicó con posterioridad a la celebración de la audiencia preparatoria, con el fin de establecer la atipicidad de la conducta al no encontrarse establecido el elemento subjetivo del tipo penal correspondiente a la intención del actor de traficar con los estupefacientes que le fueron encontrados en su poder, e igualmente si su conducta puede considerarse lesiva para el bien jurídico tutelado y además, si con el material probatorio presentado se concluye que la Fiscalía no puede desvirtuar la presunción de inocencia al no tener elementos suficientes para controvertir la afirmación de la intención de consumo alegada por el procesado.

Por otra parte, es evidente que el señor Fiscal para habilitarse y poder hacer la solicitud de preclusión, confunde su manifestada imposibilidad de demostrar todos y cada uno de los elementos estructurales del delito con la imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal, lo cual es un tema diferente tal como lo dejó claro el A quo conforme con la jurisprudencia nacional.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primera instancia por las razones expuestas en este proveído.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, resuelve **CONFIRMAR** el auto de origen, fecha y naturaleza ya mencionados.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE¹

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

(EN PERMISO)
NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

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

Firmado Por:

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

**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: **0e0cca0749f6ab480ba742310664501c740b61f860d84bc553f8fc95dbe3713e**

Documento generado en 18/05/2023 02:00:53 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente: María Stella Jara Gutiérrez

Radicado CUI: 05440 61 00119 2015 80022 01 (2020-0793-3)
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años y otro
Acusado: RAFAEL ENRIQUE CORTEZ MARTÍNEZ
Asunto: Apelación sentencia
Decisión: Confirma
Acta y fecha: No. 108, abril 26 de 2023

Medellín (Ant.), veintiséis (26) de abril de dos mil veintitrés (2023)

(Aprobado mediante Acta No. 108 de la fecha)

OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida el 10 de agosto de 2020, mediante la cual el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia, condenó a RAFAEL ENRIQUE CORTEZ MARTÍNEZ como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

HECHOS

Fueron reseñados en la sentencia impugnada así:

“La señora Alba Lucía García Guarín, puso en conocimiento de las autoridades de que su hija menor EGG de 13 años de edad, el primero de octubre del año 2014 en horas de la tarde en compañía de LYBP y el rector de la institución educativa Simona Duque de Marinilla, Rafael Enrique Cortez Martínez, previo contacto que tuvieron por la red social Facebook, se trasladaron en un vehículo hasta el hotel Los Olmos, ubicado en la vía que de Marinilla conduce al Peñol (Ant.), donde ambas sostuvieron relaciones sexuales con el acusado, por cuyo acto, cada una recibió la suma de setenta mil pesos”.

Las otras circunstancias fácticas descritas en la mentada providencia no serán expuestas, en tanto, de ellas fue absuelto el procesado, siendo inane traerlas a colación en este punto.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 21 de noviembre de 2018, se formuló imputación¹ a RAFAEL ENRIQUE CORTEZ MARTÍNEZ en calidad de autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso con demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años simple, por los hechos en lo que aparecía como víctima EGG; a su vez, le imputó el concurso heterogéneo con 3 hechos adicionales de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, en el que las afectadas eran LYBP, MCPC y LFGR. Se le impuso medida de aseguramiento de detención intramural.

La fase de conocimiento correspondió adelantarla al Juzgado Penal del Circuito de Marinilla, Antioquia, llevando a cabo la audiencia de acusación, el 28 de enero de 2019², por el concurso heterogéneo entre las conductas punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, ambas agravadas (Art. 208, 211 Nral. 2 y 7, 217 A Nral. 4 del Código Penal³), respecto a la niña EGG. Acuso además el concurso de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años del que eran sujetos pasivos LYBP, MCPC y LFGR. La audiencia preparatoria se surtió los días 29 de marzo⁴, 1 de abril⁵ y 17 de junio de 2019⁶, siendo decretada la totalidad de la prueba solicitada por los sujetos procesales, mientras que el juicio oral inició el 11 de julio de 2019 y culminó el 16 de julio de 2020 con el anuncio del sentido del fallo en el que condenó al procesado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años simple, en cuanto a EGG y lo absolvió de todos los hechos de demanda de explotación sexual y comercial,

¹ Página 10 PDF único, Subcarpeta N° 3, carpeta de preliminares.

² Página 13 PDF 01 Expediente digital de conocimiento.

³ En adelante C. Penal.

⁴ Página 15 PDF 01 Expediente digital de conocimiento.

⁵ Página 19 PDF 01 Expediente digital de conocimiento.

⁶ Página 23 PDF 01 Expediente digital de conocimiento.

y de los agravantes contenidos en los numerales 2 y 7 del Art. 211 del C. Penal, los cuales no encontró probados.

agotado el trámite de la individualización de la pena, se dictó la sentencia el 10 de agosto de 2020⁷.

FALLO IMPUGNADO

El Juez condenó a RAFAEL ENRIQUE CORTEZ MARTÍNEZ en calidad de autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Le impuso la pena de 144 meses de prisión y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como la prisión domiciliaria.

De relevancia para resolver el recurso de apelación se tiene que para la primera instancia el fundamento principal de la condena fueron los testimonios de EGG, su progenitora, el de LYBP y la peritación realizada por Juan David Morales Orrego.

La narrativa de los hechos realizada por la afectada consistió en que aceptó tener la relación sexual con RAFAEL para poder darle un regalo de cumpleaños a su mamá, que a través de su amiga LYBP se enteró que éste pagaba bien y que aquella fue la que la invitó ese día para que se encontraran con el procesado. Del día de los hechos –primero de octubre de 2014- recordó que fueron transportadas en un taxi en compañía del acusado, que una vez en el hotel Los Olmos, ubicado en la vía al Peñol, vio que RAFAEL sacaba mecate, gaseosa, licor y unos consoladores. En cuanto al encuentro expuso que primero LYBP y RAFAEL se desvistieron y que después lo hizo ella, que se negaron a besarse entre ellas para que el procesado las viera, pero sí accedieron a masturbarlo y a que éste las penetrara vaginalmente con el pene. El acto sexual duró entre 30 o 40 minutos, y al final él les pidió que no comentaran eso con nadie y que contaban con un amigo si necesitaban plata o estudiar en el colegio. De regreso fueron transportadas nuevamente en taxi y desembarcaron en el mismo punto en el que fueron recogidas.

⁷ Página 24 PDF 03 Expediente digital de conocimiento.

Los testimonios de LYBP y de EGG se corroboraron entre sí al ser contestes en que ellas no fueron por una promesa remuneratoria específica, sino que una vez cumplida la petición sexual recibió, cada una, la suma de \$70.000 y que se les pidió guardar silencio sobre lo que había pasado, al punto de que para el año 2015 el acusado llamó a LYBP y le dijo que en caso de ser indagada sobre la suma de dinero que le había suministrado dijera que él se lo había dado para los pasajes.

No halló prueba alguna el *a quo* para asegurar que previo a ese encuentro EGG hubiese sostenido conversaciones vía Facebook con el procesado, y que ésta sólo compareció a la cita por invitación directa de la otra menor, de modo que, encuentra sin bases probatorias el alegato defensivo según el cual la afectada hizo incurrir al reo en un yerro al suministrar información falsa en esa red social; descartó lo atinente al error de tipo, no sólo por encontrar acreditada la ausencia de tergiversación de la realidad por parte de la víctima, sino porque existió un contacto previo en el que RAFAEL ENRIQUE, en calidad de rector del colegio Simona Duque de Marinilla, Antioquia, entrevistó a EGG y a la señora Alba Lucía García Guarín y le asignó un cupo a la primera para que cursara el grado séptimo de bachillerato en esa institución, que la recordación sobre ese hecho era más probable porque EGG no fue matriculada en las jornadas ordinarias sino que tuvo lugar en marzo de 2013. En suma, era posible que RAFAEL identificara a la niña y que dedujera que, si para el año 2013 había sido matriculada para el grado séptimo, en el 2014 la edad de la misma no era de 14 años y mucho menos superior a 18.

La prueba técnica rendida por el médico legista Juan David Morales Orrego, quien no elaboró el dictamen, le sirvió al juez primary para acreditar que la edad clínica de la menor era de 13 años para el momento de la valoración -5 meses después del hecho-, sin que existiera un elemento adicional que le sirviera al galeno para establecer una edad mayor, porque de haber sido así en la base de opinión pericial lo habría consignado.

Descartó cualquier excusa planteada que hubiese llevado a la confusión porque al ser un rector de una institución educativa le era exigible verificar la edad de las personas con las que pretendía tener relaciones sexuales, no sólo por ese rol y su condición social sino también porque era viable que las personas se cambiaran la edad en Facebook.

No le creyó al encausado cuando dijo que EGG aparentaba ser una mujer mayor ya que la prueba técnica dijo que la edad clínica era de 13 años, tampoco dio valor suasorio a las capturas de pantalla que el investigador de la defensa tomó de los videos en lo que las menores estaban rindiendo sus entrevistas, debido a que esas imágenes no permitían determinar la edad de las víctimas, porque ellas se encontraban sentadas y en esa posición era complejo tener una idea clara del aspecto físico de quienes allí aparecían, argumentó que las personas podían verse distintas, es decir, más delgadas o más fornidas, siendo mejor prueba la vertida por el legista.

Al estimar que el acusado conocía todos los elementos constitutivos de las conductas punibles atribuidas y que en su actuar no concurrió ninguna circunstancia de ausencia de responsabilidad penal, declaró su compromiso en los hechos Juzgados.

LA IMPUGNACIÓN⁸

La defensa propone la revocatoria de la sentencia de primera instancia luego de considerar que no se reúnen los requisitos exigidos en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para emitir una sentencia de condena en contra de su representado, principalmente porque las pruebas practicadas en juicio oral acreditan que el acusado actuó amparado por la causal de ausencia de responsabilidad consagrado en el artículo 32 numeral 10 y denominada como error de tipo. En respaldo de este planteamiento:

No existe prueba de que su asistido conocía la edad de EGG y se opone a lo manifestado por la primera instancia en el sentido de que había conocimiento y recordación de la menor y su edad derivado de una

⁸ Página 62 PDF 03 expediente de conocimiento.

entrevista llevada a cabo a principios del año 2013 –en marzo- en la que se pretendía la matrícula de la adolescente en la institución educativa que él señor RAFAEL dirigía, para cursar el grado séptimo. Expresó que no había prueba de que ese caso atípico haya sido el único que se hubiese presentado en esa anualidad como para que, de manera obligatoria, tuviese que recordarla a ella y su edad.

Desconoce la regla de la experiencia usada por el *a quo* según la cual cuando una persona cursa séptimo grado generalmente tiene entre 11 y 12 años, a ésta le resta el valor de universalidad, en tanto, las condiciones económicas, sociales y culturales del país no permiten que esto ocurra siempre así, aunque sea el ideal; además, todas las personas de entre esas edades no lucen físicamente iguales.

Centró el descontento en la ausencia de valoración conjunta de todos los elementos que permitían evidenciar que EGG para el momento de los hechos no aparentaba 13 años, exaltando que lo importante no era determinar si los rasgos físicos de ella permitían pensar si tenía 18 años, sino si tenía 14 que al fin y al cabo es el elemento del tipo penal.

Se dolió del desconocimiento de las elucubraciones hechas por los integrantes del encuentro libidinoso porque el que en ese acto nunca se hubiese abordado el tema de la edad que ellas tenían era relevante y la primera instancia le restó valor que realmente tenía; además, señaló que no es lógico preguntarle la edad a una persona que aparenta ser mayor al límite establecido por la ley, siendo obligatorio hacerlo cuando parece menor, algo no aplicable al caso, de ahí que el señor RAFAEL no lo considerara necesario.

De la peritación allegada y sustentada por le legista Juan David Morales Orrego destacó el hecho de que el médico hubiese reconocido que la edad clínica no podría conocerse únicamente basado en la talla y el peso, por lo que los datos incorporados en el dictamen eran insuficientes.

Peticionó se revoque el fallo que desfavorece a su representado y que en su lugar se le absuelva de la totalidad de los cargos que le fueron acusados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala de Decisión para conocer de la alzada.

Es pertinente indicar que en virtud del principio de limitación y no *reformatio in pejus*, la Sala centrará su atención en la revisión de los aspectos impugnados y, en consecuencia, en aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto, sin que sea permitido agravar la situación del procesado, ya que la defensa es apelante único.

En esta oportunidad la Sala establecerá si acertó el *A quo* al condenar a RAFAEL ENRIQUE CORTEZ MARTÍNEZ, en calidad de autor del punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, tras considerar acreditados los requisitos de la condena previstos en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y, por lo tanto, confirmar la sentencia, o si, *contrario sensu*, habrá de revocarse para absolver al precitado, si se concluye que el acusado actuó sin dolo al creer equivocadamente que EGG era mayor de 14 años de edad para el momento del contacto sexual a cambio de dinero.

En esta línea recuérdese que el objetivo de las pruebas practicadas es brindar al juez el conocimiento más allá de toda duda sobre la materialidad de la conducta punible y respecto de la participación del procesado en la comisión del delito, según se desprende del contenido de los artículos 372 y 381 del código de procedimiento penal de 2004.

Por su parte, el artículo 373 de la Ley 906 de 2004 prevé el principio de libertad probatoria, de acuerdo con el cual «*los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código de Procedimiento Penal o por cualquier otro de carácter técnico o científico que no violen los derechos humanos.*» Asimismo, este ordenamiento adjetivo erigió como medios de conocimiento de los cuales se sirve el juez

para adoptar la decisión: la prueba testimonial, la pericial, la documental y la de inspección, así como los elementos materiales probatorios, evidencia física o cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico –artículo 382 ejusdem-. Y en punto de su valoración, el artículo 380 ibidem, señala: «Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.»

Ahora, ante la existencia de vacíos en la investigación y, de contera, en la carga probatoria que le corresponde al ente acusador sobre la existencia del punible, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrían ocurrido, y/o las razones por las cuales se apunta a una persona determinada como autor de los mismos, emerge a favor del sindicado una duda de orden probatorio que obliga a la aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

Sobre el punto, debe recordarse que el artículo 29 de la Constitución Política señala que “*toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable*”, norma desarrollada por el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, al señalar que “*la duda que se presente se resolverá a favor del procesado*”, complementado por el ya citado artículo 381 ejusdem, el cual prevé «*para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio*».

Instituto jurídico definido por la jurisprudencia de la siguiente forma:

«Es que el axioma de *in dubio pro reo*, como concreción de la garantía de presunción de inocencia, se traduce en un estadio cognoscitivo en el que en la aprehensión de la realidad objetiva concurren circunstancias que afirman y a la vez niegan la existencia del objeto de conocimiento de que se trate. En esa medida, en los supuestos de duda se plantea una relación probatoria de contradicciones en la que concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y descargo, de afirmaciones y negaciones, las cuales como fenómenos proyectan sus efectos de incertidumbre respecto de alguna o algunas de las categorías jurídico-sustanciales discutidas dentro del proceso penal»⁹.

La prueba de referencia es, en esencia, el escenario reglado en el cual un juez puede determinar si en un caso concreto se cometió una conducta punible, si ella es atribuible al procesado y, de ser ello así, cuál debe ser su

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 29 de junio de 2009. Rad. 26909.

consecuencia jurídica. Para tal fin, el juzgador debe valerse de las pruebas legalmente incorporadas a la actuación, cuyo propósito es, precisamente, llevar a su conocimiento los hechos y circunstancias materia de juzgamiento y los de la responsabilidad penal del acusado (art. 372 del C.P.P.).

Ahora, para proferir sentencia condenatoria, es necesario que, por intermedio de esas pruebas debidamente practicadas e integradas al proceso, el funcionario judicial haya logrado un conocimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de la materialidad de la conducta punible y de la responsabilidad penal del acusado (art. 381 idem).

En tal ejercicio epistemológico, además, por regla general, el juez solo puede tener en cuenta las pruebas practicadas en su presencia (art. 379 idem). Así, toda declaración realizada por fuera del juicio oral, por cuyo intermedio las partes pretendan probar un hecho jurídicamente relevante, se considera prueba de referencia (art. 437 idem) y, cuando es admisible, tiene asignado un menor valor suasorio, traducido en que, por sí misma, no es suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria (inc. 2 art. 381 idem).

La poca confiabilidad de la prueba de referencia se deriva de la afectación que produce en el derecho de confrontación, teniendo en cuenta que la parte contra la que se aduce no tiene la posibilidad de formularle al declarante preguntas tendientes a cuestionar su credibilidad y refutar sus afirmaciones. Es por ello por lo que la prueba de referencia es admisible solo de forma excepcional, en los casos contemplados expresamente en la regla procesal 438, según la cual:

«Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;*
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;*
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;*
- d) Ha fallecido.*
- e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del*

Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código».

El delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años previsto en el artículo 208 del Código Penal, modificado por el artículo 4º de Ley 1236 de 2008, sanciona aquellas conductas que afecta el desarrollo integral del menor en su esfera sexual; sujetos que requieren especial protección contra los posibles comportamientos desviados constitutivos de acceso carnal conforme al artículo 212 ibidem por parte de los adultos destinatarios de la ley penal, de los cuales se presume gozan de madurez sexual y pueden controlar su comportamiento, evitando de esta manera dar rienda suelta y nociva a la satisfacción de sus instintos sexuales más básicos, si se quiere primitivos, aprovechando la superioridad que ostentan frente a las víctimas menores.

El error de tipo como causal excluyente de responsabilidad consagrada en el artículo 32 numeral 10 del Código Penal, radica en que el conocimiento de la conducta o del objeto en el que recae puede verse viciado por error, es decir, que el agente actúe convencido que el hecho no constituye una descripción típica, pues no cubre las exigencias para configurar el tipo en cuanto a sus elementos descriptivos y normativos que lo conforman, al contrario actúa bajo el fiel pensar que su conducta se enmarca en ejercicio pleno de su libertad lícita y sobre un objeto del que puede disponer. A su vez, el error será invencible si resulta dentro de un contexto racional y razonable bajo el conocimiento de un tercero buen padre de familia, un hombre medio o con conocimiento profano, no hubiera podido actualizar en las mismas condiciones del procesado, el conocimiento respecto a la configuración de los presupuestos objetivos y normativos del tipo penal, de lo contrario, si resulta probado que tenía plena posibilidad de actualizarlo y verificar que se trataba de una conducta penalmente desaprobada, se aplica un error vencible y si el delito admite la modalidad culposa por este se condenará, en caso contrario se absolverá del cargo formulado.

Hechas las necesarias precisiones sobre los dispositivos legales que consagran el delito bajo análisis, respecto de la causal excluyente de responsabilidad y sobre la valoración de las pruebas, y previo a adentrarnos

en el análisis propuesto, es pertinente precisar que de acuerdo con lo normado en el artículo 356 del C.P.P., en el juicio se incorporaron varias estipulaciones y se practicaron pruebas documentales y testimoniales aportadas por los sujetos procesales en disputa, que versan sobre hechos relevantes para lo que interesa al debate.

Las siguientes fueron las estipulaciones logradas entre las partes: (i) Plena identidad del acusado RAFAEL ENRIQUE CORTEZ MARTINEZ, quien se identifica con C.C. Nro. 8.370.817 de Cauca, Antioquia, donde nació el 19 de julio de 1960¹⁰ y (ii) que Estefanía Gallego García nació el 17 de marzo de 2001 y (iii) que María Camila Puerta Córdoba nació el 17 de diciembre de 1999.

En punto de lo debatido, debe expresar la Sala que de las intervenciones del recurrente y los no recurrentes no se discute que el procesado RAFAEL ENRIQUE CORTEZ MARTINEZ, el 1 de octubre de 2014, en el hotel Los Olmos que se ubica en la vía que del municipio de Marinilla conduce a El Peñol, Antioquia, sostuvo relaciones sexuales con la menor EGG a cambio de una suma de dinero. La divergencia estriba en que para el juzgado el procesado tuvo contacto sexual con la niña teniendo pleno conocimiento de que se trataba de una menor de 14 años, motivo el comportamiento fue doloso, mientras que opugnador refiere que sobre ese elemento del tipo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, su prohijado erró al creer que la joven tenía una edad superior a ese límite motivo por el cual no se acredita el dolo.

Como se dijo, el *a quo* declaró responsable a CORTEZ MARTÍNEZ porque no encontró elementos suficientes con los que demostrara que para el día de los hechos desconocía la edad de EGG, por el contrario, el evento previo acaecido en el mes de marzo de 2013 y el status social que ocupaba sirvieron de base para exigirle que recordara a la menor y se abstuviera de tener prácticas sexuales con sujetos de menos de 14 años de edad, aun cuando en estas mediara el consentimiento, le fijó la obligación de informarse sobre esto previo a intercambios libidinosos.

¹⁰ Pág. 27 PDF 01 Expediente de conocimiento.

Para la Sala, las apreciaciones de la primera instancia fueron acertadas por lo que serán abordadas a la luz del alegato de la defensa, a efectos de llegar a una conclusión en la que se deje sin sustento ese manto de duda que se pretende tejer sobre la providencia analizada.

Del estudio de la pruebas practicadas en de manera regular y oportuna la Sala considera lo que a continuación se expone:

1. El procesado conocía previamente a la menor porque en el mes de marzo del año 2013 le había realizado la entrevista de ingreso a la Institución Educativa Técnico Industrial Simona Duque de Marinilla, Antioquia. La defensa alega que no es posible exigirle al procesado que recuerde un hecho ocurrido 20 meses antes del encuentro sexual porque en su labor de rector eran muchas las personas que podría haber entrevistado, sin que exista prueba de que únicamente fue atípica la matrícula de EGG - ocurrió en marzo de 2012-. Sumado a esto, tampoco hay certeza de que en la reunión sostenida se haya presentado un evento particular que obligara la recordación.

Comparte esta Corporación la apreciación de la defensa en ese sentido, resulta ser una carga muy alta exigirle a alguien que recuerde una conversación que sostuvo con otra persona y que además conserve en su memoria datos mínimos como la edad, más aún si se tiene en cuenta que luego de esa reunión no hubo interacciones posteriores que le permitieran mantener el contacto. Empero, en el *sub lite* no hubo sólo una reunión, la menor insistió en que durante el mes que estuvo cursando el grado séptimo en esa institución llegó a hablar directamente con el procesado para tratar asuntos escolares, lo que indica que además del dialogo inicial hubo otros subsiguientes, con los que el procesado identificó a la menor como alumna de la institución.

2. Regla de la experiencia según la cual una persona que cursa grado séptimo de secundaria usualmente tiene entre 11 y 12 años.

Debe decirse que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹¹, definió *“las reglas de la experiencia son conclusiones empíricas de hechos comunes susceptible de adquirir validez general, las que se construyen a partir de la costumbre, prácticas culturales y usos cotidianos, desarrollados por un grupo humano en un contexto específico, los que al tener pretensiones de carácter universal o de alta probabilidad se identifican en el esquema “siempre o casi siempre que ocurre A entonces sucede B, por lo que su construcción lógica no puede devenir de juicios sensoriales o particulares vivencias”*.

La construcción según la cual siempre o casi siempre que una persona cursa séptimo grado tiene entre 11 y 12 años es la generalidad que la legislación nacional ha provocado, ello de conformidad con lo establecido en la ley 115 de 1994, que fija como límite máximo para realizar el grado de preescolar los cinco años de edad, debiéndose iniciar la básica primaria a los seis, por tanto, como bien atinó la primera instancia, cuando una persona alcanza el grado séptimo tiene entre 11 o 12 años, tal como ocurrió con EGG al momento en el que realizó la matrícula ante el procesado.

3. Por regla de mejor evidencia y el resultado arrojado en el juicio oral resulta ser acertada la edad clínica consignada en el dictamen pericial de medicina forense. El impugnante puso en entredicho la fiabilidad de la edad clínica concluida por el legista porque para llegar a esa conclusión no tuvo en cuenta los elementos exigidos en el protocolo establecido por medicina legal que estaba vigente para el momento de la valoración. Informó que el peritaje elaborado por el Dr. Juan Carlos Rivera Puerta, y sustentado en juicio oral por el profesional de la medicina Juan David Morales Orrego, carecía de información sobre el desarrollo mamario y tamaño de la aureola del pezón de EGG; lo cierto es que, la dubitación fue zanjada cuando el profesional el galeno le respondió al fallador primario que criterios como la talla, peso y desarrollo mamario sirven de base para determinar la edad clínica, siendo lo ideal la corroboración de todos, pero que ante la ausencia de alguno de ellos la conclusión sigue siendo igual de válida.

En síntesis, si el legista hubiese vislumbrado características físicas con las que advirtiera que la menor aparentaba una edad superior a la cronológica

¹¹ Sentencia Radicado No. 58.301 del 23 de marzo de 2022, M.P. Fernando León Bolaños Palacios.

así habría quedado reportado en el dictamen, al contrario, el galeno fue certero al decir que correspondía a 13 años. En el mismo sentido, se abordará el hecho de que la menarquia en EGG tuvo ocasión a los 13 años, lo que implica, según explicó el perito que compareció a la diligencia, por pregunta técnica que la defensa le realizara, cuando este fenómeno –primera menstruación- se presenta a temprana edad hace que los cambios físicos surjan anticipadamente, sin embargo, en la víctima ese cambio del desarrollo de la niña se presentó en la misma edad en la que sostuvo el encuentro sexual.

4. El juez de conocimiento le restó valor al registro fotográfico allegado como prueba de descargo y desechó los argumentos del procesado en los que expresaba que EGG físicamente aparentaba una edad superior, al punto de no sentir la necesidad de preguntarle la edad porque era lo suficientemente alta como para verse como una mujer hecha y derecha, que efectivamente podía tener los 19 años que había consignado en su Facebook.

Este último planteamiento resulta ser el argumento central del descontento de la defensa, puesto que, no consideró acertado reclamarle a un ciudadano por no haber preguntado la edad a una mujer que físicamente se veía mayor de 18 años, con la cual no sería un delito tener relaciones sexuales consentidas, a la luz de lo establecido en el capítulo segundo, título cuarto del Código de las Penas. De acuerdo con la defensa, la teoría alternativa plausible era la que correspondía con la verdad y la planteó con la declaración del procesado:

- A partir del 31 de mayo de 1998 se vinculó como empleado público en carrera ante el magisterio. Ocupó varios cargos hasta que se le designó como Rector.
- Nunca ha tenido sanciones disciplinarias.
- El procesado contactó por Facebook a LYBP y a EGG, en sus perfiles aparecía que las mismas contaban con 19 años.
- El primero de octubre de 2014 recibió mensajes por Facebook, en los que LYBP y a EGG le manifestaban que querían tener una experiencia

sexual con una persona mayor, los mensajes fueron recibidos en un lapso de media hora de diferencia uno del otro.

- Él les hizo saber que estaba dispuesto a cumplir con lo que le pedían y decidió citarlas, a las dos, para el mismo día, en el hotel Los Olmos.
- Una vez en el lugar sostuvo relaciones sexuales por al menos 20 minutos con LYBP y a EGG, al verlas nunca sospechó que contaran con una edad inferior a la que se había convencido de que tenían.
- EGG era una mujer hecha y derecha, con senos formados, caderas pronunciadas, de estatura alta, no aparentaba tener menos de 14 años.
- Les dio \$70.000 porque ellas le pidieron para el pasaje.
- Después de ese encuentro nunca volvió a hablar con EGG y LYBP.

El discurso del procesado presenta serias incoherencias con lo arrojado por la prueba de cargo, ello en atención a que buscó que se diera por cierto que él se confió en la edad de sus acompañantes porque así aparecía en Facebook, sin embargo, debe recordarse que además de hablar con ellas sostenía conversaciones con otras menores como MCPC, por la misma red social, y respecto de ella también sabía que era menor de edad, en sus mensajes exaltaba que pese a ser tan joven le parecía muy inteligente y le indagaba sobre su participación en diferentes actos escolares dentro de la institución que estaba a su cargo, con ello es claro que perfectamente comprendía que incluso los menores de edad podían acceder a la red social de Facebook y que para lograrlo ingresaban una fecha de nacimiento que distaba de la real.

Por otra parte, señaló que EGG y LYBP se veían lo suficientemente grandes como para no considerar necesario preguntar su edad, en la impugnación la defensa planteó que el juez primario no se debió preguntar si era posible que ellas aparentaran 19 años sino si aparentaban menos de 14 años, lo cierto es que el juicio oral es solamente uno, así como la prueba, y es incorrecto esperar que la valoración varíe de acuerdo a lo que a una parte de convenga; de manera lógica, si el procesado expresó que se confió en la edad de la usuaria en la red social Facebook y que al verlas sus características físicas confirmaron esa creencia, es decir, que él erróneamente concluyó que ellas realmente tenían 19 años, lo más lógico es que el juez

constatara que esa impresión se repetía en todo el que veía a EGG, obteniendo como resultado que ello no era del todo cierto porque el médico legista la observó físicamente y dictaminó que era una menor de 13 años de edad.

Las capturas de pantalla que aportó la defensa, con las que pretendía dejar en evidencia lo relacionado con las características físicas de las menores, no permiten confirmar que EGG luciera como alguien mayor de 19 años, imposible allí reparar las caderas pronunciadas o el desarrollo mamario que aseguraba haber visto el procesado, lo que si se contempló fue un rostro que distaba por mucho del de alguien de 19 años.

Finalmente se dirá que tal como lo apreció la primera instancia, la teoría planteada por la Fiscalía logró demostrarse a cabalidad. En la menor EGG no se notó una intención de querer perjudicar al procesado, se vio expuesta a recordar unos hechos que golpearon su integridad sexual, aun cuando ello implicó aceptar frente a su progenitora el intercambio al que había llegado con el procesado, su versión fue consistente en el tiempo y al momento de verterla a inmediaciones de la audiencia pública se mostró segura de lo que ocurrido y espontánea pese a la gravedad de ese reconocimiento.

El procesado, en cambio, encontró una barrera en los testigos que lo antecedieron en el estrado, pues pretendió hacer pensar que él fue el incitado al encuentro, que a raíz de conversaciones banales que según LYBP no trascendían de un saludo, había llegado de un momento a otro a planear un intercambio sexual, cuando la primera ofrecía sexualmente a sus amigas a quienes incitaba con los ofrecimientos económicos que sabía iba a recibir por parte del procesado. Pretendieron que se creyera que los \$70.000 sólo los había recibido LYBP y que eran una ayuda para pagar el transporte de regreso, pero no hay identidad con lo que aseguran las víctimas porque la suma que percibieron fue de \$70.000 para cada una, las cuales invirtieron a cabalidad -una en unos botines para la mamá y la otra en una ropa para ella misma- sin que hicieran alusión a que habían gastado un dinero en el pago de un vehículo que las llevara desde el hotel hasta su lugar de residencia.

Como último argumento que permite confirmar la concurrencia del requisito subjetivo del tipo penal en el actuar del procesado es el contexto en el que se desarrolló el punible y la fijación que se demostró existía en RAFAEL ENRIQUE CORTEZ MARTÍNEZ, quien de manera reiterada decidía contactar por medio del Facebook a niñas menores de edad a las que con excusas de una amistad les ofrecía dinero y las inducía a que sostuvieran prácticas sexuales, pues así quedó probado con prueba documental.

Si bien la defensa quiso elaborar una hipótesis alternativa, la misma no se ajusta a la realidad y en nada controvierte lo manifestado por la menor víctima, a quien de manera infructuosa le pretendieron impugnar credibilidad, que dejó claro no había sostenido conversaciones con las cuales hubiese podido acordar el encuentro sexual, echándose de menos el soporte de las conversaciones en las que EGG lo contactó para tener el encuentro sexual, así como el pantallazo de los perfiles de Facebook aportados. Al contrario, solo arrojó pequeños trazos de una historia que corrobora que es mendaz y que sabía perfectamente que ese acceso carnal lo estaba desplegando sobre una menor de 13 años, sin que fuese necesario preguntar una edad que de sobra conocía y que pretendió desconocer todo el tiempo para obtener una absolución.

Descartando los alegatos defensivos no queda más que confirmar a cabalidad la sentencia de condena impuesta al señor RAFAEL ENRIQUE CORTEZ MARTÍNEZ.

En mérito de lo expuesto **LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza, fecha y origen, en lo que fue objeto de apelación, acorde con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes, significándoles que contra la presente procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y cúmplase,

(Firma electrónica)

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Magistrada

(Firma electrónica)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Firmado Por:

Maria Stella Jara Gutierrez

Magistrada

Sala Penal

Tribunal Superior De Antioquia

Isabel Alvarez Fernandez

Magistrada

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **4f1ce9f6baa743b6dc37a75e099e040c3510fe11f73619a38b93489d006e86cc**

Documento generado en 26/04/2023 05:08:44 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 093

PROCESO: 05 282 60 00000 2019 00005 (2022 0995)
DELITOS: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO
TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES
ACUSADOS: JUAN ESTEBAN VILLA BEDOYA
ALEXANDER AGUIRRE SÁNCHEZ
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por los defensores de los procesados, en contra de la sentencia del 30 de junio de 2022 emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante la cual condenó a los señores JUAN ESTEBAN VILLA BEDOYA y ALEXANDER AGUIRRE SÁNCHEZ por hallarlos responsables del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO. En la misma providencia, absolvió a JUAN ESTEBAN VILLA BEDOYA por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que en el municipio de Fredonia (Antioquia) opera una estructura criminal, denominada "LOS AGUILARES", dedicada al narcotráfico desde el año 2015 y liderada por WILSON AGUILAR, DANIEL AGUILAR y SANTIAGO AGUILAR.

Igualmente, se afirma que el señor ALEXANDER AGUIRRE SÁNCHEZ pertenecía a tal organización en calidad de jíbaro y sicario, encargado

de distribuir los narcóticos en la vereda Combia y manejar las armas del grupo delincriminal.

De la misma forma, JUAN ESTEBAN VILLA BEDOYA era integrante del grupo como jíbaro para la venta de narcóticos y ayudaba en la contabilidad que se tenía para esos efectos.

El proceso pasó al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia en donde el 09 de septiembre de 2019 la Fiscalía formuló la acusación. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 20 de mayo de 2021 y el juicio oral se desarrolló desde el 13 de octubre de 2021 y hasta el 22 de abril de 2022. La sentencia fue leída el 30 de junio siguiente.

LA DECISIÓN OBJETO DE ALZADA

El A quo señaló que, para el caso concreto, ninguna dificultad reviste la existencia de la organización criminal, pues mediante estipulación probatoria realizada en sesión del 13 de octubre de 2021 las partes acordaron dar como cierto la existencia del grupo delincriminal denominado “Los Aguilares”, en el municipio de Fredonia-Antioquia, estructura delincriminal que se dedicaba al tráfico de estupefacientes desde el año 2013 y la cual se fue prolongando a lo largo del tiempo hasta el año 2019.

Con respecto al testigo Edwin Villa Diez, quien afirmó que los procesados pertenecía a la organización criminal “Los Aguilares”, señaló que la versión brindada por el testigo, se corresponde al conocimiento directo que tuvo sobre la existencia de la organización delincriminal, así como la participación de Alexander Aguirre Sánchez y Juan Esteban Villa Bedoya en la misma, declaración que será

analizada a la luz del Art. 404 del C.P.P., así como a los criterios jurisprudenciales y dogmáticos relativos a la valoración de dicho medio de acreditación.

Expresó que se tiene entonces que el señor Villa Diez fungió como carga probatoria de la Fiscalía, advirtiéndose por parte de la judicatura, que sus declaraciones no se advierten revestidas de algún interés particular pues, no existía parentesco, dependencia, o algún sentimiento de animadversión, por ejemplo, encaminado a incriminar a los acusados, por el contrario tanto en el interrogatorio directo como en el interrogatorio cruzado, afirmó de un lado que sólo había visto en una oportunidad al señor Alexander Aguirre Sánchez y de otro, adujo no haber tenido ningún tipo de inconvenientes con Juan Esteban Villa Bedoya, pese a haberlos conocido en el escenario propio de la materialización de conductas punibles.

Lo anterior, como quiera que el testigo mediante su propia percepción estableció circunstancias de tiempo modo y lugar, narrando de manera certera y concreta, cómo fue ese contacto inicial con cada uno los procesados.

Ello, por cuanto al ser interrogado por el ente fiscal sobre la participación de Alexander Aguirre Sánchez sin lugar a dubitación alguna, dio cuenta cómo este ingresó a la organización los Aguilar, señalando en un primer momento que sus compañeros de causa, conocidos como Soto, la Nea o Juan José le dieron a conocer que alias el Mono, estaba vinculado a los Aguilar en el rol de sicario.

Luego, si bien lo expuesto y analizado de una manera aislada podría dar cuenta de una posible prueba de referencia o un testigo de oídas, lo cierto es que ello debe ser valorado a la luz del conocimiento

posterior del testigo, pues recuérdese que el mismo afirmó haber visto a Aguirre Sánchez en compañía de alias Lucas, en un teléfono público y quien fue la persona que se encargó de entregar un paquete que contenía diversas sustancias estupefacientes, en el marco, lógicamente, de la actividad delictiva achacable a la organización.

Sobre Juan Esteba Villa, el testigo señaló que Soto y Nanis lo mandaban a entregarle dosis mínimas.

Consideró que el testigo siempre fue preciso y concreto en los dichos que vinculaban a los acusados, proyectó seguridad en cada una de sus respuestas y la declaración rendida a la defensa, permitió incluso recordar circunstancias que llevaron a la judicatura a un convencimiento más allá de toda duda razonable, sobre su participación con la organización delincuenciales "Los Aguilar". A lo largo de su intervención, el testigo se mantuvo en su versión inicial, recalando su permanencia con esta estructura delincuenciales y la cual se dio por un periodo de dos meses y medio, interregno en el cual percibió las actividades adelantadas por los hoy acusados y las cuales estaban encaminadas a materialización de conductas punibles.

También señala que evidente resulta la participación de Aguirre Sánchez con una organización delincuenciales, pues no en vano le fue hallada un arma de fuego en su residencia, corroborando en parte los dichos del testigo de cargo -Villa Diez- cuando este señaló que había escuchado como el acusado dentro de sus labores al interior de la organización criminal se ocupada de guardar las armas de la organización. Pese a que dicho evento insular, no es objeto de reproche en la presente actuación, lo cierto es que, como viene de verse, refuerza la salida procesal de aquél. Aunado a que el contacto inicial del testigo Edwin Villa Diez con Aguirre Sánchez fue en la vereda

Combia, sector que como lo ratificaron los demás testigos, era el sitio de asentamiento y morada del acusado.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor defensor de Juan Esteban Villa Bedoya, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Se duele que ante un solo testigo y con demasiadas inconsistencias y mentiras en su relato, se condene a un ser humano.

Le llama la atención que si el único testigo de la Fiscalía vincula a su representado con la organización y además indica las razones que sabe y conoce de dos fuentes en lo que se refiere a que estaba dentro de dicha organización por “amenazas de muerte” no se dio aplicación al artículo 32 del Código Penal ausencia de responsabilidad por obrar bajo insuperable coacción ajena o por obrar por impulso o miedo insuperable, si como del relato de los hechos lo refiere que la organización delincencial a pesar de tener tras las rejas a sus cabecillas éstos seguían delinquiendo desde la cárcel y en ese municipio de seguía cometiendo múltiples asesinatos en razón de este conflicto de lo cual al parecer no se escapa su poderdante según el relato del testigo.

Expresa que de lo dicho por el testigo se deduce que nunca conoció el contenido de los supuestos paquetes entregados a Villa Bedoya, sino que además quiso hacer creer que sabía el contenido de los mismos. No considera creíble que como miembro activo de la organización y encargado de distribuir a los denominados “jíbaros” le vaya a entregar sin conocer concretamente lo que estaba entregando para posterior liquidación de cuentas y menos creíble que el supuesto “jíbaro” no vaya

a destapar lo que se le entrega por parte del miembro de la organización lejano a él. De ahí la duda si era que su cliente se trataba más bien de un consumidor y lo que se le entregaba por parte del testigo era lo que este le compraba para su consumo a alias “NANIS O LA NEA” o a “SOTO”.

Señala que el testigo lanza acusaciones a diestra y siniestra sin ningún respaldo fáctico de tiempo, modo y lugar, porque no contento con ello, trató de hacer creer a la judicatura que lo veía vendiendo los estupefacientes sin señalar que clase de estupefaciente, a quien se lo vio vendiendo y en qué fecha.

Sostiene que si su defendido perteneció a la organización fue por amenazas y por ello no hubo un acuerdo libre, consciente y voluntario. Y la defensa no trató de buscar la inocencia de su prohijado bajo el supuesto de la coacción porque el hecho de la eximente se conoció una vez el único testigo de la fiscalía indicó esa situación y contrario a lo indicado por el señor Juez no fue simplemente una exigua argumentación.

Afirma que con el testimonio de la señora Tatiana Arango Betancur, quien también fue condenada por ser miembro activa de la organización “Los Aguilar” y conoció a sus integrantes, y quien afirma que su defendido no pertenecía a ella, sería suficiente para que el Juez tuviera la duda en razón de la participación de su representado en los delitos acusados.

Expresa que al testigo no puede creérsele, pues presentó contradicciones con dichos anteriores en entrevistas como que su representado se mantenía en moto con un arma de fuego. No es una persona en la que se pueda confiar, pues ha sido el mismo que ha

entregado a sus propios compañeros de causa, parece todo un justiciero señalando y delatando a quien de alguna manera se cruzó en su delictivo camino. Es posible que varios de sus relatos hayan sido ciertos, pero no la absoluta totalidad.

Señala que los testigos recibidos en favor de su defendido, declararon en forma lógica y coherente y el en el contrainterrogatorio el fiscal no logró controvertir sus dichos o dejar entrever que sus declaraciones no correspondían a la verdad.

En contra de su representado no se aportó otras pruebas como interceptaciones telefónicas, registros fílmicos o fotográficos, por lo que es triste que con una sola prueba se imparta sentencia condenatoria.

2. El señor defensor del procesado Alexander Aguirre Sánchez, también inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

Considera que el único testigo de cargos no es suficiente para emitir sentencia condenatoria, pues a contrario de lo sostenido por el A quo, el testigo siempre indicó haber escuchado las afirmaciones sobre su pertenencia al grupo y que solo lo vio una sola vez. No se puede encuadrar la comisión del delito de concierto para delinquir agravado por un hecho aislado, que presenció el testigo solo una vez y que durante el tiempo que él fue parte de ese grupo, desde el mes de octubre de 2018 hasta el mes de diciembre de 2018, nunca más volvió a observar a esta persona. No se enteró de manera directa que hacía su prohijado, a que se dedicaba y cuál era su rol, ni cuál era el salario

que recibía por parte del grupo. Tampoco lo vio nunca en reuniones o pago de nómina de este grupo delincencial.

El testigo sí pudo conocer a los expendedores y jíbaros pertenecientes a la organización y a quienes eran visitados con frecuencia por el declarante tres o cuatro veces por semana, caso distinto en relación con su prohijado, quien fue visto por el testigo solo una vez durante los dos meses y medio que hizo parte del grupo, situación muy extraña y más aún cuando dice que el paquete lo recibió fue su compañero Soto y no él. Situación importante porque si él no recibió ningún paquete por qué afirma que si lo hizo. Además, afirma saber el contenido, lo cual deja muchas dudas e imprecisiones.

Considera que no existía un umbral de conocimiento para emitir sentencia de condena y en lo que respecta al delito contra la seguridad pública ni siquiera existían elementos para poder estructurar cualquier tipo de fallo en razón a las falencias estructurales que desde la acusación se presentaban.

De la hipótesis fáctica planteada por la Fiscalía, podría indicarse que, en efecto alude a la existencia de un número plural de sujetos, refiriendo igualmente la existencia de una organización delictiva que se ha concertado para realizar pluralidad de delitos indeterminados, y, aunque no precisa de manera clara el ánimo de permanencia, se sostiene que la concertación operó por lo menos con siete (7) años de anterioridad al ilícito, que en modalidad de coautoría les imputó a los acusados, y en especial a su asistido.

Pero la Fiscalía incumplió la carga de establecer con claridad los hechos jurídicamente relevantes frente a la pluralidad de sujetos activos en el delito contra la seguridad pública, y el Juez A quo,

ignorando el precedente jurisprudencial, no ejerció el control judicial frente a la falencia denunciada, y, sin que existiese marco fáctico aplicable al delito contra la seguridad pública, emitió condena por aquel, ignorando los requisitos que mínimamente se deben configurar para adoptar una decisión de condena frente al delito de concierto para delinquir. Desde el plano fáctico, nunca se indicó por parte del ente acusador, de qué manera, o cómo su asistido se concertó para ingresar a la empresa criminal, como tampoco cuál fue su rol y cuáles fueron los delitos indeterminados para los que se concertó. No se adujo, por ejemplo, si fue el uno de los creadores de la empresa criminal, o si se vinculó a la ya creada, con quien o quienes se concertó para ingresar o crear la empresa criminal, tampoco, nada se dice sobre el rol que desempeñaba, si le correspondía ejecutar uno, ninguno o varios de los punibles para los cuales se concertaba la organización delictiva.

Si bien es cierto se indica en la acusación que por lo menos con cuatro (4) meses de anticipación al comportamiento que autónomamente se le imputó- se dio esa concertación, nunca referenció la forma puntual en la que se generó esa agremiación delincuencia, tampoco desde lo fáctico aduce con quien o quienes se agremió, ni para que delitos indeterminados lo hizo. Lo que surge, desde un plano objetivo, en lo que atañe a la acusación, es que el ente Fiscal confundió – desconociendo abundante Jurisprudencia- la coautoría de la concertación para delinquir, y, sin ejercer el control, debido, el Juez A quo emitió condena por un delito que desde la afirmación fáctica no podía dar lugar a juicio de reproche.

Desde el punto de vista probatorio no puede darse por acreditado que su asistido pertenezca a la organización criminal, ya que desde el plano probatorio, no se explica la Defensa como dio por acreditado el Juez A Quo, que su asistido Alexander Aguirre Sánchez, hiciese parte de dicha

asociación delictiva, pues nótese que, a más de probarse – bajo declaración de oídas en su mayoría- por el único testigo que existía dicha organización delictiva, ninguna prueba, ni siquiera de naturaleza indiciaria, dio cuenta de que el señor Aguirre se encontrase vinculado, con otras personas, para cometer pluralidad de delitos, con unidad de designio criminal y ánimo de permanencia en el tiempo. No hizo parte de la hipótesis factual que Alexander estuviese ligado a la comisión de múltiples ilícitos, pero tampoco ninguna prueba sostuvo su vinculación o alianza previa a una organización delictiva. Nunca se adujo, por ejemplo, para que otro delito o delitos se hubiese concertado Alexander, como tampoco, ningún testigo de la Fiscalía presentó un organigrama, donde, por ejemplo, se pudiese establecer la vinculación de Alexander con alguna estructura delincuencia. El único testigo de cargo no conoció de la existencia de Alexander sino con relación al hecho puntual de ocurrencia en la vereda de Combia, en el teléfono rojo, una sola vez. El principal testigo de la Fiscalía, el señor Edwin Villa Diez, no había visto a su asistido antes, ni después de que el declarante haya ingresado y salido de esta organización criminal, como bien lo dice solo escuchaba comentarios, solo de oídas. Si es que se demostró que una organización ilegal fue la que ordenó comportamientos ilícitos, de ello, no se sigue necesariamente que los ejecutores pertenezcan a dicha organización, puesto que también es posible que la agremiación delictiva se valga de terceros, que sin pertenecer a la estructura delincuencia, ejecuten un comportamiento específico. De hecho, también es posible que la agremiación delincuencia se valga de terceros a quienes no se les entrega ningún tipo de información sobre los móviles de un ilícito, del cual solo deben acatar lo contratado. “Se está ante un error de lógica, una falacia non sequitur, porque la conclusión no se deduce de las premisas que la anteceden” pues de la premisa de que la organización delictiva ordenó al señor Soto recoger un paquete de manos del señor Alexander

Aguirre, no se deriva forzosamente que todo aquel que hubiese intervenido, pertenece al grupo delictivo.

En síntesis, afirma que no existía posibilidad, ni fáctica, ni probatoria, ni jurídica, para emitir juicio de reproche por este delito en disfavor de su representado, por esta razón, la pretensión consiste en que la Sala emita fallo de remplazo en relación con este comportamiento y emita fallo absolutorio frente a aquel.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se contrae en determinar si al juicio la Fiscalía llevó o no prueba suficiente para obtener un conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad de los acusados en los hechos objeto de acusación.

Para el A quo, el testimonio del señor Edwin Villa Diez presentado por el Ente Acusador como único testigo de cargo en cuanto a la pertenencia de los acusados en el grupo delincencial denominado “Los Aguilar”, es suficiente, teniendo en cuenta además la estipulación que dio por demostrada la existencia de la organización delictiva. En cambio, los defensores resaltan inconsistencia en el testimonio y señalan que no merece la credibilidad que le otorgó el fallador para sustentar la sentencia condenatoria.

Para decidir, la Sala escuchó atentamente lo ocurrido en el juicio oral y pudo concluir que a los defensores les asiste razón en sus críticas, porque el único testigo presentado por la Fiscalía no otorgó información clara y contundente que permitiera obtener un conocimiento sin duda alguna sobre la responsabilidad de los acusados, por lo cual, de una

vez se dirá que la sentencia condenatoria será revocada. Estas las razones:

1. Como estamos ante la figura del testimonio único, la Sala considera necesario especificar las condiciones que debe reunir este tipo de prueba para sustentar la sentencia, conforme con la jurisprudencia nacional.

Es necesario precisar la orientación legal y jurisprudencial vigente para la apreciación del testimonio.

La Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en decisión del 7 de diciembre de 2022, Radicado 52548, M.P. Dr. Hugo Quintero Bernate, recordó:

Dentro de los medios de prueba admitidos por la normativa procesal penal (artículo 382 *ibídem*), se cuenta con el '**testimonio**', instrumento tradicional en la práctica judicial y que la mayoría de las veces constituye prueba central dentro del proceso.

En sentido amplio, el testigo es la persona que por medio de sus sentidos ha percibido una cosa o suceso determinado. En otras palabras, es un narrador de una experiencia vivida de manera directa, a fin de probar un hecho, circunstancia o cosa concreta, ya fuere referido a un hecho delictivo objeto del proceso, un hecho que represente un indicio de aquél, la participación de determinada persona en tales hechos y/o al contrario, dirigido a desvirtuar cada uno de los anteriores.

Su valoración y/o apreciación, está enmarcada en la verificación de diversos criterios, normativizados a lo largo de la historia legislativa colombiana y que para el caso de la ley aplicable al presente asunto (artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2004), se ciñen a *«los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria, y, especialmente lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y personalidad.»* (resaltado de la Corte)

La jurisprudencia de la Corte, de manera continua y reiterada, dando interpretación a esta, ha enseñado que en el proceso de valoración del testimonio, deben considerarse criterios tales como:

«[...] la ausencia de interés de mentir o la presencia de un motivo para hacerlo, las condiciones subjetivas, físicas y mentales del declarante para recordar lo percibido, la posibilidad de haber percibido, la coherencia de su discurso, la correspondencia con otros datos objetivos comprobables, la verificación de los asertos con distintos elementos de prueba y la intención en la comparecencia procesal, entre otros».¹

Descartando en todo caso, *«la condición moral del atestante, como parámetro suficiente para restarle poder de convicción»*.²

De lo hasta aquí citado, no se colige que el legislador, haya fijado un criterio numérico de prueba o si la misma debe ser directa o indirecta, para arribar al juicio de responsabilidad requerido por el artículo 381 citado, en tanto el proceso penal vigente se adscribe al sistema de la valoración racional fundado en el principio de la sana crítica, consagrado en el canon 380 de la Ley 906 de 2004.

De tal modo lo importante, no es la cantidad o calidad moral de los testigos que concurren a afirmar un hecho (si es uno o más o si son directos o indirectos), sino la coherencia y corroboración con las demás pruebas legalmente allegadas a la actuación. Así lo ha expuesto la Corte:

«si bien pretéritas reglas de valoración del testimonio se basaban en el principio de “testis unus testis nullus”, de modo que en medios probatorios tarifados se desechara el poder suasorio del declarante único”, con el sistema de la libre apreciación de las pruebas “tal postulado fue eliminado, ya que la veracidad no depende de la multiplicidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de intereses en el proceso o circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia de su relato con la verdad de lo acontecido, en aras de arribar al estado de certeza”». (CSJ SP16841-2014).

En tal virtud, es posible edificar, sobre un testigo único y directo, la certeza para proferir sentencia condenatoria *«siempre y cuando su exposición de los hechos sea lógica, unívoca, coherente y esté*

¹ CSJ, SP1638-2022, de 18/05/2022, Rad. 46808; SP2746-2019, de 17/07/2019, Rad. 51258; SP345-2019, de 13/02/2019, Rad. 52983.

² CSJ, SP13189-2018, Rad. 50836.

*corroborada con las demás evidencias acopiadas en el debate probatorio».*³

Luego entonces, con una operación rigurosa de control interno del testimonio único como la que ordena singularmente el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2004, es factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia de éste o, por el contrario, descartar o rechazar la veracidad de su relato.⁴

De lo anterior se extrae que debe observarse en primer lugar si el testigo narra en el juicio aquello que ha percibido por sus sentidos, una experiencia vivida de manera directa, a fin de probar un hecho, circunstancia o cosa concreta, ya fuere referido al hecho delictivo objeto del proceso o a un hecho indicativo de aquél o de la participación de una persona en tales hechos. Es importante este punto, porque en nuestra legislación en principio no puede apreciarse un testimonio de referencia, esto es, cuando se pretende a través del testigo demostrar un hecho que ha sido presenciado por otra persona. Solo excepcionalmente se admite la prueba de referencia.

Igualmente, la ley y la jurisprudencia dejan claro que la apreciación del testimonio debe realizarse teniendo en cuenta los principios técnicos científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y la personalidad.

Por ello, es importante que en el interrogatorio el testigo dé las razones de sus dichos, esto es, cómo, cuándo, dónde y por qué percibió un determinado acontecimiento. Determinar las circunstancias de tiempo,

³ Entre otros, CSJ, SP2746-2019, de 17/07/2019, Rad. 51258; SP1638-2022, de 18/05/2022, Rad. 46808.

⁴ CSJ, sentencia de casación, de 15/12/2000, Rad. 13119.

modo y lugar permiten conocer con claridad si lo dicho por el testigo es una vivencia propia o si ese conocimiento le fue dado por una tercera persona. Igualmente, propicia otorgarle la credibilidad que merece al concluirse si conforme con las circunstancias, es razonable que ese conocimiento sí haya sido obtenido por el testigo. No puede haber duda sobre la posibilidad real que haya tenido el testigo para percibir los hechos que narra. Su discurso debe ser coherente y tener correspondencia con otros datos objetivos comprobables. De la misma forma, es importante la verificación de sus asertos con otros elementos de prueba.

Aunque es posible edificar un juicio de reproche con el testimonio único, debe tenerse en cuenta que conforme con la jurisprudencia la fuerza suasoria depende de las condiciones personales del testigo, sus facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación, la ausencia de interés en el proceso o circunstancias que afecten su imparcialidad. Su exposición debe ser lógica, unívoca, coherente y estar corroborada con las demás evidencias acopiadas en el debate probatorio.

2. Cuando se trata de demostrar la responsabilidad penal de una persona en el delito de concierto para delinquir, no es suficiente con probar la existencia de alguna estructura criminal organizada y dirigida a cometer delitos indeterminados en el tiempo, pues debe demostrarse en concreto que la persona unió su voluntad a los fines de la organización. Esto es, que con otras personas en forma expresa o tácita acordó cometer delitos indeterminados bajo las condiciones de existencia de la organización y con permanencia indeterminada en el tiempo.

3. Para el cometido anterior, no es suficiente con demostrar que una persona en algún momento cometió un delito aislado, como por ejemplo que se le sorprendió portando algún arma o con tenencia de estupefacientes. La prueba debe ser del tenor suficiente que permita inferir la pertenencia del acusado a la estructura criminal señalada.

4. El acuerdo de voluntades y el ánimo de pertenecer y compartir los fines de una estructura criminal normalmente no se puede demostrar con prueba directa, por ello es necesario evidenciar una serie de hechos de los cuales surja evidente el acuerdo y que las acciones endilgadas a la persona son propias de la pertenencia al grupo y el compartir la realización de sus fines.

5. Se insiste, debe tenerse en cuenta que cuando se trata de prueba testimonial, el testigo sólo debe declarar sobre aquellos hechos que ha percibido directamente por sus sentidos, salvo que existan los presupuestos legales para admitir la prueba de referencia. Así que, si el conocimiento del testigo proviene de otra persona, porque no percibió el hecho o la situación, sino que se la contaron o la escuchó de alguna forma, las manifestaciones que haga en el juicio con esas características no pueden ser valoradas o tener el poder suficiente para edificar la sentencia judicial.

6. En el presente caso, escuchado con atención el testimonio del señor Edwin Villa Diez, puede percibirse que la mayor parte de información que suministra está referida a hechos que no presenció directamente, sino que tuvo conocimiento por terceras personas, especialmente por una que afirmó tenía el nombre de "Soto", quien le comentó todos los pormenores de la organización y quienes pertenecían a ella. Igualmente, señaló que mucha información la obtuvo por mensajes de WhatsApp que enviaban, esto es, datos y hechos contados por

terceras personas de las cuales no se conoce absolutamente nada. Por tanto, decir que los señores Alexander Aguirre Sánchez y Juan Esteban Villa Bedoya pertenecían a la organización criminal operante en el municipio de Fredonia y denominada “Los Aguilar”, porque al testigo se lo dijo el señor “Soto” o fue información recibida vía WhatsApp, no es más que darle valor a una prueba de referencia inadmisibile (porque no fue solicitada y decretada como tal en el proceso).

En consecuencia, sólo es posible valorar la información que directamente conoció el testigo y de lo cual pudo dar cuenta en el juicio oral bajo el interrogatorio cruzado.

7. El señor Edwin Villa Diez afirmó que solo estuvo en la organización criminal, Los Aguilar, por un poco más de dos meses, desde mediados de octubre de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2018. Durante ese tiempo estuvo a órdenes del señor “Soto”, haciendo mandados, esto es, hacer entregas de estupefacientes a los vendedores, recibir los dineros producto de las ventas y consignarlos a nombre de la organización. Se retiró del grupo porque lo iban a matar toda vez que quedó debiéndoles dinero. Este punto es importante para la valoración del testimonio, pues una persona que llega a una organización criminal y tiene tan poco tiempo en ella y termina mal por incumplimiento de sus obligaciones, no es lógico pensar que alcance a obtener un conocimiento claro y certero sobre toda la actividad del grupo y sus integrantes. Es por ello que se entiende que frente a los procesados únicamente alcance a decir que al señor Alexander Aguirre Sánchez lo vio una vez cuando en compañía de otra persona entregaba un paquete que contenía estupefacientes al señor “Soto” y frente a Juan Esteban Villa Bedoya se limite a señalar como hecho que realmente le

consta que le entregó en pocas ocasiones dosis mínimas, pero que de él no recibió dinero alguno.

8. Con respecto al señor Alexander Aguirre Sánchez, como se advirtió, el único hecho que le consta y que el testigo percibió directamente fue la entrega de un paquete al señor "Soto". Es claro que el señor Edwin no puede informar por conocimiento directo de dónde provenía el paquete, cómo llegó a manos de Alexander, por qué fue con otra persona a la entrega y que relación tenía "Soto" con él. Si afirma que Alexander pertenecía al grupo, es porque otra persona se lo dijo. Además, según la información que tenía de alias "Mono", como el distingue a Alexander Aguirre, el papel de éste era de sicario y guardar armas de la organización, por lo que la entrega de un paquete que fue lo único percibido por el testigo no permite deducir la pertenencia del acusado a la organización. Es un hecho totalmente equívoco, pues como puede ser una persona de confianza de la organización que pertenece a ella y que está encargado de la distribución del estupefaciente como lo dice la acusación, también puede ser una persona que en forma aislada hizo un favor de llevar una encomienda o simplemente acompañar a quien tenía la responsabilidad de entregarla. Cualquier razón que se diga por la cual el señor Alexander estuvo allí en la entrega del paquete, no resulta más que una especulación, pues el hecho puede explicarse de múltiples formas.

Para estructurar claramente el cargo de concierto para delinquir en el entendido que el señor Alexander Aguirre pertenecía a una organización criminal era necesario que en el juicio se evidenciaran varias situaciones de las cuales en forma clara e ineludible se llegara a la conclusión de su pertenencia al grupo y que su voluntad estaba dirigida a la realización de los actos que concretaran la finalidad de la organización. Un solo dato aislado, referente a la entrega de un

paquete contentivo de estupefacientes, no da esa seguridad y debe recordarse que el conocimiento del fallador tiene que llegar a un estándar más allá de toda duda.

El A quo pretendió completar la prueba con un dato que surgió de la prueba practicada por la defensa y es que el procesado fue privado de la libertad porque en su poder se le encontró un arma. Y el fallador trata de relacionar ese hecho también aislado con el presente proceso atribuyéndole corroboración de la información del testigo sobre que era un sicario encargado también de guardar armas de la organización, sin tener en cuenta que tal dato no puede valorarse por ser información de referencia, pues el testigo no suministró información suficiente que permitiera señalar que ese conocimiento lo obtuvo directamente, al contrario el declarante dejó claro que esa información se obtuvo vía WhatsApp y por dichos del señor "Soto".

9. Frente al señor Juan Esteban Villa Bedoya, independientemente de la información de referencia que el testigo suministra en el interrogatorio rendido en el juicio, es necesario señalar que su testimonio no resulta coherente, certero y creíble. Más bien se observan inconsistencias sustanciales que no permiten obtener un conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad del acusado.

Inicialmente, el testigo comienza a contar la actividad del señor Juan Esteban en la organización, dejando claro que esa información se la dio el señor "Soto", indicando que era vendedor de pocas cantidades, pero bajo amenazas de muerte. Igualmente, señaló que su único contacto con él fue el de entregarle en pocas ocasiones, dosis mínimas.

Durante el interrogatorio realizado por la Fiscalía, el testigo con sus afirmaciones aparentaba que estaba exculpando al procesado, pues señalaba que lo que hacía era por amenazas y que nunca lo había visto armado. Pero ya en el contrainterrogatorio, cuando el señor defensor le impugnó la credibilidad al enseñarle una entrevista en donde dice cosas muy diferentes a las expresadas en el juicio, como que ya no fuera él quien le entregaba el estupefaciente al procesado sino Soto, Juan José y otro y que él veía, e igualmente, señalando que vio cuando le entregaron un arma de fuego, el testigo comenzó a tratar de explicar cómo sabía que el acusado pertenecía a la organización y vendía estupefacientes.

En esas afirmaciones hechas desde que comienza el contrainterrogatorio se observan serias inconsistencias.

Empezó respondiendo que a Juan Esteban lo vio con miembros de la organización, para noviembre de 2018, por los lados del hotel Zulia, conversando con Soto y Juan José pero que no escuchó que decían y no hubo entrega de ningún elemento.

No sabía la cantidad de estupefaciente que él le entregaba a Juan Esteban, porque era en bolsa cerrada, y a pesar de ser él quien recibía el dinero de las ventas para consignarla a la organización, de Juan Esteban nunca recibió dinero.

Igualmente, señaló que le entregaba el estupefaciente a Juan Esteban y él salía en la moto y ya en dónde lo vendía no sabía.

Pero luego comienza a decir que Juan Esteban vendía el estupefaciente en varias partes del pueblo y menciona lugares y que también presenció varias veces vendiendo estupefacientes en la moto.

Cómo en la entrevista había dicho que eran Soto y Juan José quienes le entregaban a Juan Esteban el estupefaciente, ya afirmó que ellos lo hacían cuando él no, salían en la moto y hacían la entrega, pero también dijo que él tenía que llevarlos en la moto para hacer las entregas.

No se entiende cómo una persona que tiene como encargo en la organización criminal entregar el estupefaciente a los vendedores y recoger los dineros y consignarlos a la organización, no tenga claro qué le entregaba a Juan Esteban, qué hacía él con el estupefaciente y no le recibía dinero producto de las ventas.

Tampoco se entiende si el testigo era el encargado de esa labor, por qué tenía que llevar en la motocicleta a sus jefes a realizar lo que él podía hacer y para lo cual estaba encargado. Menos que una vez entregada las dosis mínimas a Juan Esteban, el testigo estuviera pendiente en dónde con la motocicleta el señor Juan Esteban fuera a vender, si además fueron pocas las veces que le entregó en los escasos dos meses que hizo esa actividad para la organización.

El testigo pretendió señalar que presenció cuándo a Juan Esteban le entregaron un arma de fuego por parte de la organización, pero en últimas quedó claro que esa supuesta entrega se hizo en el parque del pueblo, mientras el testigo estaba en la cancha sin posibilidad de presenciar nada.

Además, si se tiene como cierta la información inicial dada por el declarante sobre la forma como Juan Esteban estaba siendo obligado bajo amenazas para pertenecer a la agrupación, no se entiende por qué le entregan un arma de fuego y para qué.

Es importante resaltar que la explicación dada por el testigo frente a la diferencia entre lo declarado en la entrevista y lo declarado en el juicio no es convincente, pues simplemente dijo que “se le fue la paloma” que eran muchas las declaraciones y no se acordaba lo dicho en la entrevista. Lo anterior, porque no se trata de aspectos secundarios del conocimiento que el testigo pretendía transmitir, sino de aspectos esenciales como la participación del acusado en la organización, por lo cual debía tener claro quién era el que le entregaba el estupefaciente y recordar que había presenciado la entrega de un arma y que se la veía cuando el acusado andaba en la motocicleta.

10. El único testimonio que presentó la Fiscalía como prueba no resiste un examen serio por sus inconsistencias. Además, porque fácilmente se desprende de sus dichos que, en lo esencial, esto es, la pertenencia de los acusados a la organización criminal, su conocimiento fue dado por terceras personas y no porque haya presenciado hechos o situaciones de las cuales ello pueda inferirse sin duda alguna. Y no existe ninguna otra prueba, así fuera indiciaria, fuera del testimonio, que permita salvar las inconsistencias internas reveladas.

Ante la absolució, se ordenará la libertad inmediata de los procesados en razón de este proceso, la cual se hará efectiva siempre y cuando no sean requeridos por autoridad judicial competente.

Con fundamento en 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 **REVOCAR** la condena impuesta a los procesados en la sentencia de fecha, naturaleza y origen atrás indicados, conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia, en consecuencia, **ABSOLVER** a los señores

ALEXANDER AGUIRRE SÁNCHEZ y JUAN ESTEBAN VILLA BEDOYA por el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO. Se mantiene la absolución emitida en el numeral segundo de la sentencia que no fue objeto de apelación.

Se ordena la libertad inmediata de los procesados en razón de este proceso, la cual se hará efectiva siempre y cuando no sean requeridos por autoridad judicial competente.

La decisión aquí tomada queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación, el cual debe ser interpuesto dentro de los cinco días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la ley 1395 de 2010.

CÓPIESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

(EN PERMISO)
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

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: **b4c034cd4bad455d9ab9664cf8c86fd56d4df96110501f2e2d98bb21ac9a72bf**

Documento generado en 18/05/2023 02:00:44 PM

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

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

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

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 096

RADICADO : 05 045 60 00324 2022 00096 (2023 0750)
DELITO : PORNOGRAFÍA CON MENORES
ACUSADO : WILSON EDUARDO CHÁVEZ FLÓREZ
PROVIDENCIA : DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver lo pertinente frente al recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado en contra del auto proferido el día 02 de mayo de 2023, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), mediante el cual resolvió las solicitudes probatorias presentadas por las partes.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 6 de agosto de 2022, a eso de las 15:30 horas, en el kilómetro 5 vía nacional Apartadó- Carepa, dentro de las instalaciones del parque Comfama Zungo, el señor WILSON EDUARDO CHÁVEZ FLÓREZ fue capturado en situación de flagrancia cuando se encontraba grabando con un celular a la menor A.R.O de 12 años de edad, quien estaba al interior de un baño en dicho parque recreacional.

Por estos hechos, ante el Juez Cuarto Promiscuo Municipal de Apartadó (Antioquia) fue celebrada la audiencia de formulación de imputación.

El proceso pasó al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) en donde el 29 de noviembre de 2022, la Fiscalía formuló la acusación.

LA CONTROVERSIA

En transcurso de la audiencia preparatoria, celebrada el 02 de mayo de 2023, la Fiscalía solicitó como prueba, entre otras, videos y fotografías extraídos del dispositivo teléfono móvil incautado al procesado y mediante el cual se realizaba la conducta punible.

El señor defensor pidió se excluyera como elemento material probatorio el celular incautado a su representado en el momento de la captura; Igualmente, toda la información extraída del mismo y los testimonios que se relacionen con la extracción.

Adujo que en el informe de captura de flagrancia en la página siete se señaló cómo se violentó de manera ilícita e ilegal el celular de su defendido. Se violentó la cadena de custodia. Se contaminó la prueba. Lee la parte pertinente del informe en donde se dice que el vigilante le quitó el teléfono celular a su defendido y él mismo buscó en la galería del teléfono, porque supuestamente no tenía clave de ingreso. Entonces, fue el vigilante quien, de manera arbitraria, se introdujo para buscar evidencia de lo que se había denunciado en el momento.

Fundamentó su petición en el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, en el cual se consagra que la cadena de custodia se inicia en el lugar donde se descubra o recaude o

encuentren los elementos materiales probatorios o evidencia física y finaliza por orden de autoridad competente.

Sostiene que, en este caso, el sitio de aprehensión de ese elemento material probatorio fue las instalaciones del parque recreativo Zungo. La responsabilidad de velar porque esa cadena de custodia se mantuviera era del vigilante, según artículo 255 inciso segundo ídem, pues los particulares que en razón de su trabajo entren en contacto con elementos materiales, son responsables de su preservación y entrega a autoridad competente. Considera que el señor Gildardo desconoció las normas que debía guardar.

Además, expresa que el mismo código establece que para búsqueda selectiva en bases de datos debe mediar una orden de autoridad competente, que para este caso era la Fiscalía General de la Nación. El señor Gildardo violentó la prueba, la contaminó y derribó su autenticidad, pues obviamente la extracción no fue autorizada por el ente competente, no fue realizada por un agente competente. Se rompe la cadena de custodia, lo cual vulnera el debido proceso, pues hay una presunción legítima de intimidad de su cliente, la cual solo puede ser suspendida por autoridad competente.

La señora Juez no accedió a decretar la exclusión del elemento material probatorio, porque el señor defensor no cumplió con demostrar la garantía al derecho fundamental vulnerado, acreditar la reserva judicial o legal, el nexo causal y el principio de proporcionalidad. Sostuvo que la Corte ha insistido que, por los defectos en la cadena de custodia, la prueba no deviene ilegal, ni da lugar a su exclusión, sino que debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción por la parte contra la cual se aduce. También se

ha aclarado que los problemas de cadena de custodia atañen a la valoración de la evidencia mas no a su legalidad. Se admite que la autenticidad se pueda acreditar por cualquier otro medio de conocimiento en virtud por el principio de libertad probatoria.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor defensor del procesado, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Afirma que la Juez no desarrolla las exigencias que señala no se cumplieron. Considera que en su solicitud alegó una vulneración a la cadena de custodia que implica una vulneración al debido proceso, también se hizo alusión que hubo vulneración al derecho a la intimidad, porque el registro del vigilante sobre el celular se hizo sin orden judicial. Este argumento no se tuvo en cuenta por la juez de primera instancia. Se estableció condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos. Obviamente estos hechos tienen una consecuencia jurídica que sería la exclusión de ese elemento, porque se vulneraron las garantías.

Insiste en que hubo vulneración al debido proceso, porque el registro a ese elemento se hizo sin orden de autoridad competente, esto es la fiscalía quien debía dar orden de extracción y registro de la información. Hubo vulneración a la cadena de custodia en el momento de la incautación de la prueba. Vulneración que luego pretendió ser legitimada a través de las órdenes de la fiscalía para lograr la extracción, pero ello no implica que esta prueba sea legal y no deba ser excluida.

2. La señora Fiscal, como sujeto no recurrente, afirma que la Juez hizo un análisis correspondiente a lo dispuesto en las normas en cuanto a la recolección preservación y entrega a la autoridad competente como lo establece el inciso segundo del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal. Se dio cumplimiento a esta disposición, porque el vigilante labora para el parque, por tanto, en cuanto al embalaje no le compete, puesto que es competencia propia de la policía judicial. La única responsabilidad del vigilante era velar por la preservación y entrega a la autoridad competente como efectivamente lo hizo. Al recibir la denuncia procedió a llamar a las autoridades y mientras tanto mantuvo y preservó el elemento de prueba. En el mismo lugar de la ocurrencia del hecho se hizo la entrega a la policía judicial, quien es la que hace las actividades para la extracción de los elementos de prueba. El medio de prueba no es el dispositivo móvil sino las imágenes y videos extraídos. Solicita confirmar la decisión.

3. El señor representante de la víctima, solicita mantener intacto el decreto de pruebas, no ve la violación al debido proceso con relación a los elementos materiales probatorios. Cuando el vigilante toma el celular se pregunta si tuvo la capacidad de manipular el celular para introducir material distinto al que estaba captando el quien en su momento fue acusado y detenido. Esa cadena de custodia en ningún momento ha sido alterada. El vigilante toma el celular para proteger la escena y a la misma menor.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta las limitaciones que tiene el Juez de Segunda Instancia para desatar la alzada, la Sala sólo se referirá a las razones esgrimidas por el recurrente para solicitar la exclusión de los

elementos materiales probatorios solicitados por la Fiscalía como prueba en el presente proceso.

El problema jurídico presentado a la Sala en esta oportunidad se limita en determinar si debe o no excluirse como prueba el teléfono celular incautado al procesado al momento de su captura y los elementos materiales probatorios, como fotografías y videos, extraídos del mismo, bajo los supuestos presentados por la defensa del acusado, esto es, que el vigilante del parque recreativo Zungo tuvo acceso al móvil sin autorización de la Fiscalía y que no se guardó la cadena de custodia del mencionado elemento.

Como se conoce, la exclusión de un medio de conocimiento únicamente procede por razones de ilicitud o ilegalidad.

El inciso final del artículo 29 de la Constitución Política consagra como nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso. Se entiende por prueba ilícita como aquella que se logra por medio de la violación de derechos fundamentales, en afrenta directa contra la dignidad humana, la intimidad, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, entre otros, o valiéndose de la comisión de otros delitos para su consecución, como las que son procuradas mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial.

Además, la ley ha señalado que también serán nulas de pleno derecho “las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia” (artículo 23 de la ley 906 de 2004) es decir, la prueba derivada.

De otra parte, también se sabe que es prueba ilegal la que se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales.

Ahora, quien solicita la exclusión del medio de conocimiento por ilicitud o ilegalidad debe demostrar si en la producción, práctica o aducción de la prueba se incumplieron requisitos legales esenciales, señalando claramente cuáles son los que no se cumplieron y su carácter esencial, igualmente, si se trata de vulneración de derechos y garantías fundamentales.

En el presente caso, en la solicitud de exclusión el togado de la defensa únicamente expresó como irregularidades, la ruptura en la cadena de custodia frente al teléfono celular incautado a su defendido y que el vigilante del parque que realizó la captura e incautación del elemento tuvo acceso al mismo sin orden de autoridad competente.

Lo cierto es que tal como lo dejó claro el A quo al resolver la solicitud, frente a la cadena de custodia se tiene claro conforme con la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, que alguna irregularidad en la cadena de custodia no es tema de ilegalidad de la prueba sino de autenticidad, por lo cual no procede la exclusión del elemento material probatorio.

En efecto, en decisión del 29 de septiembre de 2021, Radicado 56962, M.P. Dr. Gerson Chaverra Castro, la Alta Corporación sobre el tema recordó:

“Sobre el particular, conviene recordar que esta es una garantía que comprende un conjunto de procedimientos que aseguren y demuestren la autenticidad de los elementos materiales

probatorios y evidencia física a cargo de los funcionarios y personas bajo cuya responsabilidad se encuentren elementos de convicción durante las diferentes etapas del proceso penal, desde cuando se recolecta los medios de prueba y finaliza con el juez de la causa. Por ello, ha estimado esta Sala que *«al momento de recolectar las evidencias -llamadas a convertirse en prueba en el juicio oral- es necesario registrar en la correspondiente acta la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del hallazgo y la persona o funcionario que lo recogió, así como los cambios que hubiere sufrido en su manejo»*¹.

Así mismo, la Corte ha señalado e insistido en que los vicios en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de los elementos materiales de prueba o evidencia física no afectan su legalidad, sino que tienen incidencia en la eficacia, credibilidad o asignación del mérito probatorio.

Adicionalmente, sobre el ejercicio e incidencia en la valoración probatoria de los medios de convención respecto de los cuales recae la cadena de custodia, se ha dicho que:

[...] la ventaja que se deriva del cumplimiento del protocolo de cadena de custodia es que releva a la parte que presenta el elemento probatorio o la evidencia física del deber de demostrar su autenticidad, pues cuando ello ocurre la ley presume que son auténticos. Y la desventaja de no hacerlo es que traslada la carga de la acreditación de la indemnidad del elemento probatorio o de la evidencia física a quien la presente, lo que, insiste la Sala, no acarrea como sanción la exclusión del medio de convicción.

Por eso, en uno y otro evento, varían los efectos de no observar los procedimientos legalmente establecidos, pues si se incumplen los primeros, esto es, el debido proceso probatorio, la solución ha de ser la exclusión del elemento, pero si se pretermiten los mecanismos y procedimientos de cadena de custodia lo que se afecta es su aptitud demostrativa. De ahí que, como lo tiene dicho la jurisprudencia de tiempo atrás, “en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad”.

Así las cosas, el ataque que en sede de casación se emprende contra las irregularidades en la cadena de custodia, le impone al demandante la carga de probar, no sólo que aquella no se cumplió, o que se cumplió defectuosamente, sino que la autenticidad del elemento material probatorio o de la evidencia física no logró establecerse por otros medios, y que existen fundados motivos para creer que el elemento no es genuino, o que pudo haber sido alterado, modificado o falseado en el

¹ CSJ SP Rad. 35127 del 17 de abril de 2013.

proceso de protección o conservación. (CSJ SP Rad. 35127 del 17 de abril de 2013)

Con todo, si por alguna circunstancia no se dio cumplimiento a la obligación constitucional y legal de acatar los protocolos de cadena de custodia frente a las evidencias físicas, el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, en atención al principio de libertad probatoria, permite que la autenticidad se acredite por cualquier medio de conocimiento.

Por otra parte, el señor defensor no tiene en cuenta que la incautación del teléfono celular del procesado, elemento material probatorio, con el cual se afirma éste cometió la ilicitud objeto de acusación, se obtuvo en el procedimiento de captura por haberse sorprendido y retenido al actor en situación de flagrancia. Luego, cuando el móvil estuvo en manos de la policía judicial y la Fiscalía, fue a través de los procedimientos realizados por estas autoridades que se extrajeron los elementos materiales probatorios que pide el Ente Acusador sean tenidos como pruebas en el juicio. Por tanto, como el vigilante no fue la persona que extrajo el material probatorio y su función simplemente fue la protección del elemento material probatorio y su entrega a la autoridad competente, no se observa la vulneración a ningún derecho fundamental del proceso en la forma como lo alega el señor defensor para la solicitud de exclusión. Si el señor vigilante del parque tuvo o no acceso al móvil y pudo o no ver las fotografías o videos que allí se encontraban, tal situación no incide en ninguna forma en la producción de la prueba solicitada por la fiscalía.

En ese orden de ideas, la Sala confirmará la decisión impugnada.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión

Penal, **CONFIRMA** el auto de origen, fecha y naturaleza ya mencionados.

Esta providencia se considera notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE²,

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

(EN PERMISO)
NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

² Puede validar la autenticidad del documento firmado electrónicamente ingresando en la dirección: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Firmado Por:

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

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: **5986e109cb6a3b60c8179c9aecde3d803643fe36f6fcb9b126d39466589d615a**

Documento generado en 23/05/2023 11:32:10 AM

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

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

Medellín, dieciséis (16) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Radicado : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo.
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años
Decisión : Revoca

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha
Acta N° 131

M.P. Isabel Álvarez Fernández

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la defensa del acusado ARBEY DE JESÚS BLANDÓN RESTREPO contra la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Concordia (Antioquia), el 3 de febrero de 2017, a través de la cual fue declarado penalmente responsable por la comisión de la conducta punible de Actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo y se le condenó a la pena de ciento dieciocho (118) meses de prisión, y como pena accesoria, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal. Se le denegaron

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Según la Fiscalía General de la Nación, ocurrieron en el año 2010 en el sector del Guamo, localizado en el Municipio de Concordia (Ant.), cuando la menor SPPA de 12 años, le manifestó a su madre, la señora ALBA MERY AMARILES que había sido objeto de tocamientos en sus senos y genitales, y exhibición del miembro viril por parte del señor ARBEY DE JESÚS BLANDÓN RESTREPO, quien era su vecino y vivía a cuatro casas del domicilio familiar de la menor.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

En la respectiva audiencia ante el juez de control de garantías, llevada a cabo el 30 de marzo de 2016, el imputado no se allanó a los cargos que le formulara el ente acusador por la conducta punible contra la libertad, integridad y formación sexual de la menor.

El 8 y 28 de junio del mismo año se llevaron a cabo las audiencias de acusación y preparatoria respectivamente. Posteriormente, el 9 de septiembre siguiente se inicia la audiencia del juicio oral, continuando el 7 de diciembre de 2016, 19 de enero

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

de 2017, culminando el 3 de febrero posterior, con sentido y lectura de fallo de carácter condenatorio. Siendo impugnado en el acto y sustentado posteriormente por escrito, concediéndose el recurso ante este Tribunal en el efecto suspensivo.

4. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Acorde viene de reseñarse en la sentencia que puso fin a la primera instancia, el señor Juez, una vez culminado el juicio oral, procedió a condenar a la pena antes señalada al acusado ARBEY DE JESÚS BLANDÓN RESTREPO respecto de la conducta punible de Actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, sobre la base del convencimiento más allá de toda duda razonable en cuanto a su responsabilidad penal, derivada asimismo de la configuración de todas y cada una de las categorías estructurales del delito, como conducta típica, antijurídica y culpable.

Argumentó el *A quo* que, si bien tanto la víctima, como la madre de ésta en la audiencia de juicio oral se retractaron de sus dichos primigenios, indicando que el procesado nunca tocó a la menor, y en cambio, sólo le mostró sus partes íntimas, no se podía dar crédito a dicha retractación. Por lo tanto, consideró que lo apropiado sería centrarse en emplear las declaraciones rendidas previas al juicio oral, que en el presente caso se utilizaron al interior de los testimonios rendidos en la audiencia a través de la impugnación de la credibilidad, toda vez que las testigos se mostraron reacias a declarar y a ratificar lo expresado a la Fiscalía

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

en testimonios anteriores, ya que en el juicio negaron sus dichos deslindado de todo tipo de responsabilidad al procesado.

Explicó el sentenciador que, la madre de la menor fragmentó su declaración en el juicio al negar que el procesado le había tocado las partes íntimas a su hija, pero advirtió que dejaría intacto lo otro que había dicho en versiones anteriores. Por ende, consideró que no se puede desconocer que previamente tanto progenitora como víctima afirmaron lo contrario y su retractación en juicio no podría conllevar indefectiblemente a la absolución del procesado, sobre todo cuando su primera versión resultó creíble y coherente con el acontecer fáctico, la cual se complementa con los testimonios de los policiales y de las psicólogas quienes brindaron información sobre la forma cómo obtuvieron las declaraciones de aquellas.

Así entonces, advirtió el Juez de primera instancia que, se debía dar credibilidad a la primera versión que dieran víctima y progenitora, toda vez que lo manifestado en la retractación resulta burdo y contrario a las declaraciones previas. Por lo tanto, la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del acusado quedó acreditada porque realizó varios tocamientos a la menor. Aunado a que en las versiones anteriores tanto la denunciante como la víctima brindaron un relato pormenorizado de los acontecimientos.

Por otra parte, refirió el sentenciador que los testigos de descargo no hicieron ningún aporte al proceso, en la medida que se limitaron a exculpar al acusado, desconociendo las circunstancias puntuales de los hechos que se juzgan.

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

Adicionalmente, explicó el *A quo* que en el presente caso se contó con dos reportes psicológicos, uno del 2010 y otro de 2016, del primero se destaca pese a las inconsistencias de la perito, que el enjuiciado tocaba a la menor y le exhibía sus partes íntimas, y en el segundo, se concluyó que la víctima estaba sufriendo el síndrome de acomodación.

Concluyó explicando, que, en el presente caso, se está, tanto ante la existencia del hecho, como ante la responsabilidad penal del procesado, y, por ende, se le debía condenar por un delito de Actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo. Por lo tanto, al momento de dosificar la pena partió del primer cuarto en su porción mínima, es decir, ciento ocho (108) meses de prisión, aumentada en diez (10) meses más por el concurso, quedando una pena definitiva de ciento dieciocho (118) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término. De igual manera, por expresa prohibición legal le fueron negados los mecanismos sustitutivos de la sanción.

5. FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

Durante el término legal estipulado, la defensa mediante escrito allegó el recurso de apelación, manifestando su desacuerdo con el fallo de primera instancia, por las siguientes razones:

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

- El juez de primera instancia restó credibilidad a los testimonios rendidos en el juicio oral por la denunciante, la menor SPPA, y el patrullero JAIBER ANDRÉS CARDONA ARANGO. Por el contrario, les otorgó plena credibilidad a las labores realizadas por las psicólogas que declararon en juicio. Por lo tanto, se debe hacer un estudio minucioso de las pruebas testimoniales y documentales aportadas.

- De llegar a tener en cuenta la existencia de la exhibición de las partes íntimas del procesado, no se puede concluir que ese hecho configura el delito de actos sexuales.

- SPPA en entrevista rendida el 18 de agosto de 2016 ya había expuesto que, el procesado no la tocó ni la manoseó; por lo tanto, su retractación en juicio no se puede tomar como falsa.

- El concepto de la psicóloga YANET CRISTINA MONTEROSA, fue sesgado bajo la idea de lo que ella misma se abrogó: “hacer algo por la justicia”, pese a que SPPA no quería ser valorada, sin embargo, aquella calificó la actitud de la joven como síndrome de acomodación. Por otra parte, en cuanto a la psicóloga MARÍA CATALINA LÓPEZ, se tiene que la menor pese a no rendir una entrevista, la profesional puso entre comillas “el señor Arbey de Jesús le baja el cierre del pantalón a la menor, pero nunca hemos hecho nada”, lo que conlleva a una irresponsable manipulación por parte de la profesional del informe, además resulta extraño que en este documento no figure ni la firma de la víctima, ni la de la madre. Adicionalmente

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

MONTEROSA fundamentó su valoración en el análisis previo que había hecho la psicóloga MARÍA CATALINA.

- El delito endilgado a su prohijado no se cometió, ni mucho menos se llevó a cabo en concurso homogéneo y sucesivo. La Fiscalía no demostró su teoría del caso, es decir, que su defendido tocó los senos y la vagina de la menor en varias ocasiones en su domicilio, es decir, entre enero y mayo de 2010.

Por lo anterior, solicita se modifique la sentencia condenatoria y en su defecto se emita una de carácter absolutorio en favor de su defendido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por la defensa, de conformidad con lo previsto en los artículos 34 numeral 1°, 176 inciso final y 179 de la Ley 906 de 2004, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Desde esta perspectiva debe la Sala determinar si la sentencia condenatoria que se revisa comporta una decisión ajustada al haber procesal, o si, como lo plantea el impugnante, fue sustentada en una precaria prueba de cargo que no conduce a demostrar la existencia de la conducta punible investigada, o la responsabilidad del procesado frente a la misma.

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

A efectos de desatar el recurso de apelación y como presupuesto, resulta fundamental señalar, que, aunque en nuestro sistema de enjuiciamiento penal existe libertad en materia probatoria, también existe lo que podría denominarse una tarifa legal negativa, que limita el alcance probatorio de las pruebas de referencia. Al respecto el inciso 2° del artículo 381 del C.P.P. establece:

“La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”

Partiendo de este presupuesto procesal, debe la Sala proceder a verificar, si a partir de las pruebas practicadas en el juicio, se estableció, tal y como se sostiene en la sentencia impugnada, que el acusado ARBEY DE JESÚS BLANDÓN RESTREPO, sometió en el primer semestre del año 2010 a la menor SPPA (de 12 años para entonces) a actos sexuales abusivos consistentes en el tocamiento de sus senos y vagina, así como la exhibición del miembro viril; hechos que según la acusación, ocurrieron en el sector del Guamo del Municipio de Concordia (Antioquia).

Así entonces, y de acuerdo con la prueba testimonial presentada en el juicio oral, se tiene conforme con las declaraciones rendidas por la menor SPPA, su madre ALBA MERY AMARILES, y las testigos de descargo, las señoras ADIELA DE JESÚS BLANDÓN RESTREPO –hermana del procesado–, y GUILLERMINA OQUENDO CASTAÑO –vecina del acusado y de la menor– que, para el año 2010 el señor ARBEY

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

DE JESÚS BLANDÓN RESTREPO residía en el barrio el Guamo del Municipio de Concordia (Ant.) y su domicilio estaba ubicado a tan solo cuatro casas de la de la menor SPPA.

De igual manera, se estableció en el juicio que, para el 25 mayo de 2010, SPPA contaba con 12 años de edad, y en esa fecha su madre, ALBA MERY AMARILES, acudió ante las autoridades denunciando al señor JOSÉ ARBEY DE JESÚS BLANDÓN RESTREPO, –según lectura que hiciera en juicio de aquella declaración y que ingresara como testimonio adjunto ante la retractación de la testigo– porque según ella, su hija SPPA le había informado, que en diversas oportunidades ARBEY le había tocado sus senos y partes íntimas, y de igual manera le había exhibido su miembro viril. Situación que, de acuerdo con ampliación de la denuncia del 7 de septiembre de 2010, –también leída en juicio durante la declaración de la testigo e incorporada como testimonio adjunto–, había ocurrido en dos oportunidades, en la primera le tocó los senos y “partes bajas”.

Resultando importante señalar, que, en el juicio, la señora ALBA MERY AMARILES expresó que ni en la denuncia, ni en su ampliación posterior, había manifestado que ARBEY BLANDÓN “manoseara” a la niña; indicando que lo único que le había comentado la menor y que ella había dado a conocer, era que ARBEY le exhibía el pene a la niña; retractación ante la cual como se indicara previamente, el ente acusador incorporó sus declaraciones anteriores como testimonio adjunto.

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

Así mismo, declaró en el juicio la psicóloga MARÍA CATALINA CARMONA LÓPEZ, quien expresó que el 8 de septiembre de 2010, cuando ella laboraba en el hospital San Juan de Dios de Concordia, le realizó una entrevista a la niña SPPA en la que la menor le manifestó: *“el señor me toca todas las partes íntimas, se baja el cierre, pero nunca hemos hecho nada”*; expresando que la menor también le refirió que, ese señor también había tocado a otras niñas del sector. Expresó la psicóloga que, en la entrevista, la niña estuvo acompañada por su madre, pero relató, que según el documento que se le puso de presente para refrescarle la memoria, quien le había hecho la manifestación respecto a los tocamientos y a la exhibición del pene, había sido la menor.

Al respecto el testigo JAIBER ANDRÉS CARDONA ARANGO (sub intendente de la Policía Nacional), declaró en el juicio, que el 18 de agosto de 2016 le recibió una declaración a la joven SPPA sobre los hechos ocurridos con el señor ARBEY DE JESUS; describió el investigador que en esa entrevista observó a la joven tranquila. Según el testigo, la joven SPPA le relató que cuando ella se encontraba jugando con unas amigas, el señor ARBEY BLANDÓN les mostraba las partes íntimas; señalando el testigo que SPPA expresó que ARBEY DE JESÚS nunca las tocó, y que solo le mostró las partes íntimas desde lejos.

Por su parte la psicóloga YANETH CRISTINA MONTERROSA, expresó que el 16 de agosto de 2016 entrevistó a SPPA para establecer sus condiciones de salud mental y el impacto que los hechos denunciados generaron en la joven.

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

Manifestando respecto de los hechos que la menor indicó que “ese señor no le había hecho nada”; describiendo la perito que halló signos de ansiedad, que la joven se mostraba ajena a los hechos, y que ella como profesional de la psicología conceptuaba que la menor podía presentar un síndrome de acomodación.

Por su parte la joven SPPA, quien declaró en el juicio, fue enfática al señalar que no le había manifestado ni a su madre, ni a la psicóloga MARÍA CATALINA CARMONA LÓPEZ, que el señor ARBEY BLANDÓN le hubiera realizado algún tipo de tocamiento, reiterando que lo único de lo que había hablado y que era lo cierto, fue que cuando ella estaba con sus amigas, el procesado les mostraba el pene desde una esquina. En este punto es importante señalar que, aunque en la audiencia del juicio la Fiscalía pretendió impugnar la credibilidad de la joven SPPA con el “Reporte psicológico” suscrito por la sicóloga MARÍA CATALINA CARMONA, ello no fue permitido por el Juez *A quo*, en tanto el documento no fue suscrito por la menor.

Habiendo descrito las pruebas que se practicaron en el Juicio, resulta imperioso señalar que con acierto expresó el Juez de conocimiento que, respecto de la declaración de la señora ALBA MERY AMARILES hubo una retractación, pues en efecto en desarrollo de su declaración se estableció, con la denuncia y con la ampliación de denuncia que interpuso esta persona (y que fueron incorporadas como testimonio adjunto), que en un primer momento la señora ALBA MERY había manifestado ante las autoridades, que su hija SPPA le había expresado que había sido objeto de tocamientos en sus partes íntimas y de

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

exhibición del miembro viril por parte de ARBEY DE JESÚS BLANDÓN RESTREPO, y en el juicio declaró “*que la niña no fue manoseada*”, pero que ARBEY sí le mostró partes del cuerpo; indicando incluso, después de que se leyeron sus declaraciones anteriores, que ella no sabía por qué decía en esos documentos que ARBEY había tocado a su hija, cuando ella nunca dijo eso.

Empero, al margen de la evidente retractación de la señora ALBA MERY AMARILES, erró el señor Juez de conocimiento al considerar que la joven SPPA también se había retractado, y partiendo de esa errónea consideración, al reconocerle más credibilidad a la supuesta primera versión que la menor había rendido a la psicóloga MARÍA CATALINA CARMONA.

Y en este punto es fundamental señalar que formalmente la menor SPPA sólo rindió dos declaraciones documentadas, que de hecho resultan coherentes entre sí; una previa al juicio ante el investigador JAIBER ANDRÉS CARDONA ARANGO, en la que la joven expresó que cuando ella se encontraba jugando con sus amiguitas, ARBEY BLANDÓN les mostraba las partes íntimas desde lejos, expresando en aquella oportunidad que ARBEY nunca la tocó a ella ni a sus amiguitas; y la segunda, su testimonio rendido en el juicio oral, en el que la joven manifestó que ARBEY nunca llegó a tocarla, indicando que lo que él hacía, era mostrarle sus partes íntimas a ella y a sus amiguitas.

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

Siendo necesario resaltar que la entrevista que le tomó la psicóloga MARÍA CATALINA CARMONA a la niña SPPA en el año 2010, no fue firmada por SP, ni quedó registrada en audio o en video, razón por la cual, no pudo ser utilizada en el juicio para impugnar la credibilidad de su testimonio.

En este contexto, resulta imperioso señalar que frente al testimonio de la joven SPPA no puede hablarse de retractación, pues no se probó en el juicio que ella hubiera dado una primera versión de los hechos en la que refiriera que ARBEY DE JESÚS le había tocado sus partes íntimas y le había exhibido el pene; y que posteriormente hubiera cambiado su versión en el sentido de indicar que nunca la había tocado y que solo le había exhibido el pene. Pues en la declaración anterior suscrita por ella y en su versión en el juicio, fue enfática en señalar que ARBEY no la había tocado y que sólo le había mostrado sus partes íntimas.

Constituyéndose las declaraciones de ALBA MERY AMARILES y de MARÍA CATALINA CARMONA sobre lo que según ellas les expresó la menor, respecto a sus supuestos tocamientos, en simples pruebas de referencia, en tanto es claro que ninguna de estas dos personas fueron testigo de los hechos (de los supuestos tocamientos y actos exhibicionistas), y que refirieron sólo lo que supuestamente les había informado la menor; manifestación que según declaró la joven en el juicio, nunca les realizó.

Debe indicarse entonces, que según lo probado en el juicio con el testimonio coherente de la joven SPPA, en el

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

año 2010 cuando ella contaba con 12 años, el acusado ARBEY DE JESÚS BLANDÓN RESTREPO en varias oportunidades le mostró su pene, lo que ocurría según la testigo, cuando ella y sus amiguitas estaban juntas y él les mostraba las partes íntimas desde lejos.

Siendo necesario reiterar que, aunque la señora ALBA AMARILES y la psicóloga MARÍA CATALINA CARMONA hicieron referencia a que la menor les había comentado que también habían ocurrido unos tocamientos de parte de ARBEY DE JESÚS; en el juicio SPPA fue enfática en manifestar que ella nunca había realizado esas afirmaciones y que él nunca la había tocado. Por lo cual habrá de señalarse que respecto de los tocamientos en senos y vagina por los que fue acusado ARBEY DE JESÚS BLANDÓN RESTREPO no existe prueba, en tanto única testigo de los hechos, a saber, SPPA, expresó en el juicio, que esos tocamientos nunca habían existido.

Ahora, en lo que respecta a las exhibiciones del miembro viril, acreditadas en el juicio con el testimonio coherente de la joven SPPA, habrá de señalarse que según lo probado, ARBEY DE JESÚS BLANDÓN RESTREPO le exhibió a la menor SPPA en varias oportunidades, su pene; exhibición que se realizó, según aquella *“desde un lugar lejano”*; y aunque en principio podría considerarse que esta conducta se adecúa a la descripción contenida en el art. 209 del CP., en lo que respecta *“a ejecutar actos sexuales diversos del acceso carnal en presencia de un menor de 14 años”*, la simple exhibición del miembro viril, sin que concurren comportamientos adicionales del sujeto activo como palabras

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

obscenas o actitudes de masturbación, no tiene la idoneidad para afectar el bien jurídico de la libertad y formación sexual de los menores; encontrándonos en consecuencia, frente a un comportamiento atípico.

Al respecto, se pronunció la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de casación 52.024 de 2020, señalando:

“(…) para que una conducta humana constituya un acto sexual, no basta que excite a su autor o que satisfaga su libido desde su particular visión, pensamiento o deseo, pues será necesario también que aquélla revista aptitud o idoneidad, según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana, para alcanzar esa finalidad (…)

Ahora bien, es claro que la razón de la prohibición de la segunda conducta -alternativa- descrita en el artículo 209 sustantivo no recae en el acto sexual en sí mismo considerado, sino en la circunstancia de que un niño, niña o adolescente menor de 14 años sea observador, testigo o espectador de ese comportamiento. Siendo así, con mayor razón la actividad sexual desarrollada debe ser explícita o tener la suficiente aptitud para causar excitación o satisfacción sexual a su realizador o realizadores, como sería, por ejemplo, el acceso carnal (vaginal, anal u oral), besos o caricias en órganos genitales u otras zonas erógenas, tocamientos lascivos del propio cuerpo o del de un tercero, la masturbación, entre otros.

(…)

3. La jurisprudencia de esta Sala ha admitido que actos humanos con algún tinte libidinoso no alcanzan la categoría de sexuales porque no trascienden al mundo exterior, lo hacen con una entidad insuficiente o a través de conductas inidóneas; en particular, se ha aclarado que la desnudez o exhibición de zonas corporales erógenas sólo configura una actividad sexual si es manifiesta o explícitamente sexual, acorde con la tendencia internacional.

Siendo así, la exhibición de órganos genitales ante niños o adolescentes menores de 14 años configurará la segunda

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

modalidad típica del artículo 209 del C.P., siempre que constituya una conducta sexual explícita, lo que ocurrirá cuando el agente tenga ánimo libidinoso y, además, sus manifestaciones objetivas, más allá del simple desnudo, generen un contexto sexual, como por ejemplo aquél acompañado de palabras, comentarios, masturbación u otros gestos o movimientos corporales asociados al ejercicio de la sexualidad.

(...)

De otra parte, en el ámbito de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, la conducta exhibicionista ejecutada ante personas mayores de 14 años, es decir, enseñarle a estas los órganos genitales, usualmente en lugares públicos y mediante una acción repentina, se advierte irrelevante desde el punto de vista típico, a más de por las razones antes expuestas, porque no es mediada por violencia (art. 205), ni por la puesta en incapacidad de resistir (arts. 207) o un aprovechamiento de esta (art. 210), ni por acoso sexual (art. 210A).

En esas condiciones, los actos exhibicionistas realizados por el acusado frente a M.P.L.G. son atípicos en el ámbito penal, sin perjuicio de que puedan configurar la infracción policiva prevista en el artículo 33.2.b del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana.”

En este contexto, se hace imperativo revocar la sentencia condenatoria impuesta a ARBEY DE JESÚS BLANDÓN RESTREPO, pues como se desarrollara en precedencia, en primer lugar, no se probó la existencia de los tocamientos en las partes íntimas de la menor SPPA, errando el Juez de primera instancia al considerar probados estos hechos solamente con pruebas de referencia; y respecto de las simples exhibiciones del miembro viril del acusado a la menor SPPA, aunque como las calificó la C.S.J en la decisión citada, resultan grotescas, degradantes, impúdicas y degradantes, se estableció en el juicio la atipicidad de la conducta, en tanto no estuvieron

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

acompañadas de manifestaciones objetivas del acusado asociadas al ejercicio de la sexualidad.

Como consecuencia de la revocatoria de la sentencia condenatoria, se dispondrá la libertad inmediata del procesado.

Por razón y mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO: SE REVOCA el fallo de la fecha, naturaleza y procedencia anotadas, y en su lugar, **SE ABSUELVE** al señor ARLEY DE JESÚS BLANDÓN RESTREPO, del cargo que por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años en concurso heterogéneo y sucesivo le fue formulado por la Fiscalía General de la Nación, según las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Como consecuencia, **se ordena la libertad inmediata** del citado BLANDÓN RESTREPO, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad.

SEGUNDO.- SE SIGNIFICA que frente a esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la

Radicado N° : 2017-0450-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 050306001304201080074
Acusado : Arbey de Jesús Blandón Restrepo
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años.

última notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98, Ley 1395 de 2010. En tanto surta ejecutoria la presente decisión, **SE DISPONE** sea retornada la actuación al Juzgado de origen, a fin de que se proceda con el archivo de las diligencias.

Quedan las partes notificadas en estrados.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
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

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: **6a64a7bcac118f60247d15062db623e411eb4131960123b2bbbe6055bc8b5062**

Documento generado en 17/05/2023 04:26:22 PM

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